JUS- **ONLINE 6/2025**
ISSN 1827-7942
RIVISTA DI SCIENZE GIURIDICHE
a cura della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Cattolica di Milano

GIORGIO LORENZO BELTRAMO*

Problemi consuetudinari. Un confronto critico tra Bobbio, Sacco e Gallo

English title: *Customary issues. A critical comparison of the work of Bobbio, Sacco and Gallo*

DOI: 10.26350/18277942_000260

Sommario: 1. Introduzione. La consuetudine come problema teorico. – 2. Il farsi della regola. Tradizione e giuridicità fattuale in Bobbio. – 3. Attuare la regola. Il muto "saper fare" giuridico e linguistico in Sacco. – 3.1. Sacco risponde a Bobbio. – 4. Produrre la regola. L'artificialità originaria di diritto e cultura in Gallo. – 4.1. Gallo risponde a Bobbio. – 4.2. Gallo risponde a Sacco. – 5. Appunti critici. – 6. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione. La consuetudine come problema teorico

Proponiamo qui un confronto tra le posizioni di tre giuristi sul problema teorico della consuetudine. Sono accostate, attraverso gli autori, tre differenti discipline: la filosofia del diritto con Bobbio, il diritto comparato con Sacco, il diritto romano con Gallo. Il contesto di riferimento delle teorie e, altresì, gli interessi e le modalità di approccio all'oggetto di ricerca sono dunque peculiari. Ne emergono configurazioni radicalmente divergenti, tra loro incompatibili, della consuetudine e del suo inquadramento nel campo giuridico.

La regola consuetudinaria, in Bobbio, è una regola che si fa da sé: la tradizione ne è l'autorità produttiva. Per tradizione s'intende un'immemorabile ripetizione di singoli atti soggettivi: tale ripetizione è un fatto oggettivo, secondo Bobbio, ed è questo fatto a creare la regola.

Nella prospettiva di Sacco, l'atto consuetudinario è correlato ad una regola non verbalizzata, che è applicata istintivamente. Il termine di paragone euristico è la regola linguistica, saputa dallo specialista ma non dal parlante, che pure la attua correttamente.

La consuetudine, per Gallo, è un prodotto della volontà umana, come del resto tutto il diritto. Essa si manifesta col comportamento concludente dei

cittadini; può generarsi in breve tempo e può comportare atti scritti così come la collaborazione di giuristi esperti.

Le tre posizioni teoriche divergono rispetto al medesimo problema definitorio: che cos'è la consuetudine. L'esigenza di una definizione precisa e non contraddittoria del concetto e l'esigenza di una sua disposizione coerente e sistematica tra gli altri concetti e categorie sono proprie della scienza giuridica: un sapere scritto – fare scienza senza scrittura è semplicemente impensabile – e scritto in alfabeto[1].

Che la constatazione appaia pleonastica non è senza interesse, proprio rispetto a ciò che è qui in questione. L'*ethos* teorico è un'esperienza del sapere a cui la nostra tradizione ci ha abituati, in cui la scuola ci ha letteralmente formati (formati come letterati), e di cui ritroviamo conferme continue. I luoghi della verità pubblica, come l'accademia o il tribunale, sono istituiti in funzione della logica del discorso. Istituzione di cui, proprio da un punto di vista giuridico, Legendre ha criticato il fondamento estetico-dogmatico: la scena della verità deve avere l'aria di tenere in piedi[2].

Il sistema della *scientia iuris* è oggi in crisi[3]. Per certi versi, la consuetudine è un problema paragonabile alla *governance*. Un'intera cultura giuridica è, come dice Andronico, stravolta: le categorie risultano poco utili, i paradigmi e gli schemi ermeneutici non si adattano, le metafore e le immagini esplodono in nuovi tentativi di figurazione[4]. La consuetudine,

---

* Università Cattolica del Sacro Cuore (giorgiolorenzo.beltramo@unicatt.it).

[1] Per una critica grafica all'impostazione teorica della filosofia del diritto, vedi G.L. BELTRAMO, *Nomografie. Per un approccio grafico al diritto*, in *Calumet*, 17 (2023). Sul rapporto tra pensiero scientifico e scrittura e sulla rivoluzione dell'alfabeto tra i sistemi di scrittura, si vedano tra gli altri: W. ONG, *Oralità e scrittura. Le tecnologie della parola*, Bologna, 2014; E. HAVELOCK, *Dalla A alla Z. Le origini della civiltà della scrittura in Occidente*, Genova, 1987; ID., *La musa impara a scrivere. Riflessioni sull'oralità e l'alfabetismo dall'antichità al giorno d'oggi*, Roma-Bari, 1995; E.L. EINSENSTEIN, *Le rivoluzioni del libro. L'invenzione della stampa e la nascita dell'età moderna*, Bologna, 1995; E. DI MARTINO, *Il* medium *e le pratiche*, Milano, 1998. L'intera opera di Sini è attraversata da questo tema; si veda almeno C. SINI, *L'alfabeto e l'Occidente*, *Opere*, vol. III, tomo I, Milano, 2016. Per un'analisi grafica della rivoluzione digitale, nei suoi risvolti giuridici, vedi A. GARAPON, J. LASSÈGUE, *La giustizia digitale. Determinismo tecnologico e libertà*, Bologna, 2021; ID., *Le numérique contre le politique*, Paris, 2021.

[2] P. LEGENDRE, *Della società come testo. Lineamenti di un'antropologia dogmatica*, Torino, 2005.

[3] Si veda la critica all'idea stessa di ordine sistematico in M. MANZIN, Ordo iuris. *La nascita del pensiero sistematico*, Milano, 2008.

[4] Si veda A. ANDRONICO, *Viaggio al termine del diritto. Saggio sulla governance*, Torino, 2012.

come il *récit* per la teoria narrativa, ha un tratto indisciplinato[5]. A fissarla, come dice Sacco, la si snatura; ogni sua definizione sembra fallace in un qualche aspetto; essa rappresenta, come dice Bobbio, un banco di prova per la teoria del diritto, di cui investe principi e presupposti. Sembra che proprio la domanda sulla consuetudine, come problema teorico, si ripercuota sulla domanda stessa, ossia sulla sua origine: sul metodo e sul fondamento della teoria[6].

Il rapporto tra la razionalità della definizione teorica e ciò che chiamiamo consuetudine si rivela ricorsivo[7]. Un paragone con un'altra scienza può forse aiutare. Quando Quintiliano, trattando della *bene dicendi scientia*, si chiede quali siano le regole per parlare bene, rileva che la *ratio* della lingua non poggia su altro che sulla sua *observatio*. È perché noi osserviamo la lingua in un certo modo, che emergono certe regolarità. Ma occorre diffidare, dice ancora Quintiliano, dai precetti razionali, dacché non ce n'è uno che non sia qua o là smentito. Questo è inevitabile, per due ragioni fondamentali: sia perché la lingua cambia, essendo essa nient'altro che *consuetudo*; sia perché il metodo di osservazione – per esempio, il metodo analogico o quello etimologico – per definire la *ratio* della lingua è esso stesso generato dalla *consuetudo*[8].

---

[5] Vedi J. GILBERT, *Récit, discipline, savoir*, in *Le récit de la technique. Le machinique entre la manifestation et l'interpretation*, eds. D. VIGNON - G.L. BELTRAMO, in *Études Digitales*, 13(1) (2022), pp. 7-38.

[6] Si nota innanzitutto un'eccedenza della consuetudine rispetto alla teoria, sì che quest'ultima risulta – come riconoscono Heritier e Bombelli, introducendo una ricerca collettanea dedicata ai molteplici volti della consuetudine – sempre provvisoria. "La provvisorietà dell'approdo risiede, forse, nella natura stessa della consuetudine. Troppo complessi i profili concettuali che ne innervano gli abiti mentali, al pari della straordinaria eterogeneità delle forme di prassi consuetudinarie che connoteranno vieppiù i nostri vissuti, per risolverli in modelli teorici in qualche modo definitivi". Ciò è tanto più destabilizzante a livello teorico, in quanto la consuetudine – come affermano ancora gli Autori – "investe alcune categorie filosofiche e teorico-giuridiche fondative": in *I volti molteplici della consuetudine. Volume 2 – Prospettive*, a cura di P. HERITIER - G. BOMBELLI, Sesto San Giovanni, 2024, p. 10.

[7] Questa la tesi sviluppata in G.L. BELTRAMO, *Consuetudine e teoria. Un problema ricorsivo*, in *Calumet*, 24 (2025). Cfr. ID., *La ricorsività della teoria. Per un'etica dell'errore*, in *Jus-Online*, 2 (2023).

[8] Sono i passi 1, 6, 1-45 della *Institutio oratoria*. Vedi QUINTILIANO, *La formazione dell'oratore*, Milano, 2020, pp. 163-189. Sull'importanza del pensiero di Quintiliano per la formazione del giurista, vedi G.L. BELTRAMO, Institutio iuridica: *strumenti e figure di didattica del diritto a partire da Quintiliano. L'esercizio delle* Summer School *in Law and Humanities*, in *Teoria e critica della regolazione sociale*, 2 (2024). Per una più ampia discussione filosofico-giuridica di questi passi di Quintiliano, fondamentali in tema di consuetudine, vedi ancora BELTRAMO, *Consuetudine e teoria*, cit.

Il problema consuetudinario è dunque ambivalente. Da un lato, la consuetudine è un oggetto teorico la cui definizione è per lo meno dibattuta, a causa di una sua instabilità mista a irregolarità, che la rendono difficile da delimitare. La consuetudine, insomma, è una realtà complessa. Dall'altro lato, però, la domanda sulla consuetudine pone in crisi categorie e metodi teorico-giuridici fondamentali, fino a inquisire non solo l'idea generale del diritto, ma altresì la sua prospettiva. È forse per questa ragione più profonda che la teoria della consuetudine – e non solo di quella giuridica, ma per esempio anche di quella retorico-linguistica, come mostra Quintiliano – è sempre *in fieri*.
La portata del problema consuetudinario è esemplificata dal presente confronto. L'obiettivo non è, in questa sede – per ovvie ragioni di spazio, ma altresì, e più profondamente, per i limiti teorici evocati – percorrere una via riepilogativa della materia; bensì, tentare di rappresentarne la complessità. Il confronto scelto risulta, in questa luce, particolarmente fruttuoso: non soltanto, come predetto, si fronteggiano sul medesimo oggetto di ricerca tre diverse discipline giuridiche, con le rispettive prospettive; ma, essendo i tre autori accomunati dall'ambiente universitario torinese, proprio la loro vicendevole critica, volta a marcare le differenze, permette a noi di esplicitarne le posizioni.
Tirata, per così dire, ora verso il sistema ordinante della teoria generale, ora verso culture lontane incontrate dall'antropologo, ora verso l'antichità romana, la domanda sulla consuetudine – e, in filigrana, la domanda sul diritto – sperimenta i suoi limiti teorici. L'interesse che ispira il confronto qui proposto, dunque, piuttosto che raggiungere un'altra definizione, è mostrare, in atto, la stessa pratica definitoria rispetto alla consuetudine. L'idea di fondo suggerita da Quintiliano, infatti, è che la *consuetudo* interessi tanto l'oggetto teorico quanto la pratica stessa della teoria.

2. Il farsi della regola. Tradizione e giuridicità fattuale in Bobbio

Sia Sacco sia Gallo, come vedremo, rispondono alla nota tesi di Bobbio del 1942: la consuetudine come fatto normativo. Da questa dunque partiamo,

così da poter apprezzare il confronto, che è chiarificatore rispetto alle divergenti posizioni[9].

Proprio nell'ultima pagina, Bobbio riconosce nella consuetudine un "fattore universale e sempre ricorrente" del diritto, che interpella la teoria su un piano propriamente filosofico, problematizzandone i principi e i presupposti[10]. L'analisi, nelle prime pagine, si apre allora con una critica alla teoria del diritto dominante: "l'edificio costruito dalla scienza giuridica ottocentesca è ormai dovunque in rovina"; i dogmi dello statualismo ("non vi è altro diritto che il diritto statuale") e del legalismo ("non vi è altro diritto nello stato che il diritto legislativo") si sono rivelati restrittive semplificazioni, se non irrealistiche infatuazioni pur ammantate di razionalismo; si assiste alla "glorificazione della legge come prodotto dell'intelligenza e della riflessione, a scapito delle forme immediate e irriflesse, puramente istintive, di produzione giuridica, quale la consuetudine"[11].

> *Questa concezione del diritto, che possiamo ora chiamare statual-legalistica, ha lasciato la maggior traccia di sé nella stessa formulazione del concetto di diritto e delle sue note, prevalsa a poco a poco tra i giuristi e i filosofi del diritto del secolo scorso, e posta da questi a fondamento delle discipline particolari del diritto positivo. Ora, il collegare la definizione corrente del diritto con una concezione dominante della scienza giuridica, mostrandone*

---

[9] Dopo questo primo lavoro sul tema (N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, Torino, 2010), Bobbio ritornerà sulla consuetudine e sul fatto normativo in due lavori successivi: ID., *Consuetudine (teoria generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. IX, Milano, 1962, pp. 426-443; ID., *Fatto normativo*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XVI, Milano, 1967, pp. 988-995. Questi due lavori saranno poi raccolti in ID., *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, 1994, sotto la voce "Consuetudine e fatto normativo", pp. 17-57. Sulla consuetudine in Bobbio, vedi P. DI LUCIA, *Il mistero della consuetudine. Rileggendo Bobbio filosofo della normatività*, in *I volti molteplici della consuetudine. Volume 1 – Origini*, a cura di HERITIER - BOMBELLI, Sesto San Giovanni, 2022, pp. 17-55; P. CHIASSONI, *Tre buoni filosofi contro i cattivi costumi. (Giurisprudenza analitica e teoria della consuetudine)* e D. CANALE, *Paradossi della consuetudine giuridica*, in *La consuetudine giuridica. Teoria, storia, ambiti disciplinari*, a cura di S. ZORZETTO, Pisa, 2008. Sul pensiero di Bobbio, vedi T. GRECO, *Norberto Bobbio. Un itinerario intellettuale tra filosofia e politica*, Roma, 2000.

[10] BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, cit., p. 100.

