

Dr. Lorenzo PASSERINI GLAZEL
Dipartimento dei Sistemi giuridici
Università di Milano-Bicocca
piazza dell'Ateneo Nuovo 1
20126 – Milano (MI)
e-mail: lorenzo.passerini@unimib.it

Lorenzo PASSERINI GLAZEL

*Diritto consuetudinario e volontà normativa
nel positivismo giuridico di Uberto Scarpelli*

comunicazione per il Convegno “L’eredità di Uberto Scarpelli”
Università di Milano-Bicocca
11 ottobre 2013

1. Tre passi di Scarpelli sul luogo del diritto consuetudinario nel positivismo giuridico

1.1. Uberto Scarpelli, *Filosofia analitica e giurisprudenza*, 1953, p. 75:

Il diritto consuetudinario trova posto nel modello normativistico quando esista una proposizione normativa che attribuisca validità ad una proposizione normativa, da chiunque enunciata, purché però abbia un certo contenuto, contenga cioè una prescrizione corrispondente alla descrizione di un comportamento abituale nella società, oppure corrispondente alla prescrizione contenuta in un giudizio normativo abituale ai membri della società.

1.2. Uberto Scarpelli, *Il problema della definizione e il concetto di diritto*, 1955, p. 90:

È capace, una definizione del diritto in termini di norma, di includere il diritto consuetudinario?

Anche nel caso del diritto consuetudinario abbiamo il fenomeno dell’uso del linguaggio prescrittivo, della norma: i giudici, accertando e applicando il diritto consuetudinario, enunciano norme, enuncia norme ogni organo che provveda a realizzare tale diritto, ed enunciano norme i giuristi che lo accertano e determinano in sede teorica.

Presenza dell’elemento prescrittivo:

La consuetudine non è [...] rilevante come fatto, ma come fatto normativo, come fatto onde derivano norme.

Si potrà dire che le norme sono già nella consuetudine e non si fa altro che trovarvele, oppure sostenere che le norme sono create dal giudice e dal giurista, sia pure in relazione a certi dati oggettivi riguardanti eventi consuetudinari; comunque però anche

qui, come per il diritto di posizione legislativa, abbiamo usi linguistici prescrittivi, produzione di norme.

1.3. Uberto Scarpelli, *Il positivismo giuridico rivisitato*, 1989, p. 104:

I

Nella prospettiva giuspositivistica il diritto [...] è una creazione intenzionale dell'uomo. La creazione procede attraverso atti di volontà: chi vuol sapere che sia diritto deve pertanto guardare ad atti di volontà come espressi negli specifici casi di creazione.

p. 106:

Quando le competenze siano distribuite fra molteplici organi e persone [...] l'atto di volontà si riduce a un atto di deliberazione, ossia a un atto di prescrizione compiuto nel processo, nei modi e con le forme prescritte: il contenuto dell'atto di volontà viene a identificarsi con il significato attribuibile all'espressione risultante dalla deliberazione.

Diritto positivo è “diritto fatto con atti di volontà o di deliberazione dell'uomo espressi”.

Può trovare accoglienza nel positivismo giuridico il diritto non generato da atti di volontà o di deliberazione, per esempio il diritto consuetudinario, ma alla condizione che il fatto generativo **sia reinterpreto esso stesso quale manifestazione di volontà**, o che vi sia un rinvio da parte di una norma positiva.

2. Opacità semantica dell'azione conforme a norme

Scarpelli ci induce qui a riflettere sul problema (semiotico) dell'interpretazione *non* di testi, ma di comportamenti, e sul problema (epistemologico) delle condizioni di possibilità dell'inferenza di norme dall'azione.

Questi problemi ne involgono subito altri.

Il primo è il ben noto problema della distinzione tra regolarità deontica e regolarità adeontica.

A questo è correlato un secondo problema, il problema della opacità semantica dell'azione conforme a norme, sollevato ad esempio da Rodolfo Sacco in un saggio sui rapporti tra lingua e diritto.

L'agire in conformità a norme può sì essere un agire volontario, ma privo di intenzionalità semantica: esso volontariamente è rivolto a norme, ma non necessariamente questo comporta l'intenzione di esprimere la norma in funzione della quale l'agente agisce.

Opacità semantica dell'azione conforme a norme in Rodolfo Sacco, *Langue et droit*, in *Rapports nationaux italiens au XVe Congrès international de Droit comparé, Bristol 1998 / Italian national reports to the XVth International Congress of Comparative Law, Bristol 1998*, Milan o, Giuffrè, 1998, pp. 1-43; traduzione italiana: *Lingua e diritto*, in “Ars interpretandi”, 5 (2000), pp. 117-134 (121).

L'uomo che non sa verbalizzare la propria regola, il nostro antenato privo di parola, l'animale studiato dall'etologo, non utilizzano l'azione come manifestazione del proprio pensiero.

Il “gesto” muto di chi si conforma alla consuetudine ha lo scopo d’ eseguire un programma; il fonema ed il grafema mirano a far conoscere, a spiegare. La funzione degli uni e degli altri dunque differisce.

3. Valenza semantica della reazione alla violazione d’una norma

Ma l’adempimento d’una norma non è l’unica forma di operanza d’una norma dalla quale si possa cercare di inferire l’esistenza d’una norma in una società.

Uno strumento spesso più fecondo per l’inferenza di norme dall’azione è l’osservazione dell’operanza di norme in controluce, che a volte permette di inferire la presenza d’una norma in una società *ex negativo*, a partire (non dall’azione conforme alla norma, ma) dalla reazione all’azione difforme rispetto alla norma.

La salienza epistemologica della reazione alla violazione per l’inferenza di norme dall’azione è stata sottolineata da diversi autori. Cito, ad esempio, il sociologo del diritto tedesco Theodor Geiger:

Si osserveranno, nella vita di ogni singola famiglia, certe regolarità [*Regelmäßigkeiten*], che non sono riconducibili né alla legge civile né a disposizioni esplicite del capofamiglia. Certe correlazioni, del tipo $s \rightarrow c$, si sono formate per abitudine [*habituell*], per consuetudine.

Potrebbe sembrare che a questo ordine reale non corrisponda alcun sistema di norme.

Tuttavia, **che un sistema di norme vi sia diviene chiaro nello stesso istante in cui un membro della famiglia si discosti o si accinga a discostarsi dal modello $s \rightarrow c$.**

In questo caso, insorge nell’agente quella insicurezza interiore che spesso e volentieri viene chiamata “cattiva coscienza” [*schlechtes Gewissen*]. Se egli, nonostante il monito della coscienza, agisce in contrasto con $s \rightarrow c$, coloro che gli stanno attorno si scandalizzano. Questo fatto rivela che agenti ed osservatori si rappresentano [*stellen sich vor*] c come la modalità di azione richiesta nella situazione s , come la modalità di azione adeguata a quella situazione; rivela cioè che $s \rightarrow c$, quale rappresentazione normativa [*Normvorstellung*], è vivente [*lebendig*]¹.

La forma forse più evidente di reazione alla violazione d’una norma è la sanzione.

Ma nella gamma delle possibili forme di reazione alla violazione d’una norma, l’irrogazione d’una sanzione non è che un caso particolare.

Che le forme di reazione alla violazione di una norma non siano riducibili alla sanzione è segnalato da un altro sociologo tedesco: Niklas Luhmann. Luhmann fa un esempio:

Se ho dato appuntamento ad un amico in un caffè e non ve lo trovo, mi sento ferito [...] nelle mie aspettative normative. Avrebbe dovuto essere qui! A questo punto, una qualche “elaborazione” della delusione dell’aspettativa è richiesta, ma vi sono varie possibilità a mia disposizione, e non tutte hanno il carattere della sanzione².

Ecco alcune delle reazioni ipotizzate da Luhmann:

Posso, rivolgendomi al cameriere, chiedere di lui e dare espressione alla mia norma d’aspettativa [*Erwartungsnorm*] con il tono della delusione, dell’irritazione, della preoccupazione. Posso, in séguito, muovere al mio amico dei rimproveri, ma posso

¹ Theodor GEIGER, *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechtes*, 1947, p. 59; trad. it. p. 277. Nella formula ‘ $s \rightarrow c$ ’, s sta per ‘situazione’ [*Situation*], c sta per ‘condotta’ [*Gebaren*].