[11] *Ivi*, pp. 1-2. Solidale con la critica di Bobbio ai dogmi ottocenteschi, e anzi ancora più radicale, è la posizione di Grossi, per il quale lo statualismo e il legalismo sono "mitologie della modernità", che rovinano in statolatria e legolatria. Contro la legalità come assolutismo giuridico, Grossi promuove invece un ritorno al diritto esperito, un suo rinvenimento nella vita sociale: come emergenza dal basso, come "diritto incarnato". Vedi P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Roma-Bari, 2007; ID., *Oltre la legalità*, Roma-Bari, 2020; ID., *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015; ID., *L'*invenzione *del diritto*, Roma-Bari, 2017.

> *la derivazione e i nessi, esercita la funzione critica di smantellare, da un lato, la pretesa assolutezza di quella definizione, lasciando così aperta la via ad una rielaborazione del concetto stesso del diritto, e di metterne in rilievo, dall'altro, la provvisorietà, quasi direi la fragilità, additandola come prodotto di teorie particolari, idealmente insufficienti ancorché storicamente giustificate.*[12]

In connessione con la concezione statual-legalistica sono il "dogma volontaristico" e "i tre ingredienti fondamentali della imperatività, della coattività, della generalità", che Bobbio provvede a criticare. Da un lato, vi è l'assunto che "il diritto sia principalmente e originariamente un prodotto della volontà umana": lo stato figura come produttore per eccellenza, "concepito come persona dotata di un potere autonomo e spontaneo di decisione, e quindi di una volontà", e la fonte giuridica esclusiva è la legge in quanto "atto di volontà". Dall'altro lato, "l'imperatività presuppone evidentemente il titolare di una potestà d'impero", perfettamente rappresentata dalla sovranità statale; la coattività del diritto va di pari passo con "il riconoscimento della originarietà, dell'autonomia, dell'indipendenza, dell'esclusività dello stato", in quanto solo le regole statuali sono coercibili; la generalità, infine, "requisito essenziale della legge", si afferma come requisito del diritto "solo in quanto si riduca tutto il diritto alla legge"[13].

Per quanto attiene alla coazione, Bobbio nota che "il fenomeno della formazione spontanea di norme giuridiche, quale si manifesta nel diritto consuetudinario, è d'impaccio a coloro che considerano la coazione come un elemento essenziale della norma giuridica; donde la necessità di considerare la consuetudine come regola del costume sociale, etica, ecc., elevata a diritto dalla volontà dello stato"[14]. Anzi, proprio quando si adotta uno sguardo pluralista, si è condotti "a poco a poco alla persuasione che la coattività sia nota caratteristica non del diritto in genere, inteso come regola di organizzazione di una qualunque compagine sociale, ma del diritto statuale. Pertanto, quando la teoria coattivistica getta la maschera e mostra il suo vero volto non trova altro criterio valido per fondare la differenza tra norme giuridiche e norme del costume che la statualità"[15].

Per quanto attiene, invece, alla generalità ("riferibilità della norma non ad una persona determinata, ma ad una classe di persone rappresentanti un

---

[12] BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, cit., p. 3.
[13] *Ivi*, pp. 3-5.
[14] *Ivi*, p. 30.
[15] *Ivi*, p. 75.

tipo"), Bobbio afferma che essa è comunemente attribuita alla norma giuridica per una "falsa identificazione" con la legge. Essenziale alla norma giuridica è invece l'astrattezza ("riferibilità non ad una singola azione, ma ad una classe tipica di azioni"): "la norma, che è uno schema dell'azione, non può non essere astratta", mentre può essere individuale, per esempio come sentenza del giudice. Le norme generali richiedono, per Bobbio, una "organizzazione sociale" capace di esprimere una "concentrazione di autorità", ciò che Bobbio chiama "autorità sociale". "Tale organizzazione, rivelatrice di un'autorità capace di dettare norme generali, è ciò che la scienza del diritto chiama *ordinamento giuridico*"[16].

> *[…] la caratteristica dell'ordinamento, per cui è società organizzata e non somma di individui, è la persistenza, al di sopra e al di là dei singoli componenti, di una regola o di un complesso di regole, persistenza appunto che si esprime nella efficienza di norme generali. Il contratto e la sentenza si esauriscono nell'individuo, nascono e muoiono con lui; l'ordinamento sussiste anche se muore l'individuo; purché rimanga la regola a cui altri individui, per il solo fatto di appartenere a quell'ordinamento, si sottometteranno.*[17]

Bobbio procede dunque alla critica della teoria classica delle fonti giuridiche, tra le quali "si rimette in onore, o almeno trova più adeguata comprensione, il diritto consuetudinario, che è il diritto spontaneo, immediato, non volontario"[18]. Non ha senso, afferma Bobbio, "comporre un'enumerazione delle fonti del diritto in generale, perché esse sono virtualmente infinite, come è infinita l'iniziativa e l'originalità della storia". Partendo dalla definizione di fonti del diritto come fatti normativi, ossia "quei fatti che pongono in essere una norma giuridica", Bobbio afferma che si possono distinguere "rispetto ai fatti normativi una categoria di *fatti* propriamente detti e una categoria di *atti*. La consuetudine è un fatto naturale, la legge un atto"[19].
Bobbio giunge così ad una definizione della consuetudine giuridica come "fatto costitutivo di norme generali", la cui autorità sociale si è costituita in modo "incosciente e involontario" e "coincide con il formarsi di una *tradizione*" (esattamente il contrario, dunque, dell'autorità sociale costituitasi in modo "cosciente e volontario" e che coincide "col formarsi

[16] *Ivi*, p. 25.
[17] *Ivi*, p. 27.
[18] *Ivi*, p. 7.
[19] *Ivi*, pp. 21, 24-25.

della volontà dominante"). Precisa Bobbio: "la tradizione è un fatto che si svolge nel tempo, la volontà dominante un atto puntuale; la forza della tradizione è la sua origine immemorabile, la forza della volontà dominante, la sua attuale potestà di comando". Si delineano, così, rispetto ai due metodi di formazione dell'autorità, "le due fonti tradizionali del diritto oggettivo: il *diritto consuetudinario* e il *diritto legislativo*"[20].

> *[…] per quanto il processo della consuetudine risulti dalla successione di singoli atti, l'autorità della tradizione, che è ciò che costituisce il diritto consuetudinario, non deriva dagli atti né dal complesso degli atti voluti ciascuno per se stesso, ma dal fatto, puramente naturale, cioè non voluto ed inconscio, che questi atti sono stati ripetuti per una logica implicita negli atti stessi durante un lungo e immemorabile periodo di tempo […] Di conseguenza: o la tradizione è* in fieri, *e allora i singoli atti che pur vogliono l'azione singola non possono volere la tradizione; o la tradizione è formata, e allora l'atto singolo vuole sì la tradizione, ma non concorre a formarla […] La norma consuetudinaria si forma indipendentemente dalla volontà che imponga la norma consuetudinaria; c'è bensì una tradizione incosciente che finisce per imporsi alla volontà. La volontà nella legge è il* prius, *nella consuetudine il* posterius. *In conclusione, la consuetudine non è un atto o un complesso di atti, ma è un fatto naturale che si svolge nel tempo.*[21]

Contro il pregiudizio comune del giurista che, chiuso nel sistema giuridico, vorrebbe "distinguere con un taglio netto tutto ciò che deve valere come diritto da ciò che deve essere respinto come non diritto", Bobbio invita a non "arrestarsi alla qualificazione formale, che è pur sempre ipotetica", bensì a guardare "al presupposto stesso del formalismo, in definitiva ai fatti di per se stessi giuridici, vale a dire a quei fatti che portano in se stessi la

---

[20] *Ivi*, pp. 31-32.

[21] *Ivi*, pp. 32-33. Simile la posizione di Romano (in S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Macerata, 2019) che condivide con Bobbio la formula di fatto normativo e di autorità della tradizione, nonché l'idea di una logica o *ratio* degli atti ripetuti. La costituzione, per Romano, è un "diritto che scaturisce immediatamente dagli usi" (p. 66); "il pregio fondamentale, che ne implica molti altri, della consuetudine è precisamente questo: che per mezzo di essa il popolo influisce direttamente e non per il tramite di rappresentanti sulla formazione dell'ordinamento giuridico che deve provvedere ai suoi bisogni e alle sue esigenze, manifestando in essa una 'ratio', non raccolta in una o poche menti che potrebbero errare, ma disseminata, attraverso intere generazioni, in un numero indefinito di menti" (p. 69). E ancora: "la consuetudine […] è norma che si forma spontaneamente, senza una particolare volontà che sia diretta a questo fine, in modo che la formazione di essa può anche essere incosciente o quasi. I singoli fatti o atti da cui essa scaturisce possono essere volontari, ma ciò non significa che volontaria debba considerarsi essa stessa, che è costituita automaticamente dal loro complesso, dalla loro uniformità e ripetizione, dalla autorità della tradizione" (p. 91).

ragione della loro giuridicità"[22]. Bobbio sostiene, dunque, la tesi del valore costitutivo – e non meramente ricognitivo – della consuetudine: afferma, cioè, che "la ripetizione degli atti che costituisce nel suo complesso la consuetudine, l'*usus* nel senso tradizionale, crei essa stessa la nuova norma giuridica"[23]. Ciò esce dal sistema del giurista classico, il quale, nel guardare alla consuetudine, commette – secondo Bobbio – "un errore di prospettiva": egli si trova ad osservarlo "non nella sua struttura originaria, ma dal punto di vista di un'altra fonte accolta come fonte primaria, e quindi con la preoccupazione di cogliervi quegli elementi che lo rendano idoneo ad essere accolto dalla fonte prevalente". È da questo errore di prospettiva legalistica che derivano, per Bobbio, "le varie dottrine sul fondamento del diritto consuetudinario"[24].

> *Il diritto consuetudinario è un fatto normativo, e come fatto vale in quanto si fa: in esso validità ed efficacia coincidono. Non vi è quindi un fondamento al di fuori della consuetudine, perché la consuetudine ha il proprio fondamento in se stessa, nel suo stesso farsi; la sua ragion d'essere sta nell'osservanza che la costituisce e la mantiene in vita. Porre un fondamento prima e al di fuori del fatto consuetudinario vuol dire negare l'autorità sociale della tradizione e quindi la costitutività normativa di una ripetizione costante e uniforme, in definitiva riferire il diritto consuetudinario ad un'altra fonte, ritenuta superiore.*[25]

---

[22] BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, cit., pp. 34, 36. Si veda, in linea esplicita con Bobbio, la posizione di Grossi: "[…] i *mores*, cioè il complesso consuetudinario ancora grezzo da cui si originano e prendon forma i fatti consuetudinarii, appartengono all'*ordo*, sono situati al livello profondo dell'*ordo*, costituiscono l'*ordo*. È lì che deve essere individuata la fonte prima e prevalente del diritto. La consuetudine […] come ci ricorda il filosofo, anche se […] risulta dalla successione di singoli atti umani, 'non è un atto o un complesso di atti, ma un fatto naturale che si svolge nel tempo', e il fatto sta proprio nella ripetizione quasi sempre inconscia, per una lunga durata, di un certo comportamento. Essa non attiene al singolo, giacché non è il singolo il soggetto della memoria e della durata ma la pluralità verticale e orizzontale, la stirpe, il gruppo; unicamente al loro interno il singolo è l'inconsapevole cellula della consolidazione dell'uso. Essa si origina dal basso e dal particolare: anche se può estendersi e generalizzarsi, nasce però sempre da una microcoagulazione collettiva e tende a impregnare di sé le strutture; da voce di un gruppo, tende a vincolarsi alla cosa, a scriversi sulla cosa", P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Bari-Roma, 2006, p. 88.

[23] BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, cit., p. 39.

[24] *Ivi*, pp. 40-41.

[25] *Ivi*, p. 48. Si veda, sull'indipendenza della consuetudine dalla legge, la posizione di Romano (ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit.): "Tanto meno è da credersi, nonostante la contraria opinione molto diffusa, che l'efficacia della consuetudine derivi dalla volontà della legge scritta che gliela attribuisca: essa è fonte

Bobbio procede, quindi, alla critica di uno dei requisiti della consuetudine ritenuti fondamentali dalla dottrina, ossia l'*opinio iuris*: essa rappresenta "il requisito interno o spirituale o psicologico, contrapposto a quello esterno o materiale o fisico" della ripetizione[26]. La tesi comune, spiega Bobbio, afferma "che ogni singolo utente deve compiere l'atto formativo della consuetudine giuridica con la convinzione o credenza o sentimento o coscienza che sia necessario cioè obbligatorio, perché conforme ad una norma giuridica, e l'atto contrario, come atto illecito, sia passibile di una sanzione". Tuttavia, tale tesi procede per Bobbio in un circolo vizioso: "da un lato si considera l'*opinio* come elemento costitutivo della norma consuetudinaria, ciò che in altre parole significa: l'*opinio* è un presupposto necessario dell'obbligatorietà; dall'altro, si definisce l'*opinio* come convinzione di sottoporsi ad una norma giuridica, ciò che in altre parole significa: l'*opinio* presuppone un obbligo preesistente". Da qui, due alternative, entrambe inaccettabili per Bobbio: l'assurdità di ritenere tutto il diritto consuetudinario fondato sull'errore, ossia sulla falsa convinzione di una norma giuridica preesistente; oppure la contraddizione di ammettere la preesistenza della norma a cui si riferisce l'*opinio*, svuotando dunque la consuetudine del carattere costitutivo e riservandole il solo valore ricognitivo, pur pretendendo per l'*opinio* un'efficacia formativa di non si sa quale diritto[27].

> *Non resta che eliminare l'*opinio iuris. *E valga, a conferma, l'esperienza giuridica, la quale, quando ci pone innanzi una norma consuetudinaria, ci presenta una regola sorta per imprescindibili esigenze sociali da un determinato stato di fatto e diventata a poco a poco norma obbligatoria per la costante e uniforme ripetizione da parte di una generalità di persone; le quali, mentre si obbligano, ignorano di obbligarsi in nome di una regola costituita, che, d'altronde, non esiste ancora perché essi stessi contribuiscono a formarla, ma contraggono unicamente un'obbligazione di fatto o naturale, che solo il tempo o la tradizione trasformerà in obbligazione generale e astratta, allorquando la serie delle ripetizioni sarà tale da avere ingenerato, mediante la forza dell'esempio, la convinzione o la credenza che osservare quella regola sia obbligatorio. In questo modo l'esperienza giuridica ci mostra che la credenza nell'obbligatorietà di una norma non sorge durante il processo di formazione, ma alla fine, quando la norma consuetudinaria è*

involontaria del diritto, non solo rispetto a coloro fra cui sorge, ma anche rispetto al legislatore; è un fatto normativo, del tutto autonomo e, quindi, esempio tipico, ma non esclusivo, del *ius involontarium*" (p. 91).

[26] BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, cit., p. 54.

[27] *Ivi*, pp. 57-58.

> *già formata. Ciò significa che l'*opinio *non è una condizione, ma una conseguenza del processo formativo della consuetudine.*[28]

L'*opinio*, dunque, "non concorre alla formazione della norma, ma ne garantisce l'efficacia": essa evita, cioè, che la norma consuetudinaria cada in desuetudine. Tuttavia, afferma Bobbio, in quanto elemento interno l'*opinio* è accertabile solo in modo indiretto, ossia osservando il comportamento esterno: "il miglior modo per provare se esista l'*opinio* è di vedere se sia o non sia stata ripetuta la regola. Ma ciò ci riconduce dall'interno all'esterno, dalla convinzione alla ripetizione". Da ciò Bobbio conclude che "si tratta di elemento giuridicamente irrilevante"[29].
Eliminata l'*opinio iuris*, si presenta però il problema di distinguere una consuetudine giuridica da una non giuridica. Abbiamo già visto che per Bobbio il criterio della coattività non è determinante per la giuridicità. Egli invita, invece, a porre attenzione "sulla natura stessa della norma, sul suo significato sociale, in una parola, sul suo contenuto". Bobbio afferma che "in ogni gruppo sociale vigono regole *essenziali* alla costituzione e alla conservazione del gruppo accanto a regole *inessenziali*. Regola essenziale ad un gruppo sociale è quella regola senza la quale il gruppo, in quel determinato stadio della sua evoluzione storica, non potrebbe attuare il fine per cui è sorto; o più genericamente, è quella regola che pone in essere i rapporti necessari di convivenza". Vi sarebbe cioè, nella storia di ogni società, "un'opera di graduale selezione" delle norme che si dimostrano ad essa necessarie[30].

> *Le regole che hanno un valore costitutivo, o che lo vengono di volta in volta, a seconda delle esigenze, acquistando, si differenziano dalle altre per una maggiore forza imperativa intrinseca o addirittura sono imposte con la forza dall'autorità dominante appunto per la loro indispensabilità: di qua quella loro obbligatorietà, che costituisce la ragione principale per cui, tra le infinite regole che si intrecciano in un ordinamento sociale, si differenziano*

---

[28] *Ivi*, pp. 59-60.
[29] *Ivi*, p. 61. Si veda, sull'involontarietà della consuetudine – pur conservando, contrariamente a Bobbio, l'*opinio iuris* –, la posizione di Romano (ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit.): "quando si tratta di precisarne la natura giuridica, non bisogna dimenticare che la consuetudine viene in considerazione quando è già formata, che l'attività da cui risulta è nel suo svolgimento giuridicamente irrilevante, che essa è del tutto anonima, giacché quella dei singoli vi resta sommersa, che è manifestazione non di volontà, ma di 'opinio', se non di semplici tendenze non sempre consapevoli" (p. 69). E ancora: "La *opinio iuris seu necessitatis*, che della consuetudine suole indicarsi come un elemento, sarà convinzione, credenza, sentimento, ma non certo volontà, né dei singoli né collettiva" (p. 91).
[30] BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, cit., pp. 82-83.

> *certe regole, più intensamente operative e più efficaci, che noi chiamiamo giuridiche.*[31]

Rispetto alle altre regole consuetudinarie, cioè alle "regole formatesi per la tradizione", Bobbio definisce giuridica quella "consuetudine che tramanda regole incidenti sulla struttura, sulla natura, sulle finalità stesse del gruppo e dei rapporti di quelle persone che tramandano e tramandando contribuiscono a formare la regola consuetudinaria stessa". Tale necessità della regola giuridica tradizionale, precisa Bobbio, non richiede "una credenza o una convinzione (*opinio necessitatis*), perché essa si rivela nel rapporto stesso, ed è dalla necessità reale e non da quella creduta che sorge il diritto". Tuttavia, si chiede Bobbio, chi mai potrebbe nettamente distinguere diritto e costume, ovvero chi potrebbe "stabilire, pur circoscrivendo la ricerca ad un determinato periodo storico, sino a che punto una certa regola sia o non sia essenziale?"[32].

> *Ma proprio la questione del taglio netto è una questione mal posta: sul terreno storico in cui il diritto vive, altro non si può dire se non che in un sistema di regole sociali si vengono a poco a poco differenziando regole che hanno maggiore efficacia normativa, le quali vengono chiamate giuridiche, perché rappresentano la massima concentrazione di imperatività che una regola possa contenere in un determinato gruppo sociale; e ancora che, cercando di scrutare a fondo la ragione di questo fenomeno di discriminazione, altro non si scorge che una maggiore urgenza di queste regole esclusivamente in ragione del fatto o dei fatti che regolano, e non già della forza dell'obbligo che da esse deriva, né dei mezzi adoperati per farle valere, e così via, che sono tutte conseguenze e non cause.*[33]

Tra i molteplici atti e fatti potenzialmente rilevanti per la regolazione sociale, pochi "finiscono per essere assunti nella sfera della regolarità costitutiva di un determinato diritto vigente". A questa selezione, che ingenera normatività, opera l'autorità sociale "che agisce, ora mediante il meccanismo della tradizione, onde ha luogo la consuetudine giuridica, ora mediante il meccanismo della volontà dominante, onde hanno luogo gli atti normativi in genere, le leggi in specie". Bobbio dichiara, dunque, che le fonti del diritto "hanno da essere considerate come gli strumenti dell'opera selettiva del diritto: esse pongono in atto ciò che è meramente virtuale, attribuiscono validità storica a informi esigenze, [...] contribuiscono a

[31] *Ivi*, p. 83.
[32] *Ivi*, p. 84.
[33] *Ivi*, pp. 84-85.

concentrare in forme rigide e valide per la generalità la tendenza dei membri di un gruppo alla propria organizzazione". Il diritto è dunque un "fenomeno storico", legato a date situazioni e contesti, sì che regole essenziali per un gruppo possono essere indifferenti per altri. Conclude Bobbio: "l'essenzialità costitutiva della giuridicità non è una categoria a priori, ma un fatto storico"[34].

Eppure, ci sarebbero regole a tutti comuni, pur nella varietà dei gruppi sociali: una sorta di "residuo dell'esperienza giuridica di tutti i tempi"[35]. La comunanza è riscontrata da Bobbio non nella forma, bensì nel contenuto: si riscontrano, cioè, "norme ineliminabili e insostituibili, come quelle che impongono l'osservanza dei patti o l'ubbidienza alla autorità o la riparazione del danno o la restituzione dell'altrui o la punizione delle inosservanze, perché senza di esse non è concepibile una società organizzata". In ciò si riconosce, dice Bobbio, il "diritto naturale, vera e propria logica formale della convivenza"[36]. Diritto naturale, tuttavia, nella forma "di un complesso di principi giuridici essenziali alla costituzione della società universale degli uomini, e quindi comuni a tutti i gruppi sociali storicamente accertabili, di un diritto che è fonte a se stesso e quindi al di fuori del processo formativo delle fonti". In tal guisa, afferma Bobbio, esso risulterebbe "la quintessenza del diritto positivo, un diritto insomma tanto positivo che vige in ogni gruppo sociale e vige indipendentemente dall'autorità sociale che lo faccia valere, un diritto che è un presupposto stesso della positività, perché senza di esso non si cementa quella organizzazione che è il germe della convivenza giuridica"[37].

Da ultimo, Bobbio afferma "l'autonomia della consuetudine giuridica, come fonte giuridica che trova il proprio fondamento in se stessa", posta in linea astratta sullo stesso piano del diritto legislativo. È tuttavia indubbio che, "sul terreno dell'esperienza storica", si sia ingenerata una gerarchia tra le fonti, che è legata ad una gerarchia di ordinamenti. "Si può dire in generale che l'avvento della supremazia della legge sulla consuetudine sia un episodio della lotta vittoriosa sostenuta dall'ordinamento statuale, totalitario ed accentratore, contro gli ordinamenti parziali e decentrati". Sicché, da un punto di vista storico ed esperienziale, la supremazia della legge, "come norma generale e astratta imposta da una volontà dominante", fonte caratteristica dell'ordinamento statuale, ha provocato "il

[34] *Ivi*, p. 86.
[35] *Ibidem*.
[36] *Ivi*, pp. 89-90.
[37] *Ivi*, p. 87.

graduale venir meno della consuetudine come fonte di produzione giuridica"[38]. La fonte consuetudinaria, assorbita, respinta o riconosciuta dalla legge, è così inserita in un nuovo ordinamento. Purtuttavia, "questa limitazione non incide sulla validità del diritto consuetudinario di per sé considerato, ma esclusivamente sulla sua validità nell'ambito dell'ordinamento statuale"[39].

3. Attuare la regola. Il muto "saper fare" giuridico e linguistico in Sacco

Come già accennato, dalla posizione di Bobbio sia Sacco sia Gallo prendono le rispettive distanze. I differenti punti di attacco critico ci permetteranno di chiarire le proposte.
Vi sono – dice Sacco – "comunità la cui lingua è più povera della nostra. In essa manca un linguaggio giuridico specialistico. Esiste peraltro un nucleo di termini multivalenti, che esprimono concetti che servono per indicare categorie, comportamenti, soggetti che ricorrono nel discorso giuridico e in quello extragiuridico". L'assenza di un linguaggio specialistico non impedisce, secondo lo studioso, che si possano "esprimere nozioni giuridiche": le espressioni multivalenti sono infatti utilizzabili per riferirsi tanto "a un dato giuridico" quanto "ad un evento che non intende toccare il diritto". Eppure, solo da quando nacque "un vocabolario capace di indicare fenomeni giuridici, l'uomo poté utilizzarlo per regolare singoli rapporti giuridici, e poté utilizzarlo per incidere sul diritto oggettivo, cioè sulle norme". Del resto, l'uomo "prese ad adoperare la lingua per conformare rapporti giuridici ben prima del momento in cui costruì, mediante la lingua, norme giuridiche"[40].

> *L'uomo dapprima ha saputo compiere operazioni giuridiche (oggettivamente coerenti a regole operanti ma non pensate). Poi ha preso consapevolezza di ciò che faceva, e ha via via percepito la ripetitività dei suoi modi di procedere. Così ha colto il carattere generale e astratto delle idee in cui il suo pensiero collocava i suoi atti. Nel contempo, o prima, o dopo, ha*

[38] *Ivi*, p. 92-93.
[39] *Ivi*, pp. 94-95.
[40] R. SACCO, *Il diritto muto. Neuroscienze, conoscenza tacita, valori condivisi*, Bologna, 2015, pp. 81-82.

> *dato i nomi alle sue operazioni. E prima, o dopo, ha composto in regole le sue operazioni.*[41]

Il discorso di Sacco è legato ad un problema teorico decisivo, che ritorna nelle opere dello studioso: il rapporto tra qualificazione ed esecuzione, ovvero tra diritto e atto. "Pensiamo alla proprietà, all'obbligazione di fare, al dovere di obbedienza filiale. Questi tre rapporti giuridici non esistono fuori dalla mente che li pensa (e della parola che esprime il pensiero) [...] Quale figura precedette? La qualificazione del dovere precedette l'esecuzione, o viceversa?"[42]. Mentre l'esistenza dei rapporti giuridici è solo mentale, nel "reale fisico troviamo invece quei comportamenti umani che poi il giurista qualifica come atti di esercizio del diritto, o prestazioni compiute in adempimento di un dovere [...] Prima esistette l'atto che noi facciamo corrispondere all'esercizio del diritto, poi il pensiero configurò il diritto"[43]. Il giurista però, nota Sacco, mette sempre al centro il diritto. Così, per esempio, "anziché 'passaggio' egli dice 'esercizio della servitù di passaggio'". Il giurista è attento al sistema di concetti e classificazioni, sul modello della legge. In questo modo, tuttavia, il discorso sul diritto è "dominato dalle fonti che lo creano"[44].

Sacco imposta così una differenza di sapere e conseguentemente di volontà. Volere un fatto, argomenta, non è lo stesso che volere un diritto. "Volere un diritto vuol dire volere una regola che programma il futuro"; regola che tuttavia deve essere formulata. "Il programma astratto e futuro può essere rivelato e menzionato solo mediante un linguaggio, un discorso, un simbolo". Al contrario, afferma Sacco, "il fatto materiale è muto", sicché "il mero fatto ci consente solo di inferire che l'agente vuole porre in essere quel fatto, e quegli eventi che siano conseguenze inevitabili o almeno normali di quel determinato fatto". Questa inevitabile o normale conseguenza è descritta da Sacco come "la simmetria fra la struttura dell'atto e i suoi effetti": essa appartiene alla "natura delle cose", nella quale "il voluto e gli effetti si muovono nell'ordine della realtà fisica". Come esempio, Sacco propone l'occupazione. "Chi occupa vuole acquistare, e acquista, il controllo fisico del bene [...] Quel controllo fisico non sarebbe tale se non constasse di un potere *esclusivo* sul bene". Tale potere è difeso in autotutela; "allorché la coazione, nella forma dell'autotutela, è garantita da

---

[41] *Ivi*, p. 86. Cfr. R. SACCO, *Antropologia giuridica. Contributo ad una macrostoria del diritto*, Bologna, 2007, pp. 191-192.
[42] ID., *Antropologia giuridica*, cit., p. 175.
[43] ID., *Il diritto muto*, cit., pp. 92-93.
[44] ID., *Antropologia giuridica*, cit., p. 175-176.

un meccanismo naturale, diritto e fatto coincidono". Sarà poi il linguaggio specialistico ad astrarre e a permettere una programmazione, di là dall'azione presente. "L'ordinamento giuridico dotto, capace di verbalizzazioni e armato di categorie di rapporti giuridici, qualifica quel potere di fatto ravvisandone la corrispondenza con l'esercizio della proprietà"[45].