² Niklas LUHMANN, *Rechtssoziologie*, 1972, trad. it. p. 75.

anche strappargli, o mettergli in bocca, delle scuse, le quali presuppongono che la mia aspettativa fosse legittima³. Posso anche rimanere seduto al caffè e aspettare all'infinito, per dimostrare l'importanza della norma nella dimensione del mio sacrificio. Ma posso anche andarmene immediatamente e abbandonare il ritardatario al proprio danno.

Esistono tecniche consistenti nella notifica e nella divulgazione del caso di delusione, nell'ingigantimento fino allo scandalo e nell'assaporare fino in fondo la risonanza sociale (se non della norma, comunque dello scandalo), tecniche consistenti nel reclamare l'adempimento della norma [*Normerfüllung*], o nell'accettare con tatto le scuse, tecniche consistenti in forme di autolesionismo o di sofferenza ostinata, oppure tecniche consistenti nell'accrescere e nel godere del danno altrui [*Schadensfreude*]⁴.

Ognuna delle tecniche menzionate, scrive Luhmann, “dà alla norma una espressione adatta alla nuova situazione, in modo che anche le nature meno forti, incapaci da sole di irrogare sanzioni, possano continuare a vivere con le proprie norme”⁵.

Che vi sia una componente semantica nelle reazioni alla violazione d'una norma, che le reazioni alla violazione d'una norma possano essere indagate sotto il profilo di una semiotica dell'azione, è suggerito anche dall'articolo 19 del Codice della vendetta barbaricina (nomograficamente) redatto dal filosofo del diritto sardo Antonio Pígliaru:

Sono mezzi normali di vendetta tutte le azioni prevedute come offensive a condizione che siano condotte in modo da rendere lealmente manifesta la loro natura specifica.

La vendetta barbaricina non è (così come altre forme di reazione alla violazione d'una norma, e a differenza, ad esempio, della condanna o del perdono) un atto linguistico; esso ha, tuttavia, secondo Pígliaru, una necessaria componente semiotica, in cui è implicito il riferimento alla violazione d'una norma, e dunque alla norma violata.

Questa componente semiotica delle reazioni alla violazione d'una norma è stata indagata da Amedeo e Maria-Elisabeth Conte, nell'ambito, ad esempio, della pragmatica dell'atto del perdono, in termini di presupposizione fattuale e di presupposizione assiologica dell'atto del perdono.

4. Valenza “nomotrofica” della reazione alla violazione d'una norma

Ma la reazione alla violazione d'una norma non si limita, in Luhmann, a “dare espressione” alla norma violata.

Secondo Luhmann, infatti,

una aspettativa [normativa] che viene continuamente delusa senza che si registri una reazione, sbiadisce e svanisce. Essa viene inavvertitamente dimenticata e, infine, non è più creduta⁶.

Il rischio che corre una norma che venga ripetutamente violata è che essa si atrofizzi, che essa perda vitalità, fino a divenire non più operante, fino a svanire.

Propongo, dunque, una possibile interpretazione della semiotica delle forme di reazione alla violazione d'una norma in Luhmann.

³ Cfr. Marvin B. SCOTT/Stanford M. LYMAN, *Accounts*, 1968.

⁴ Niklas LUHMANN, *Normen in soziologischer Perspektive*, 1969, trad. it. di Edoardo Fittipaldi e Lorenzo Passerini Glazel pp. 297-298.

⁵ Niklas LUHMANN, *Rechtssoziologie*, 1972, trad. it. p. 77.

⁶ Niklas LUHMANN, *Rechtssoziologie*, 1972, trad. it. p. 72.

Dando espressione, esplicitamente o implicitamente, alla presupposizione assiologica del disvalore della violazione d'una norma, e dunque alla norma violata, le diverse forme di reazione alla violazione possono assumere una valenza che propongo di chiamare "nomotrofica".

Reagendo alla violazione d'una norma, per tornare a Scarpelli, un agente si comporta (a volte tacitamente) in modo analogo a quando usiamo termini di valore o concetti qualificatori: si può dichiarare la relazione fra ciò che si valuta e norme semplicemente presupposte, oppure

Uberto Scarpelli, *Filosofia analitica, norme e valori*, 1962, p. 62:

“Usando i termini di valore si può voler affermare o riaffermare le norme cui si fa riferimento; oppure dichiarare la relazione fra ciò che si valuta e norme semplicemente presupposte.”