La differenza di sapere acquista nella tesi di Sacco un ruolo cruciale. Essa non è solo un criterio di analisi, col quale distinguere i casi antropologici di studio; essa investe altresì il valore scientifico dell'analisi proposta. "Le conclusioni che io ora illustro – dichiara Sacco – sono acquisite al sapere dello studioso del III millennio. Lo storico e il teorico del diritto, il filosofo, l'antropologo della lingua, l'antropologo del diritto, il cognitivista – lo psicologo, il neuroscienziato, il filosofo dell'ontologia – hanno sponsorizzato il risultato, e l'hanno munito di tutte le garanzie che una scienza severa può pretendere"[46]. La qualifica scientifica del sapere è rivendicata rispetto al nodo teorico centrale: l'applicazione istintiva della regola, ovvero la correlazione tra regola e azione. Sacco ricorda che "le relazioni fra regole e atti pervadono tutta la vita pratica dell'uomo, anche fuori dall'area del diritto. Pensiamo – dice – alla correlazione fra la regola linguistica e la pratica corrispondente"[47]. Ed è così che il diritto e il linguaggio sono da Sacco accostati in quanto pratiche regolate, sulle quali studiare la distanza tra "saper fare" e "sapere ciò che si fa".

Anche l'analfabeta – afferma Sacco – parla "senza errori". Suffissi, aspirazioni, sonorità, sintassi, semantica: egli dà "puntuale e corretta applicazione alle regole linguistiche [...] ma non saprebbe formularle né verbalizzarle; né potrebbe vederne mentalmente lo schema". Del resto, per parlare non si sente il bisogno di richiamare mentalmente la regola linguistica pertinente. "Per dire una frase di quattro parole, noi mettiamo in azione centinaia di regole e non abbiamo certo il tempo di evocare gli estremi di ognuna di esse. Di fatto, noi parliamo in modo istintivo"[48]. Sacco allarga il paragone, per mostrare che il comportamento – dell'uomo come dell'animale – segue coerentemente ma istintivamente regole non verbalizzate e dunque non conosciute, se non dagli scienziati. "Né gli animali né gli uomini (salvi gli specialisti) sanno quantificare le spinte le forze i tempi le contrazioni necessarie ai lanci e all'ambulazione. Non sanno

[45] ID., *Il diritto muto*, cit., pp. 96-99.
[46] *Ivi*, p. 70.
[47] ID., *Antropologia giuridica*, cit., p. 184.
[48] ID., *Il diritto muto*, cit., p. 69. Cfr. ID., *Antropologia giuridica*, cit., pp. 184-185.

JUS- **ONLINE 6/2025**
ISSN 1827-7942
RIVISTA DI SCIENZE GIURIDICHE
a cura della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Cattolica di Milano

GIORGIO LORENZO BELTRAMO*

Problemi consuetudinari. Un confronto critico tra Bobbio, Sacco e Gallo

English title: *Customary issues. A critical comparison of the work of Bobbio, Sacco and Gallo*

DOI: 10.26350/18277942_000260

Sommario: 1. Introduzione. La consuetudine come problema teorico. – 2. Il farsi della regola. Tradizione e giuridicità fattuale in Bobbio. – 3. Attuare la regola. Il muto "saper fare" giuridico e linguistico in Sacco. – 3.1. Sacco risponde a Bobbio. – 4. Produrre la regola. L'artificialità originaria di diritto e cultura in Gallo. – 4.1. Gallo risponde a Bobbio. – 4.2. Gallo risponde a Sacco. – 5. Appunti critici. – 6. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione. La consuetudine come problema teorico

Proponiamo qui un confronto tra le posizioni di tre giuristi sul problema teorico della consuetudine. Sono accostate, attraverso gli autori, tre differenti discipline: la filosofia del diritto con Bobbio, il diritto comparato con Sacco, il diritto romano con Gallo. Il contesto di riferimento delle teorie e, altresì, gli interessi e le modalità di approccio all'oggetto di ricerca sono dunque peculiari. Ne emergono configurazioni radicalmente divergenti, tra loro incompatibili, della consuetudine e del suo inquadramento nel campo giuridico.

La regola consuetudinaria, in Bobbio, è una regola che si fa da sé: la tradizione ne è l'autorità produttiva. Per tradizione s'intende un'immemorabile ripetizione di singoli atti soggettivi: tale ripetizione è un fatto oggettivo, secondo Bobbio, ed è questo fatto a creare la regola.

Nella prospettiva di Sacco, l'atto consuetudinario è correlato ad una regola non verbalizzata, che è applicata istintivamente. Il termine di paragone euristico è la regola linguistica, saputa dallo specialista ma non dal parlante, che pure la attua correttamente.

La consuetudine, per Gallo, è un prodotto della volontà umana, come del resto tutto il diritto. Essa si manifesta col comportamento concludente dei

cittadini; può generarsi in breve tempo e può comportare atti scritti così come la collaborazione di giuristi esperti.

Le tre posizioni teoriche divergono rispetto al medesimo problema definitorio: che cos'è la consuetudine. L'esigenza di una definizione precisa e non contraddittoria del concetto e l'esigenza di una sua disposizione coerente e sistematica tra gli altri concetti e categorie sono proprie della scienza giuridica: un sapere scritto – fare scienza senza scrittura è semplicemente impensabile – e scritto in alfabeto[1].

Che la constatazione appaia pleonastica non è senza interesse, proprio rispetto a ciò che è qui in questione. L'*ethos* teorico è un'esperienza del sapere a cui la nostra tradizione ci ha abituati, in cui la scuola ci ha letteralmente formati (formati come letterati), e di cui ritroviamo conferme continue. I luoghi della verità pubblica, come l'accademia o il tribunale, sono istituiti in funzione della logica del discorso. Istituzione di cui, proprio da un punto di vista giuridico, Legendre ha criticato il fondamento estetico-dogmatico: la scena della verità deve avere l'aria di tenere in piedi[2].

Il sistema della *scientia iuris* è oggi in crisi[3]. Per certi versi, la consuetudine è un problema paragonabile alla *governance*. Un'intera cultura giuridica è, come dice Andronico, stravolta: le categorie risultano poco utili, i paradigmi e gli schemi ermeneutici non si adattano, le metafore e le immagini esplodono in nuovi tentativi di figurazione[4]. La consuetudine,

---

* Università Cattolica del Sacro Cuore (giorgiolorenzo.beltramo@unicatt.it).

[1] Per una critica grafica all'impostazione teorica della filosofia del diritto, vedi G.L. BELTRAMO, *Nomografie. Per un approccio grafico al diritto*, in *Calumet*, 17 (2023). Sul rapporto tra pensiero scientifico e scrittura e sulla rivoluzione dell'alfabeto tra i sistemi di scrittura, si vedano tra gli altri: W. ONG, *Oralità e scrittura. Le tecnologie della parola*, Bologna, 2014; E. HAVELOCK, *Dalla A alla Z. Le origini della civiltà della scrittura in Occidente*, Genova, 1987; ID., *La musa impara a scrivere. Riflessioni sull'oralità e l'alfabetismo dall'antichità al giorno d'oggi*, Roma-Bari, 1995; E.L. EINSENSTEIN, *Le rivoluzioni del libro. L'invenzione della stampa e la nascita dell'età moderna*, Bologna, 1995; E. DI MARTINO, *Il* medium *e le pratiche*, Milano, 1998. L'intera opera di Sini è attraversata da questo tema; si veda almeno C. SINI, *L'alfabeto e l'Occidente*, *Opere*, vol. III, tomo I, Milano, 2016. Per un'analisi grafica della rivoluzione digitale, nei suoi risvolti giuridici, vedi A. GARAPON, J. LASSÈGUE, *La giustizia digitale. Determinismo tecnologico e libertà*, Bologna, 2021; ID., *Le numérique contre le politique*, Paris, 2021.

[2] P. LEGENDRE, *Della società come testo. Lineamenti di un'antropologia dogmatica*, Torino, 2005.

[3] Si veda la critica all'idea stessa di ordine sistematico in M. MANZIN, Ordo iuris. *La nascita del pensiero sistematico*, Milano, 2008.

[4] Si veda A. ANDRONICO, *Viaggio al termine del diritto. Saggio sulla governance*, Torino, 2012.

come il *récit* per la teoria narrativa, ha un tratto indisciplinato[5]. A fissarla, come dice Sacco, la si snatura; ogni sua definizione sembra fallace in un qualche aspetto; essa rappresenta, come dice Bobbio, un banco di prova per la teoria del diritto, di cui investe principi e presupposti. Sembra che proprio la domanda sulla consuetudine, come problema teorico, si ripercuota sulla domanda stessa, ossia sulla sua origine: sul metodo e sul fondamento della teoria[6].

Il rapporto tra la razionalità della definizione teorica e ciò che chiamiamo consuetudine si rivela ricorsivo[7]. Un paragone con un'altra scienza può forse aiutare. Quando Quintiliano, trattando della *bene dicendi scientia*, si chiede quali siano le regole per parlare bene, rileva che la *ratio* della lingua non poggia su altro che sulla sua *observatio*. È perché noi osserviamo la lingua in un certo modo, che emergono certe regolarità. Ma occorre diffidare, dice ancora Quintiliano, dai precetti razionali, dacché non ce n'è uno che non sia qua o là smentito. Questo è inevitabile, per due ragioni fondamentali: sia perché la lingua cambia, essendo essa nient'altro che *consuetudo*; sia perché il metodo di osservazione – per esempio, il metodo analogico o quello etimologico – per definire la *ratio* della lingua è esso stesso generato dalla *consuetudo*[8].

---

[5] Vedi J. GILBERT, *Récit, discipline, savoir*, in *Le récit de la technique. Le machinique entre la manifestation et l'interpretation*, eds. D. VIGNON - G.L. BELTRAMO, in *Études Digitales*, 13(1) (2022), pp. 7-38.

[6] Si nota innanzitutto un'eccedenza della consuetudine rispetto alla teoria, sì che quest'ultima risulta – come riconoscono Heritier e Bombelli, introducendo una ricerca collettanea dedicata ai molteplici volti della consuetudine – sempre provvisoria. "La provvisorietà dell'approdo risiede, forse, nella natura stessa della consuetudine. Troppo complessi i profili concettuali che ne innervano gli abiti mentali, al pari della straordinaria eterogeneità delle forme di prassi consuetudinarie che connoteranno vieppiù i nostri vissuti, per risolverli in modelli teorici in qualche modo definitivi". Ciò è tanto più destabilizzante a livello teorico, in quanto la consuetudine – come affermano ancora gli Autori – "investe alcune categorie filosofiche e teorico-giuridiche fondative": in *I volti molteplici della consuetudine. Volume 2 – Prospettive*, a cura di P. HERITIER - G. BOMBELLI, Sesto San Giovanni, 2024, p. 10.

[7] Questa la tesi sviluppata in G.L. BELTRAMO, *Consuetudine e teoria. Un problema ricorsivo*, in *Calumet*, 24 (2025). Cfr. ID., *La ricorsività della teoria. Per un'etica dell'errore*, in *Jus-Online*, 2 (2023).

[8] Sono i passi 1, 6, 1-45 della *Institutio oratoria*. Vedi QUINTILIANO, *La formazione dell'oratore*, Milano, 2020, pp. 163-189. Sull'importanza del pensiero di Quintiliano per la formazione del giurista, vedi G.L. BELTRAMO, Institutio iuridica: *strumenti e figure di didattica del diritto a partire da Quintiliano. L'esercizio delle* Summer School *in Law and Humanities*, in *Teoria e critica della regolazione sociale*, 2 (2024). Per una più ampia discussione filosofico-giuridica di questi passi di Quintiliano, fondamentali in tema di consuetudine, vedi ancora BELTRAMO, *Consuetudine e teoria*, cit.

Il problema consuetudinario è dunque ambivalente. Da un lato, la consuetudine è un oggetto teorico la cui definizione è per lo meno dibattuta, a causa di una sua instabilità mista a irregolarità, che la rendono difficile da delimitare. La consuetudine, insomma, è una realtà complessa. Dall'altro lato, però, la domanda sulla consuetudine pone in crisi categorie e metodi teorico-giuridici fondamentali, fino a inquisire non solo l'idea generale del diritto, ma altresì la sua prospettiva. È forse per questa ragione più profonda che la teoria della consuetudine – e non solo di quella giuridica, ma per esempio anche di quella retorico-linguistica, come mostra Quintiliano – è sempre *in fieri*.
La portata del problema consuetudinario è esemplificata dal presente confronto. L'obiettivo non è, in questa sede – per ovvie ragioni di spazio, ma altresì, e più profondamente, per i limiti teorici evocati – percorrere una via riepilogativa della materia; bensì, tentare di rappresentarne la complessità. Il confronto scelto risulta, in questa luce, particolarmente fruttuoso: non soltanto, come predetto, si fronteggiano sul medesimo oggetto di ricerca tre diverse discipline giuridiche, con le rispettive prospettive; ma, essendo i tre autori accomunati dall'ambiente universitario torinese, proprio la loro vicendevole critica, volta a marcare le differenze, permette a noi di esplicitarne le posizioni.
Tirata, per così dire, ora verso il sistema ordinante della teoria generale, ora verso culture lontane incontrate dall'antropologo, ora verso l'antichità romana, la domanda sulla consuetudine – e, in filigrana, la domanda sul diritto – sperimenta i suoi limiti teorici. L'interesse che ispira il confronto qui proposto, dunque, piuttosto che raggiungere un'altra definizione, è mostrare, in atto, la stessa pratica definitoria rispetto alla consuetudine. L'idea di fondo suggerita da Quintiliano, infatti, è che la *consuetudo* interessi tanto l'oggetto teorico quanto la pratica stessa della teoria.

2. Il farsi della regola. Tradizione e giuridicità fattuale in Bobbio

Sia Sacco sia Gallo, come vedremo, rispondono alla nota tesi di Bobbio del 1942: la consuetudine come fatto normativo. Da questa dunque partiamo,

così da poter apprezzare il confronto, che è chiarificatore rispetto alle divergenti posizioni[9].

Proprio nell'ultima pagina, Bobbio riconosce nella consuetudine un "fattore universale e sempre ricorrente" del diritto, che interpella la teoria su un piano propriamente filosofico, problematizzandone i principi e i presupposti[10]. L'analisi, nelle prime pagine, si apre allora con una critica alla teoria del diritto dominante: "l'edificio costruito dalla scienza giuridica ottocentesca è ormai dovunque in rovina"; i dogmi dello statualismo ("non vi è altro diritto che il diritto statuale") e del legalismo ("non vi è altro diritto nello stato che il diritto legislativo") si sono rivelati restrittive semplificazioni, se non irrealistiche infatuazioni pur ammantate di razionalismo; si assiste alla "glorificazione della legge come prodotto dell'intelligenza e della riflessione, a scapito delle forme immediate e irriflesse, puramente istintive, di produzione giuridica, quale la consuetudine"[11].

> *Questa concezione del diritto, che possiamo ora chiamare statual-legalistica, ha lasciato la maggior traccia di sé nella stessa formulazione del concetto di diritto e delle sue note, prevalsa a poco a poco tra i giuristi e i filosofi del diritto del secolo scorso, e posta da questi a fondamento delle discipline particolari del diritto positivo. Ora, il collegare la definizione corrente del diritto con una concezione dominante della scienza giuridica, mostrandone*

---

[9] Dopo questo primo lavoro sul tema (N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, Torino, 2010), Bobbio ritornerà sulla consuetudine e sul fatto normativo in due lavori successivi: ID., *Consuetudine (teoria generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. IX, Milano, 1962, pp. 426-443; ID., *Fatto normativo*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XVI, Milano, 1967, pp. 988-995. Questi due lavori saranno poi raccolti in ID., *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, 1994, sotto la voce "Consuetudine e fatto normativo", pp. 17-57. Sulla consuetudine in Bobbio, vedi P. DI LUCIA, *Il mistero della consuetudine. Rileggendo Bobbio filosofo della normatività*, in *I volti molteplici della consuetudine. Volume 1 – Origini*, a cura di HERITIER - BOMBELLI, Sesto San Giovanni, 2022, pp. 17-55; P. CHIASSONI, *Tre buoni filosofi contro i cattivi costumi. (Giurisprudenza analitica e teoria della consuetudine)* e D. CANALE, *Paradossi della consuetudine giuridica*, in *La consuetudine giuridica. Teoria, storia, ambiti disciplinari*, a cura di S. ZORZETTO, Pisa, 2008. Sul pensiero di Bobbio, vedi T. GRECO, *Norberto Bobbio. Un itinerario intellettuale tra filosofia e politica*, Roma, 2000.

[10] BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, cit., p. 100.

[11] *Ivi*, pp. 1-2. Solidale con la critica di Bobbio ai dogmi ottocenteschi, e anzi ancora più radicale, è la posizione di Grossi, per il quale lo statualismo e il legalismo sono "mitologie della modernità", che rovinano in statolatria e legolatria. Contro la legalità come assolutismo giuridico, Grossi promuove invece un ritorno al diritto esperito, un suo rinvenimento nella vita sociale: come emergenza dal basso, come "diritto incarnato". Vedi P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Roma-Bari, 2007; ID., *Oltre la legalità*, Roma-Bari, 2020; ID., *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015; ID., *L'*invenzione *del diritto*, Roma-Bari, 2017.

> *la derivazione e i nessi, esercita la funzione critica di smantellare, da un lato, la pretesa assolutezza di quella definizione, lasciando così aperta la via ad una rielaborazione del concetto stesso del diritto, e di metterne in rilievo, dall'altro, la provvisorietà, quasi direi la fragilità, additandola come prodotto di teorie particolari, idealmente insufficienti ancorché storicamente giustificate.*[12]

In connessione con la concezione statual-legalistica sono il "dogma volontaristico" e "i tre ingredienti fondamentali della imperatività, della coattività, della generalità", che Bobbio provvede a criticare. Da un lato, vi è l'assunto che "il diritto sia principalmente e originariamente un prodotto della volontà umana": lo stato figura come produttore per eccellenza, "concepito come persona dotata di un potere autonomo e spontaneo di decisione, e quindi di una volontà", e la fonte giuridica esclusiva è la legge in quanto "atto di volontà". Dall'altro lato, "l'imperatività presuppone evidentemente il titolare di una potestà d'impero", perfettamente rappresentata dalla sovranità statale; la coattività del diritto va di pari passo con "il riconoscimento della originarietà, dell'autonomia, dell'indipendenza, dell'esclusività dello stato", in quanto solo le regole statuali sono coercibili; la generalità, infine, "requisito essenziale della legge", si afferma come requisito del diritto "solo in quanto si riduca tutto il diritto alla legge"[13].

Per quanto attiene alla coazione, Bobbio nota che "il fenomeno della formazione spontanea di norme giuridiche, quale si manifesta nel diritto consuetudinario, è d'impaccio a coloro che considerano la coazione come un elemento essenziale della norma giuridica; donde la necessità di considerare la consuetudine come regola del costume sociale, etica, ecc., elevata a diritto dalla volontà dello stato"[14]. Anzi, proprio quando si adotta uno sguardo pluralista, si è condotti "a poco a poco alla persuasione che la coattività sia nota caratteristica non del diritto in genere, inteso come regola di organizzazione di una qualunque compagine sociale, ma del diritto statuale. Pertanto, quando la teoria coattivistica getta la maschera e mostra il suo vero volto non trova altro criterio valido per fondare la differenza tra norme giuridiche e norme del costume che la statualità"[15].

Per quanto attiene, invece, alla generalità ("riferibilità della norma non ad una persona determinata, ma ad una classe di persone rappresentanti un

---

[12] BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, cit., p. 3.
[13] *Ivi*, pp. 3-5.
[14] *Ivi*, p. 30.
[15] *Ivi*, p. 75.

tipo"), Bobbio afferma che essa è comunemente attribuita alla norma giuridica per una "falsa identificazione" con la legge. Essenziale alla norma giuridica è invece l'astrattezza ("riferibilità non ad una singola azione, ma ad una classe tipica di azioni"): "la norma, che è uno schema dell'azione, non può non essere astratta", mentre può essere individuale, per esempio come sentenza del giudice. Le norme generali richiedono, per Bobbio, una "organizzazione sociale" capace di esprimere una "concentrazione di autorità", ciò che Bobbio chiama "autorità sociale". "Tale organizzazione, rivelatrice di un'autorità capace di dettare norme generali, è ciò che la scienza del diritto chiama *ordinamento giuridico*"[16].

> *[…] la caratteristica dell'ordinamento, per cui è società organizzata e non somma di individui, è la persistenza, al di sopra e al di là dei singoli componenti, di una regola o di un complesso di regole, persistenza appunto che si esprime nella efficienza di norme generali. Il contratto e la sentenza si esauriscono nell'individuo, nascono e muoiono con lui; l'ordinamento sussiste anche se muore l'individuo; purché rimanga la regola a cui altri individui, per il solo fatto di appartenere a quell'ordinamento, si sottometteranno.*[17]

Bobbio procede dunque alla critica della teoria classica delle fonti giuridiche, tra le quali "si rimette in onore, o almeno trova più adeguata comprensione, il diritto consuetudinario, che è il diritto spontaneo, immediato, non volontario"[18]. Non ha senso, afferma Bobbio, "comporre un'enumerazione delle fonti del diritto in generale, perché esse sono virtualmente infinite, come è infinita l'iniziativa e l'originalità della storia". Partendo dalla definizione di fonti del diritto come fatti normativi, ossia "quei fatti che pongono in essere una norma giuridica", Bobbio afferma che si possono distinguere "rispetto ai fatti normativi una categoria di *fatti* propriamente detti e una categoria di *atti*. La consuetudine è un fatto naturale, la legge un atto"[19].
Bobbio giunge così ad una definizione della consuetudine giuridica come "fatto costitutivo di norme generali", la cui autorità sociale si è costituita in modo "incosciente e involontario" e "coincide con il formarsi di una *tradizione*" (esattamente il contrario, dunque, dell'autorità sociale costituitasi in modo "cosciente e volontario" e che coincide "col formarsi

[16] *Ivi*, p. 25.
[17] *Ivi*, p. 27.
[18] *Ivi*, p. 7.
[19] *Ivi*, pp. 21, 24-25.

della volontà dominante"). Precisa Bobbio: "la tradizione è un fatto che si svolge nel tempo, la volontà dominante un atto puntuale; la forza della tradizione è la sua origine immemorabile, la forza della volontà dominante, la sua attuale potestà di comando". Si delineano, così, rispetto ai due metodi di formazione dell'autorità, "le due fonti tradizionali del diritto oggettivo: il *diritto consuetudinario* e il *diritto legislativo*"[20].

> *[…] per quanto il processo della consuetudine risulti dalla successione di singoli atti, l'autorità della tradizione, che è ciò che costituisce il diritto consuetudinario, non deriva dagli atti né dal complesso degli atti voluti ciascuno per se stesso, ma dal fatto, puramente naturale, cioè non voluto ed inconscio, che questi atti sono stati ripetuti per una logica implicita negli atti stessi durante un lungo e immemorabile periodo di tempo […] Di conseguenza: o la tradizione è* in fieri, *e allora i singoli atti che pur vogliono l'azione singola non possono volere la tradizione; o la tradizione è formata, e allora l'atto singolo vuole sì la tradizione, ma non concorre a formarla […] La norma consuetudinaria si forma indipendentemente dalla volontà che imponga la norma consuetudinaria; c'è bensì una tradizione incosciente che finisce per imporsi alla volontà. La volontà nella legge è il* prius, *nella consuetudine il* posterius. *In conclusione, la consuetudine non è un atto o un complesso di atti, ma è un fatto naturale che si svolge nel tempo.*[21]

Contro il pregiudizio comune del giurista che, chiuso nel sistema giuridico, vorrebbe "distinguere con un taglio netto tutto ciò che deve valere come diritto da ciò che deve essere respinto come non diritto", Bobbio invita a non "arrestarsi alla qualificazione formale, che è pur sempre ipotetica", bensì a guardare "al presupposto stesso del formalismo, in definitiva ai fatti di per se stessi giuridici, vale a dire a quei fatti che portano in se stessi la

---

[20] *Ivi*, pp. 31-32.

[21] *Ivi*, pp. 32-33. Simile la posizione di Romano (in S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Macerata, 2019) che condivide con Bobbio la formula di fatto normativo e di autorità della tradizione, nonché l'idea di una logica o *ratio* degli atti ripetuti. La costituzione, per Romano, è un "diritto che scaturisce immediatamente dagli usi" (p. 66); "il pregio fondamentale, che ne implica molti altri, della consuetudine è precisamente questo: che per mezzo di essa il popolo influisce direttamente e non per il tramite di rappresentanti sulla formazione dell'ordinamento giuridico che deve provvedere ai suoi bisogni e alle sue esigenze, manifestando in essa una 'ratio', non raccolta in una o poche menti che potrebbero errare, ma disseminata, attraverso intere generazioni, in un numero indefinito di menti" (p. 69). E ancora: "la consuetudine […] è norma che si forma spontaneamente, senza una particolare volontà che sia diretta a questo fine, in modo che la formazione di essa può anche essere incosciente o quasi. I singoli fatti o atti da cui essa scaturisce possono essere volontari, ma ciò non significa che volontaria debba considerarsi essa stessa, che è costituita automaticamente dal loro complesso, dalla loro uniformità e ripetizione, dalla autorità della tradizione" (p. 91).

ragione della loro giuridicità"[22]. Bobbio sostiene, dunque, la tesi del valore costitutivo – e non meramente ricognitivo – della consuetudine: afferma, cioè, che "la ripetizione degli atti che costituisce nel suo complesso la consuetudine, l'*usus* nel senso tradizionale, crei essa stessa la nuova norma giuridica"[23]. Ciò esce dal sistema del giurista classico, il quale, nel guardare alla consuetudine, commette – secondo Bobbio – "un errore di prospettiva": egli si trova ad osservarlo "non nella sua struttura originaria, ma dal punto di vista di un'altra fonte accolta come fonte primaria, e quindi con la preoccupazione di cogliervi quegli elementi che lo rendano idoneo ad essere accolto dalla fonte prevalente". È da questo errore di prospettiva legalistica che derivano, per Bobbio, "le varie dottrine sul fondamento del diritto consuetudinario"[24].

> *Il diritto consuetudinario è un fatto normativo, e come fatto vale in quanto si fa: in esso validità ed efficacia coincidono. Non vi è quindi un fondamento al di fuori della consuetudine, perché la consuetudine ha il proprio fondamento in se stessa, nel suo stesso farsi; la sua ragion d'essere sta nell'osservanza che la costituisce e la mantiene in vita. Porre un fondamento prima e al di fuori del fatto consuetudinario vuol dire negare l'autorità sociale della tradizione e quindi la costitutività normativa di una ripetizione costante e uniforme, in definitiva riferire il diritto consuetudinario ad un'altra fonte, ritenuta superiore.*[25]

---

[22] BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, cit., pp. 34, 36. Si veda, in linea esplicita con Bobbio, la posizione di Grossi: "[…] i *mores*, cioè il complesso consuetudinario ancora grezzo da cui si originano e prendon forma i fatti consuetudinarii, appartengono all'*ordo*, sono situati al livello profondo dell'*ordo*, costituiscono l'*ordo*. È lì che deve essere individuata la fonte prima e prevalente del diritto. La consuetudine […] come ci ricorda il filosofo, anche se […] risulta dalla successione di singoli atti umani, 'non è un atto o un complesso di atti, ma un fatto naturale che si svolge nel tempo', e il fatto sta proprio nella ripetizione quasi sempre inconscia, per una lunga durata, di un certo comportamento. Essa non attiene al singolo, giacché non è il singolo il soggetto della memoria e della durata ma la pluralità verticale e orizzontale, la stirpe, il gruppo; unicamente al loro interno il singolo è l'inconsapevole cellula della consolidazione dell'uso. Essa si origina dal basso e dal particolare: anche se può estendersi e generalizzarsi, nasce però sempre da una microcoagulazione collettiva e tende a impregnare di sé le strutture; da voce di un gruppo, tende a vincolarsi alla cosa, a scriversi sulla cosa", P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Bari-Roma, 2006, p. 88.

[23] BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, cit., p. 39.

[24] *Ivi*, pp. 40-41.

[25] *Ivi*, p. 48. Si veda, sull'indipendenza della consuetudine dalla legge, la posizione di Romano (ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit.): "Tanto meno è da credersi, nonostante la contraria opinione molto diffusa, che l'efficacia della consuetudine derivi dalla volontà della legge scritta che gliela attribuisca: essa è fonte

Bobbio procede, quindi, alla critica di uno dei requisiti della consuetudine ritenuti fondamentali dalla dottrina, ossia l'*opinio iuris*: essa rappresenta "il requisito interno o spirituale o psicologico, contrapposto a quello esterno o materiale o fisico" della ripetizione[26]. La tesi comune, spiega Bobbio, afferma "che ogni singolo utente deve compiere l'atto formativo della consuetudine giuridica con la convinzione o credenza o sentimento o coscienza che sia necessario cioè obbligatorio, perché conforme ad una norma giuridica, e l'atto contrario, come atto illecito, sia passibile di una sanzione". Tuttavia, tale tesi procede per Bobbio in un circolo vizioso: "da un lato si considera l'*opinio* come elemento costitutivo della norma consuetudinaria, ciò che in altre parole significa: l'*opinio* è un presupposto necessario dell'obbligatorietà; dall'altro, si definisce l'*opinio* come convinzione di sottoporsi ad una norma giuridica, ciò che in altre parole significa: l'*opinio* presuppone un obbligo preesistente". Da qui, due alternative, entrambe inaccettabili per Bobbio: l'assurdità di ritenere tutto il diritto consuetudinario fondato sull'errore, ossia sulla falsa convinzione di una norma giuridica preesistente; oppure la contraddizione di ammettere la preesistenza della norma a cui si riferisce l'*opinio*, svuotando dunque la consuetudine del carattere costitutivo e riservandole il solo valore ricognitivo, pur pretendendo per l'*opinio* un'efficacia formativa di non si sa quale diritto[27].

> *Non resta che eliminare l'*opinio iuris. *E valga, a conferma, l'esperienza giuridica, la quale, quando ci pone innanzi una norma consuetudinaria, ci presenta una regola sorta per imprescindibili esigenze sociali da un determinato stato di fatto e diventata a poco a poco norma obbligatoria per la costante e uniforme ripetizione da parte di una generalità di persone; le quali, mentre si obbligano, ignorano di obbligarsi in nome di una regola costituita, che, d'altronde, non esiste ancora perché essi stessi contribuiscono a formarla, ma contraggono unicamente un'obbligazione di fatto o naturale, che solo il tempo o la tradizione trasformerà in obbligazione generale e astratta, allorquando la serie delle ripetizioni sarà tale da avere ingenerato, mediante la forza dell'esempio, la convinzione o la credenza che osservare quella regola sia obbligatorio. In questo modo l'esperienza giuridica ci mostra che la credenza nell'obbligatorietà di una norma non sorge durante il processo di formazione, ma alla fine, quando la norma consuetudinaria è*

involontaria del diritto, non solo rispetto a coloro fra cui sorge, ma anche rispetto al legislatore; è un fatto normativo, del tutto autonomo e, quindi, esempio tipico, ma non esclusivo, del *ius involontarium*" (p. 91).

[26] BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, cit., p. 54.

[27] *Ivi*, pp. 57-58.

> *già formata. Ciò significa che l'*opinio *non è una condizione, ma una conseguenza del processo formativo della consuetudine.*[28]

L'*opinio*, dunque, "non concorre alla formazione della norma, ma ne garantisce l'efficacia": essa evita, cioè, che la norma consuetudinaria cada in desuetudine. Tuttavia, afferma Bobbio, in quanto elemento interno l'*opinio* è accertabile solo in modo indiretto, ossia osservando il comportamento esterno: "il miglior modo per provare se esista l'*opinio* è di vedere se sia o non sia stata ripetuta la regola. Ma ciò ci riconduce dall'interno all'esterno, dalla convinzione alla ripetizione". Da ciò Bobbio conclude che "si tratta di elemento giuridicamente irrilevante"[29].
Eliminata l'*opinio iuris*, si presenta però il problema di distinguere una consuetudine giuridica da una non giuridica. Abbiamo già visto che per Bobbio il criterio della coattività non è determinante per la giuridicità. Egli invita, invece, a porre attenzione "sulla natura stessa della norma, sul suo significato sociale, in una parola, sul suo contenuto". Bobbio afferma che "in ogni gruppo sociale vigono regole *essenziali* alla costituzione e alla conservazione del gruppo accanto a regole *inessenziali*. Regola essenziale ad un gruppo sociale è quella regola senza la quale il gruppo, in quel determinato stadio della sua evoluzione storica, non potrebbe attuare il fine per cui è sorto; o più genericamente, è quella regola che pone in essere i rapporti necessari di convivenza". Vi sarebbe cioè, nella storia di ogni società, "un'opera di graduale selezione" delle norme che si dimostrano ad essa necessarie[30].

> *Le regole che hanno un valore costitutivo, o che lo vengono di volta in volta, a seconda delle esigenze, acquistando, si differenziano dalle altre per una maggiore forza imperativa intrinseca o addirittura sono imposte con la forza dall'autorità dominante appunto per la loro indispensabilità: di qua quella loro obbligatorietà, che costituisce la ragione principale per cui, tra le infinite regole che si intrecciano in un ordinamento sociale, si differenziano*

---

[28] *Ivi*, pp. 59-60.
[29] *Ivi*, p. 61. Si veda, sull'involontarietà della consuetudine – pur conservando, contrariamente a Bobbio, l'*opinio iuris* –, la posizione di Romano (ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit.): "quando si tratta di precisarne la natura giuridica, non bisogna dimenticare che la consuetudine viene in considerazione quando è già formata, che l'attività da cui risulta è nel suo svolgimento giuridicamente irrilevante, che essa è del tutto anonima, giacché quella dei singoli vi resta sommersa, che è manifestazione non di volontà, ma di 'opinio', se non di semplici tendenze non sempre consapevoli" (p. 69). E ancora: "La *opinio iuris seu necessitatis*, che della consuetudine suole indicarsi come un elemento, sarà convinzione, credenza, sentimento, ma non certo volontà, né dei singoli né collettiva" (p. 91).
[30] BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, cit., pp. 82-83.

> *certe regole, più intensamente operative e più efficaci, che noi chiamiamo giuridiche.*[31]

Rispetto alle altre regole consuetudinarie, cioè alle "regole formatesi per la tradizione", Bobbio definisce giuridica quella "consuetudine che tramanda regole incidenti sulla struttura, sulla natura, sulle finalità stesse del gruppo e dei rapporti di quelle persone che tramandano e tramandando contribuiscono a formare la regola consuetudinaria stessa". Tale necessità della regola giuridica tradizionale, precisa Bobbio, non richiede "una credenza o una convinzione (*opinio necessitatis*), perché essa si rivela nel rapporto stesso, ed è dalla necessità reale e non da quella creduta che sorge il diritto". Tuttavia, si chiede Bobbio, chi mai potrebbe nettamente distinguere diritto e costume, ovvero chi potrebbe "stabilire, pur circoscrivendo la ricerca ad un determinato periodo storico, sino a che punto una certa regola sia o non sia essenziale?"[32].

> *Ma proprio la questione del taglio netto è una questione mal posta: sul terreno storico in cui il diritto vive, altro non si può dire se non che in un sistema di regole sociali si vengono a poco a poco differenziando regole che hanno maggiore efficacia normativa, le quali vengono chiamate giuridiche, perché rappresentano la massima concentrazione di imperatività che una regola possa contenere in un determinato gruppo sociale; e ancora che, cercando di scrutare a fondo la ragione di questo fenomeno di discriminazione, altro non si scorge che una maggiore urgenza di queste regole esclusivamente in ragione del fatto o dei fatti che regolano, e non già della forza dell'obbligo che da esse deriva, né dei mezzi adoperati per farle valere, e così via, che sono tutte conseguenze e non cause.*[33]

Tra i molteplici atti e fatti potenzialmente rilevanti per la regolazione sociale, pochi "finiscono per essere assunti nella sfera della regolarità costitutiva di un determinato diritto vigente". A questa selezione, che ingenera normatività, opera l'autorità sociale "che agisce, ora mediante il meccanismo della tradizione, onde ha luogo la consuetudine giuridica, ora mediante il meccanismo della volontà dominante, onde hanno luogo gli atti normativi in genere, le leggi in specie". Bobbio dichiara, dunque, che le fonti del diritto "hanno da essere considerate come gli strumenti dell'opera selettiva del diritto: esse pongono in atto ciò che è meramente virtuale, attribuiscono validità storica a informi esigenze, [...] contribuiscono a

[31] *Ivi*, p. 83.
[32] *Ivi*, p. 84.
[33] *Ivi*, pp. 84-85.

concentrare in forme rigide e valide per la generalità la tendenza dei membri di un gruppo alla propria organizzazione". Il diritto è dunque un "fenomeno storico", legato a date situazioni e contesti, sì che regole essenziali per un gruppo possono essere indifferenti per altri. Conclude Bobbio: "l'essenzialità costitutiva della giuridicità non è una categoria a priori, ma un fatto storico"[34].

Eppure, ci sarebbero regole a tutti comuni, pur nella varietà dei gruppi sociali: una sorta di "residuo dell'esperienza giuridica di tutti i tempi"[35]. La comunanza è riscontrata da Bobbio non nella forma, bensì nel contenuto: si riscontrano, cioè, "norme ineliminabili e insostituibili, come quelle che impongono l'osservanza dei patti o l'ubbidienza alla autorità o la riparazione del danno o la restituzione dell'altrui o la punizione delle inosservanze, perché senza di esse non è concepibile una società organizzata". In ciò si riconosce, dice Bobbio, il "diritto naturale, vera e propria logica formale della convivenza"[36]. Diritto naturale, tuttavia, nella forma "di un complesso di principi giuridici essenziali alla costituzione della società universale degli uomini, e quindi comuni a tutti i gruppi sociali storicamente accertabili, di un diritto che è fonte a se stesso e quindi al di fuori del processo formativo delle fonti". In tal guisa, afferma Bobbio, esso risulterebbe "la quintessenza del diritto positivo, un diritto insomma tanto positivo che vige in ogni gruppo sociale e vige indipendentemente dall'autorità sociale che lo faccia valere, un diritto che è un presupposto stesso della positività, perché senza di esso non si cementa quella organizzazione che è il germe della convivenza giuridica"[37].

Da ultimo, Bobbio afferma "l'autonomia della consuetudine giuridica, come fonte giuridica che trova il proprio fondamento in se stessa", posta in linea astratta sullo stesso piano del diritto legislativo. È tuttavia indubbio che, "sul terreno dell'esperienza storica", si sia ingenerata una gerarchia tra le fonti, che è legata ad una gerarchia di ordinamenti. "Si può dire in generale che l'avvento della supremazia della legge sulla consuetudine sia un episodio della lotta vittoriosa sostenuta dall'ordinamento statuale, totalitario ed accentratore, contro gli ordinamenti parziali e decentrati". Sicché, da un punto di vista storico ed esperienziale, la supremazia della legge, "come norma generale e astratta imposta da una volontà dominante", fonte caratteristica dell'ordinamento statuale, ha provocato "il

[34] *Ivi*, p. 86.
[35] *Ibidem*.
[36] *Ivi*, pp. 89-90.
[37] *Ivi*, p. 87.

graduale venir meno della consuetudine come fonte di produzione giuridica"[38]. La fonte consuetudinaria, assorbita, respinta o riconosciuta dalla legge, è così inserita in un nuovo ordinamento. Purtuttavia, "questa limitazione non incide sulla validità del diritto consuetudinario di per sé considerato, ma esclusivamente sulla sua validità nell'ambito dell'ordinamento statuale"[39].

3. Attuare la regola. Il muto "saper fare" giuridico e linguistico in Sacco

Come già accennato, dalla posizione di Bobbio sia Sacco sia Gallo prendono le rispettive distanze. I differenti punti di attacco critico ci permetteranno di chiarire le proposte.
Vi sono – dice Sacco – "comunità la cui lingua è più povera della nostra. In essa manca un linguaggio giuridico specialistico. Esiste peraltro un nucleo di termini multivalenti, che esprimono concetti che servono per indicare categorie, comportamenti, soggetti che ricorrono nel discorso giuridico e in quello extragiuridico". L'assenza di un linguaggio specialistico non impedisce, secondo lo studioso, che si possano "esprimere nozioni giuridiche": le espressioni multivalenti sono infatti utilizzabili per riferirsi tanto "a un dato giuridico" quanto "ad un evento che non intende toccare il diritto". Eppure, solo da quando nacque "un vocabolario capace di indicare fenomeni giuridici, l'uomo poté utilizzarlo per regolare singoli rapporti giuridici, e poté utilizzarlo per incidere sul diritto oggettivo, cioè sulle norme". Del resto, l'uomo "prese ad adoperare la lingua per conformare rapporti giuridici ben prima del momento in cui costruì, mediante la lingua, norme giuridiche"[40].

> *L'uomo dapprima ha saputo compiere operazioni giuridiche (oggettivamente coerenti a regole operanti ma non pensate). Poi ha preso consapevolezza di ciò che faceva, e ha via via percepito la ripetitività dei suoi modi di procedere. Così ha colto il carattere generale e astratto delle idee in cui il suo pensiero collocava i suoi atti. Nel contempo, o prima, o dopo, ha*

[38] *Ivi*, p. 92-93.
[39] *Ivi*, pp. 94-95.
[40] R. SACCO, *Il diritto muto. Neuroscienze, conoscenza tacita, valori condivisi*, Bologna, 2015, pp. 81-82.

> *dato i nomi alle sue operazioni. E prima, o dopo, ha composto in regole le sue operazioni.*[41]

Il discorso di Sacco è legato ad un problema teorico decisivo, che ritorna nelle opere dello studioso: il rapporto tra qualificazione ed esecuzione, ovvero tra diritto e atto. "Pensiamo alla proprietà, all'obbligazione di fare, al dovere di obbedienza filiale. Questi tre rapporti giuridici non esistono fuori dalla mente che li pensa (e della parola che esprime il pensiero) [...] Quale figura precedette? La qualificazione del dovere precedette l'esecuzione, o viceversa?"[42]. Mentre l'esistenza dei rapporti giuridici è solo mentale, nel "reale fisico troviamo invece quei comportamenti umani che poi il giurista qualifica come atti di esercizio del diritto, o prestazioni compiute in adempimento di un dovere [...] Prima esistette l'atto che noi facciamo corrispondere all'esercizio del diritto, poi il pensiero configurò il diritto"[43]. Il giurista però, nota Sacco, mette sempre al centro il diritto. Così, per esempio, "anziché 'passaggio' egli dice 'esercizio della servitù di passaggio'". Il giurista è attento al sistema di concetti e classificazioni, sul modello della legge. In questo modo, tuttavia, il discorso sul diritto è "dominato dalle fonti che lo creano"[44].

Sacco imposta così una differenza di sapere e conseguentemente di volontà. Volere un fatto, argomenta, non è lo stesso che volere un diritto. "Volere un diritto vuol dire volere una regola che programma il futuro"; regola che tuttavia deve essere formulata. "Il programma astratto e futuro può essere rivelato e menzionato solo mediante un linguaggio, un discorso, un simbolo". Al contrario, afferma Sacco, "il fatto materiale è muto", sicché "il mero fatto ci consente solo di inferire che l'agente vuole porre in essere quel fatto, e quegli eventi che siano conseguenze inevitabili o almeno normali di quel determinato fatto". Questa inevitabile o normale conseguenza è descritta da Sacco come "la simmetria fra la struttura dell'atto e i suoi effetti": essa appartiene alla "natura delle cose", nella quale "il voluto e gli effetti si muovono nell'ordine della realtà fisica". Come esempio, Sacco propone l'occupazione. "Chi occupa vuole acquistare, e acquista, il controllo fisico del bene [...] Quel controllo fisico non sarebbe tale se non constasse di un potere *esclusivo* sul bene". Tale potere è difeso in autotutela; "allorché la coazione, nella forma dell'autotutela, è garantita da

---

[41] *Ivi*, p. 86. Cfr. R. SACCO, *Antropologia giuridica. Contributo ad una macrostoria del diritto*, Bologna, 2007, pp. 191-192.
[42] ID., *Antropologia giuridica*, cit., p. 175.
[43] ID., *Il diritto muto*, cit., pp. 92-93.
[44] ID., *Antropologia giuridica*, cit., p. 175-176.

un meccanismo naturale, diritto e fatto coincidono". Sarà poi il linguaggio specialistico ad astrarre e a permettere una programmazione, di là dall'azione presente. "L'ordinamento giuridico dotto, capace di verbalizzazioni e armato di categorie di rapporti giuridici, qualifica quel potere di fatto ravvisandone la corrispondenza con l'esercizio della proprietà"[45].

La differenza di sapere acquista nella tesi di Sacco un ruolo cruciale. Essa non è solo un criterio di analisi, col quale distinguere i casi antropologici di studio; essa investe altresì il valore scientifico dell'analisi proposta. "Le conclusioni che io ora illustro – dichiara Sacco – sono acquisite al sapere dello studioso del III millennio. Lo storico e il teorico del diritto, il filosofo, l'antropologo della lingua, l'antropologo del diritto, il cognitivista – lo psicologo, il neuroscienziato, il filosofo dell'ontologia – hanno sponsorizzato il risultato, e l'hanno munito di tutte le garanzie che una scienza severa può pretendere"[46]. La qualifica scientifica del sapere è rivendicata rispetto al nodo teorico centrale: l'applicazione istintiva della regola, ovvero la correlazione tra regola e azione. Sacco ricorda che "le relazioni fra regole e atti pervadono tutta la vita pratica dell'uomo, anche fuori dall'area del diritto. Pensiamo – dice – alla correlazione fra la regola linguistica e la pratica corrispondente"[47]. Ed è così che il diritto e il linguaggio sono da Sacco accostati in quanto pratiche regolate, sulle quali studiare la distanza tra "saper fare" e "sapere ciò che si fa".

Anche l'analfabeta – afferma Sacco – parla "senza errori". Suffissi, aspirazioni, sonorità, sintassi, semantica: egli dà "puntuale e corretta applicazione alle regole linguistiche [...] ma non saprebbe formularle né verbalizzarle; né potrebbe vederne mentalmente lo schema". Del resto, per parlare non si sente il bisogno di richiamare mentalmente la regola linguistica pertinente. "Per dire una frase di quattro parole, noi mettiamo in azione centinaia di regole e non abbiamo certo il tempo di evocare gli estremi di ognuna di esse. Di fatto, noi parliamo in modo istintivo"[48]. Sacco allarga il paragone, per mostrare che il comportamento – dell'uomo come dell'animale – segue coerentemente ma istintivamente regole non verbalizzate e dunque non conosciute, se non dagli scienziati. "Né gli animali né gli uomini (salvi gli specialisti) sanno quantificare le spinte le forze i tempi le contrazioni necessarie ai lanci e all'ambulazione. Non sanno

[45] ID., *Il diritto muto*, cit., pp. 96-99.
[46] *Ivi*, p. 70.
[47] ID., *Antropologia giuridica*, cit., p. 184.
[48] ID., *Il diritto muto*, cit., p. 69. Cfr. ID., *Antropologia giuridica*, cit., pp. 184-185.

come si fa, non si rendono conto di ciò che fanno, ma lo sanno fare e lo fanno. Saper applicare una regola non è conoscere concettualmente la regola". Così, quell'umano che "vive senza sapere che esiste la grammatica", purtuttavia "parla correttamente la propria lingua. Se quell'umano, così come pratica le regole della lingua, allo stesso modo pratica le regole del diritto, diremo che ottempera ad una consuetudine"[49].

L'istintuale e corretta attuazione della regola linguistica e culturale fornisce a Sacco un modello per il diritto. "La 'vera' consuetudine giuridica veniva e viene applicata nel modo ora descritto da popolazioni non in grado né di ricostruire le regole (astratte), né di mettere la regola astratta al servizio del caso concreto". L'apprendimento della regola muta, rispetto a quella verbalizzata, viene paragonato dallo studioso all'apprendimento che la sua generazione acquisiva del dialetto rispetto all'italiano. "Imparava (in modo completo e senza errori!) il dialetto udendolo e parlandolo, per imparare l'italiano aveva a disposizione l'insegnamento scolastico, il vocabolario e (occorrendo) il libro di grammatica". Si tratta, secondo Sacco, di un sapere evidente, che implica – nel diritto come nel linguaggio – "l'accesso diretto del membro della comunità alla norma. La regola si trasmette con la cultura: e ciò che si trasmette con la cultura *non è la conoscenza della proposizione con cui si formula la regola*, ma è la capacità di applicare correttamente la regola nel caso individuale che si presenta"[50].

> *La consuetudine è in azione perché accettata dai partecipi. È legittima perché i partecipi hanno una competenza originaria a consentire, e aderiscono alla norma perché non saprebbero concepirne una diversa, e credono nel carattere necessario e automatico della soluzione che vedono praticata. I nuovi nati la assorbono insieme alla cultura. Discutere la sua legittimità è tanto proficuo quanto discutere la legittimità della lingua.*[51]

Sacco afferma che "l'aspetto caratteristico del diritto consuetudinario sta nel fatto ch'esso si costituisce ed evolve senza l'intervento del potere. È un diritto spontaneo, contrapposto al diritto di fonte autoritativa". Questa qualità di "fonte autonoma rispetto al potere" pone la consuetudine al di fuori di un discorso sulla legittimazione: essa, cioè, "manca di una legittimazione ben distinta e riconoscibile". Detto in altri termini, la consuetudine ha una forma di "legittimazione, che è poco appariscente e

[49] ID., *Antropologia giuridica*, cit., pp. 185-186.
[50] ID., *Il diritto muto*, cit., p. 69.
[51] ID., *Il diritto muto*, cit., p. 120. Cfr. ID., *Antropologia giuridica*, cit., p. 140.

poco rumorosa proprio perché non ha nulla di artificiale né di innaturale"[52].

> *Qua e là si riscontra qualche richiamo all'autorità degli antenati (in contraddizione con il fatto che la consuetudine, senza che i partecipi lo avvertano, muta e si adegua incessantemente), talora si enfatizza lo stretto legame tra le consuetudini e la cultura dei partecipanti. Ma la legittimazione rimane nell'ombra. Certo, la consuetudine manca di quella legittimazione enfatizzata che si ricollega al soprannaturale ed alla verità. Quel tanto di sacrale che può avere il rispetto degli antenati non smentisce la conclusione. È vero, infatti, che può avvenire che gli antenati, trascesi a livello superumano, benedicano e proteggano i discendenti; che custodiscano, umili e commossi, le norme loro tramandate dai padri. Ma le ipotesi sono allora due: o la norma consuetudinaria con ciò è diventata norma sacra ed è gestita nel soprannaturale, e allora la legittimazione proviene dal mondo delle cose invisibili; o la norma è rimasta laica, e l'appello agli antenati è solo ornamentale, e allora il problema della legittimazione rimane impregiudicato. È lecito affermare che la consuetudine – intesa nel modo corretto, come norma a formazione spontanea – rappresenta tutto il diritto in una società a potere diffuso, priva cioè di un potere centralizzato.*[53]

Tuttavia, anche nelle società a potere centralizzato operano regole giuridiche istintuali e non verbalizzate, a formazione spontanea. Sacco illustra tale "diritto muto" con un esempio. "Pensiamo a quel giudice che decide su una fattispecie sconosciuta al diritto scritto, finora ignorata dalle corti e dalla dottrina, e consacra una soluzione savia e condivisibile – così convincente da essere imitata, in futuro, senza contrasti". Il nuovo diritto non legale è verbalizzato nella sentenza; ma un istante prima, o in camera di consiglio, qual era la situazione? Il punto – per Sacco – è quando sia "nata quella regola di diritto", dacché "chi vada a fondo del problema osserverà che quel caso, se si fosse presentato in un altro tribunale, sarebbe stato risolto nello stesso modo". Dice Sacco: "esiste, e da tempo esisteva, una situazione in cui il giudice medio, il giudice normale, se investito della questione, disporrebbe, o avrebbe disposto, in quel prevedibile modo, cioè si atterrebbe, o si sarebbe attenuto, a quel criterio di decisione". Sacco parla di "prevedibilità" tanto "dell'ipotetica decisione giudiziale" quanto "del comportamento conforme da parte dei consociati". Vi sarebbe cioè, nel tempo ravvicinato ma indeterminato che precede la verbalizzazione, una "regola destinata ad essere applicata"; e chi tra i giudici, o tra quei

[52] ID., *Antropologia giuridica*, cit., pp. 139-140.
[53] ID., *Antropologia giuridica*, cit., p. 140. Cfr. ID., *Il diritto muto*, cit., pp. 119-120.

consociati "in grado di concettualizzare il problema giuridico", fosse interrogato sul caso ipotetico, confermerebbe "quella norma" e indicherebbe "quel comportamento" come doverosi. Conclude Sacco: "Se le cose stanno così, quando il caso si presenterà, uno stimolo suggerirà al consociato capace di riflettere e al consociato istintivo di ottemperare a quella regola, e suggerirà al giudice di applicare quella regola. Quella regola è diritto, diritto muto". Un diritto dotato – precisa Sacco – di "contenuti univoci", quale regola esistente e "destinata all'applicazione", pur in carenza della pratica. Infatti, laddove "abbiamo una pratica 'in potenza', abbiamo un diritto 'in atto'"[54].

> *Molte regole esistono attualmente, mute e inattuate, ma in qualche modo pensate, nel senso che sono conformate da un sentimento di un potenziale interprete, o contenute in premesse logiche capaci di condizionarle. Quante regole mute e inattuate si sono aperte la strada e sono diventate attuate e/o esplicite negli ultimi cinque anni? E negli ultimi cinquant'anni? La massa di diritto così strutturato, esploso di recente, è immensa. Ogni interpretazione nuova di una norma è veicolata da "mezzi ermeneutici" che sono miniere di regole nate mute e pronte ad operare. E a fronte di queste regole ieri mute e oggi parlate ci è facile pensare a masse ingenti di regole oggi mute e potenzialmente pronte a manifestarsi.*[55]

La verbalizzazione occupa, nella tesi del diritto muto, una posizione centrale. Del resto, dice Sacco, "creata la parola, l'uomo ne è dominato. La cosa e l'evento non sono più un dato unico e irripetibile, ma sono una delle cose che portano quel nome. La parola è sempre uguale a se stessa". La parola, afferma Sacco, "crea il reale", e altrettanto fa "l'immagine: la pittura, il disegno [...] Parola e disegno aiutano l'uomo ad autoilludersi. Il procedimento induce a perdere di vista il reale"[56]. D'altro canto, mentre "l'atto muto scatena una vicenda nel presente", la parola può costituire "oggi un'obbligazione destinata ad avere esecuzione nel futuro", proprio perché essa "fabbrica curiose realtà fatte di parole"[57].

Al potere della parola, Sacco aggiunge quello della scrittura. Con la scrittura si apre la possibilità di "organizzare un potere centralizzato",

---

[54] ID., *Il diritto muto*, cit., pp. 63-65. Il sintagma "diritto muto" si pone dunque concettualmente vicino ad altri, come "diritto non verbalizzato" e "diritto tacito". Su queste articolazioni, vedi i saggi raccolti in *La dimensione tacita del diritto*, a cura di R. CATERINA, Napoli, 2009. Per una critica giusfilosofica all'idea di diritto muto, vedi P. NERHOT, *La coutume. Le droit muet*, Torino, 2012.

[55] SACCO, *Il diritto muto*, cit., pp. 65-66.

[56] *Ivi*, pp. 137-138. Cfr. ID., *Antropologia giuridica*, cit., pp. 192-193.

[57] ID., *Antropologia giuridica*, cit., p. 195.

impossibile in una cultura orale, la quale non potrebbe tenere conto di abitanti, tributi, salari, truppe, beni, terre. "La parola comunica, lo scritto memorizza. Ciò incide acutamente sulla struttura della verità [...] Gli scritti rimangono, è facile compararli l'uno all'altro. La comparazione può generare l'uniformazione"[58]. La scrittura apre poi ad un diverso rapporto con la regola. Fino a quando la regola consuetudinaria resta muta o orale, l'apprendimento avviene "osservando i fatti e ascoltando le reazioni verbali ai fatti, o, tutt'al più, ascoltando qualche proverbio". Sacco parla altresì di apprendimento "mediante esperienza", ovvero "per imitazione ed empatia, come si impara il dialetto del proprio paese". Tuttavia, quando tale regola sia stata verbalizzata e trascritta, la "regola (consuetudinaria)" è ritrovata nelle trattazioni e nelle redazioni di dotti e sapienti. Conclude Sacco: "La differenza è immensa. Ha un'idea della consuetudine solo chi abbia afferrato chiaramente la distinzione svolta qui sopra"[59].

> *Molte volte nella storia il giurista ha scritto la consuetudine. In teoria la consuetudine, nata fattualmente, non si snatura per effetto della sua redazione: infatti, allorché una consuetudine viene messa per iscritto, la sua validità sta nella fattualità, e non nello scritto. Ma di fatto il testo in cui è redatta la consuetudine si carica di tutta l'autorità di cui è ricco il redattore: e l'organo che deve dare applicazione alla consuetudine conosce la consuetudine solo attraverso la redazione. I procedimenti adottati per la redazione, così come la qualità e l'ignoranza dei redattori, possono finire per sostituire alla consuetudine fattuale una finta consuetudine libresca, fantoccio senza anima, senza duttilità, senza mutevolezza, sclerotico e caricaturale.*[60]

Per cogliere gli effetti della verbalizzazione e della scrittura, esemplare è il caso africano, da Sacco diffusamente indagato[61]. "La consuetudine, studiata dal vivo in Africa, è capace di variazioni, sa crearsi e mutare con una rapidità vertiginosa. In Africa la formazione delle bidonvilles ai margini delle grandi città ha significato la formazione istantanea di consuetudini"[62]. La fluidità e la duttilità, come dice Sacco, della consuetudine africana sono direttamente legate alla sua oralità, ma altresì ad una diversa pratica di discorso. "La regola africana tradizionale non è

[58] ID., *Il diritto muto*, cit., p. 139.
[59] ID., *Antropologia giuridica*, cit., pp. 200-201. Cfr. ID., *Il diritto muto*, cit., pp. 51-52.
[60] ID., *Antropologia giuridica*, cit., p. 201.
[61] R. SACCO, *Il diritto africano*, Novara, 1995; A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, Novara, 1996.
[62] SACCO, *Il diritto muto*, cit., p. 27. Cfr. ID., *Antropologia giuridica*, cit., p. 177.

scritta", né essa "ha ricevuto, finché l'Africa è stata immune da influssi europei, alcuna precisa verbalizzazione. Ciò è ben correlato al fatto che il giurista di mestiere è ignoto a quelle culture e le lingue africane non dispongono di una terminologia giuridica specializzata". Quando la verbalizzazione europea è stata tentata, tuttavia, ha adoperato "una lingua dotta, aggrappata a concetti giuridici tecnici, poco trasferibili da un sistema all'altro [...] In questo modo, lo spirito di un sistema giuridico viene falsato". La differenza culturale, più che una comprensione, comporta un travisamento. "Le dottrine giuridiche scrivono la realtà giuridica redigendo ordinatamente l'elenco delle circostanze di fatto la cui presenza fa scattare un dato imperativo giuridico, o legittima una data condotta, o dà luogo a un determinato rimedio giuridico". Fatti ed effetti sono ordinati nella fattispecie scritta, poteri e situazioni giuridiche sono prestabiliti. Al contrario, "i sistemi tradizionali non conferiscono al fatto un collegamento così automatico con l'effetto"[63]. Così, denuncia Sacco, "la traduzione della norma consuetudinaria in formule linguistiche chiare e precise prelude alla loro sclerotizzazione e quindi al loro deperimento"[64].

3.1. Sacco risponde a Bobbio

Sacco non rifiuta la formula cara a Bobbio e Romano di fatto normativo. "Il diritto non scritto si forma spontaneamente, non implica alcuna dichiarazione, si dirà perciò che nasce da fatti normativi. La consuetudine è dunque un fatto normativo – anzi, essa è, oggi, l'unico fatto normativo pienamente noto e studiato"[65]. Dei tre requisiti evidenziati dalla dottrina – la pratica uniforme, la durata e la convinzione –, Sacco accoglie il requisito oggettivo della ripetizione; rispetto al requisito temporale, afferma che "non sia necessaria una pratica più prolungata di quanto le occorre per stabilizzarsi e rendersi riconoscibile"; mentre per il requisito soggettivo della *opinio* nota le diffuse incertezze[66].
Qui, Sacco prende in esame la tesi di Bobbio, che depenna l'*opinio* "dai costituenti del fatto chiamato consuetudine". Tuttavia, dice Sacco, s'immagini una comunità in cui è radicata la convinzione che un determinato fatto è lecito oppure illecito. "Là dove l'*opinio* sia condivisa da

[63] ID., *Antropologia giuridica*, cit., pp. 196-197. Cfr. ID., *Il diritto muto*, cit., pp. 135-136.
[64] ID., *Il diritto muto*, cit., p. 135.
[65] *Ivi*, p. 19.
[66] *Ivi*, p. 20.

tutti, il dato giuridico corrispondente alla convinzione è evidente agli occhi di tutti. In quella società in cui i cittadini, gli organi di potere, i giudici siano tutti convinti dell'esistenza di una regola, quella regola è la norma giuridica della società. Se anche la pratica manca, là dove i cittadini e gli organi del potere trovino evidente che una data regola è in vigore [...] la regola è in vigore"[67]. Ne consegue, secondo Sacco, che è proprio l'*opinio* a indicare "al soggetto come si applica la regola, così come indica al soggetto se tale comportamento sia contrario o conforme al buon costume". Certo, "una convinzione compatta genera una pratica conforme. In questi casi, la pratica prova l'esistenza della consuetudine; è una fonte di cognizione". Tuttavia, coerentemente con la sua idea di diritto muto in atto come pratica in potenza, Sacco afferma quello che secondo lui è "il dato fondamentale: quel pensiero non accompagnato dall'azione è diritto; diritto muto"[68].
Per Sacco, la "convinzione è dunque sufficiente per mettere in vigore la consuetudine. Non per questo la pratica è priva di significato. Dove c'è la pratica, c'è un'adesione collettiva alla regola". Certo, il rinvio legale alla pratica "legittima in modo automatico il comportamento, più o meno generalizzato della comunità; questo comportamento potrà essere assistito dall'*opinio*, ma, se l'*opinio* mancasse, la pratica diverrebbe ugualmente norma". E una pratica "può anche essere correlata al sentimento di una obbligazione morale [...] Ma l'obbligazione morale non implica in vincolo giuridico". Ne conclude Sacco: "la consuetudine non è sempre uguale a se stessa. Essa non implica sempre i due costituenti – lo spirituale e il pragmatico –; ognuno dei due costituenti è sufficiente, anche se scompagnato dall'altro; non è necessaria, invece, la loro contemporanea presenza. Peraltro, la pratica è giuridicamente vincolante solo grazie ad un rinvio. L'opinione vale di per sé"[69].

4. Produrre la regola. L'artificialità originaria di diritto e cultura in Gallo

L'intento espresso di recuperare l'"eredità perduta del diritto romano" porta Gallo ad affermare, elaborando la nota definizione celsina *ius est ars boni et aequi*, l'artificialità originaria del diritto. A cavallo tra il I e il II secolo d.C., Celso avrebbe inteso rappresentare il diritto "così come è nella

[67] *Ivi*, p. 22.
[68] *Ivi*, p. 23.
[69] *Ivi*, pp. 24-25.

realtà", ed è dunque "per indicarne l'essenza" che l'avrebbe sussunto non tra i "prodotti della natura" ma "tra quelli posti in essere dall'uomo mediante le molteplici *artes* via via elaborate [...] Nella sussunzione del diritto nel genere arte è implicita l'artificialità: la sua totale dipendenza dall'opera dell'uomo"[70].

> *Celso dice che il diritto è un'*ars*, consistente, come tale, nell'attività umana. Esso non esiste in natura e non ha [...] soffio vitale. Nella realtà fenomenica si configura e assume rilievo l'attività umana che lo pone in essere, lo interpreta ed applica e, sotto altro aspetto, lo osserva o lo viola. Le norme, le sentenze e gli apporti della dottrina, quali prodotti dell'ars, devono bensì presentare i connotati corrispondenti ai criteri apprestati per il suo esercizio, ma non rientrano nelle attività in cui essa si esplica. In sintesi Celso, nella definizione del diritto, lo considera nella sua espressione dinamica, quale* ars*, non in quella statica dei prodotti posti in essere, da essa distinti.*[71]

La specificazione dell'arte con il *bonum et aequum* esprime "congiuntamente il fine con essa perseguito e i supremi criteri da usare nell'esercitarla, nonché i connotati che deve presentare il prodotto ottenuto: il diritto, sia posto (norme generali e astratte), sia applicato (soluzione dei casi)"[72]. Rifacendosi al vocabolario giuridico attuale, Gallo paragona l'endiadi celsina, che specifica e distingue l'*ars iuris* rispetto alle altre *artes*, ai due "supremi criteri che reggono il nostro sistema giuridico e in generale il diritto". Spiega infatti che "l'uguaglianza e la ragionevolezza rappresentano la visuale astratta dei due termini concreti (invertiti) *bonum et aequum*"; e specifica che "l'uomo – pur soggetto a errori – trova in se stesso, proiettato nelle contrapposte posizioni dei rapporti giuridici, la misura per la corretta applicazione, ai vari livelli, della ragionevolezza e uguaglianza"[73].

L'essere umano, afferma Gallo, non può che valutare, scegliere e agire "sulla base delle sue conoscenze, che, per quanto accresciute nel corso dei tempi, non sono complete e perfette". Tra i molti errori, innumerevoli sono altresì "le scelte e le soluzioni rivelatesi corrette ed utili, da lui poste in essere. Secondo la dottrina celsina l'uomo deve sempre cercare e adottare,

---

[70] F. GALLO, *Celso e Kelsen. Per la rifondazione della scienza giuridica*, Torino, 2010, p. 68.
[71] *Ivi*, pp. 69-70. Sulla definizione celsina del diritto come *ars*, vedi anche A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, 2017, pp. 424 e ss.
[72] GALLO, *Celso e Kelsen.*, cit., p. 69.
[73] F. GALLO, *Consuetudine e nuovi contratti. Contributo al recupero dell'artificialità del diritto*, Torino, 2012, pp. 88-89.

nel diritto, la soluzione che, in base alle sue capacità, cognizioni e previsioni, gli appare in buona fede la più adeguata nel rispetto dell'uguaglianza". Il *bonum*, che caratterizza in generale "le attività umane rivolte a un fine pratico", unito all'*equum* come uguaglianza proporzionale, implica una disponibilità *pro futuro* ad eliminare l'errore e a mutare "la scelta inadeguata compiuta in precedenza"[74].

> *Il* bonum*, isolatamente considerato, indica un elemento comune a tutte le attività umane (*artes*) rivolte a un fine pratico: l'architettura, la medicina, la cucina, ecc. Per secoli, prima della definizione celsina, la fondamentale connotazione del diritto era stata ravvisata nel solo* aequum*, esprimente l'uguaglianza proporzionale. La sua integrazione col* bonum *risponde tuttavia ad una esigenza reale, essendo conseguibile l'uguaglianza anche in un trattamento cattivo o pessimo. Come espresso dal binomio escogitato da Celso, il diritto è connotato dal* bonum *congiunto con l'*aequum. *In ogni esplicazione in cui esso si concreta (nel porre una norma generale e astratta, nel decidere una controversia, nell'esprimere un parere, ecc.), si cerca la soluzione buona (ottimale) nel rispetto dell'uguaglianza proporzionale. La ricerca è condotta dall'uomo con le sue capacità, riassumentesi nella ragione, le quali sono limitate e soggette ad errori.*[75]

Per intendere l'artificialità, come fare pratico, e la strumentalità del diritto, Gallo propone un confronto chiarificatore col linguaggio. In particolare, ne segue la definizione data da Abbagnano quale "uso dei segni 'intersoggettivi'", ossia segni che permettono la comunicazione, con possibilità di scelta e combinazione[76]. Commenta Gallo che "il linguaggio è lo strumento (l'insieme della attività e cognizioni) apprestato dall'uomo per consentire la comunicazione nella convivenza umana. Prima che con le parole (segni linguistici orali e scritti) l'uomo ha comunicato con segni gestuali e suoni vocali". Gallo distingue il linguaggio in generale dalle lingue, ossia i "singoli sistemi linguistici: la lingua italiana, francese, cinese, ecc". Tale distinzione terminologica, afferma Gallo, manca per il diritto. Ebbene, Abbagnano avrebbe indicato l'"essenza (o connotato essenziale) del linguaggio" non nella "conformazione dei segni o nelle tecniche

---

[74] ID., *Celso e Kelsen*, cit., p. 75.
[75] *Ivi*, p. 74. Vedi Schiavone (SCHIAVONE, *Ius*, cit.,) per un'analisi della formula celsina *ius est boni et aequi* (pp. 418 e ss.) e per una critica della sua ripresa da parte di Ulpiano (pp. 399 e ss.).
[76] N. ABBAGNANO, *Dizionario di filosofia*, Torino, 1971, p. 534.

espressive usate", che sono variabili. "Essa è stata, invece, ravvisata dal filosofo nel loro 'uso'"[77].

Analogamente, anche la visuale celsina sul diritto è per Gallo quella "dinamica dell'artificialità (la sua totale dipendenza, quale si riscontra nella realtà, dall'attività dell'uomo)"[78]. Del resto, come conferma la tradizione romana, "il diritto posto dall'uomo per l'appagamento di bisogni umani non può essere statico, dato il continuativo mutamento di tali bisogni"[79]. Purtuttavia, il diritto è altresì "uno strumento apprestato dall'uomo per appagare una imprescindibile esigenza delle convivenze umane"[80]. E in quanto strumento, esso è inerziale: la definizione celsina, insomma, "ravvisa il connotato essenziale del diritto nell'artificialità, considerandolo, qual è nella realtà, un elemento inerte, in tutto e per tutto dipendente dalle attività umane che ad esso danno vita"[81]. In conclusione, il diritto "è un'*ars* rivolta a un fine pratico, ritenuto da millenni di primaria importanza nei raggruppamenti umani. Come ogni altra *ars*, il diritto si estrinseca nel fare, con le conoscenze e abilità all'uopo occorrenti. Nell'*ars* il fare è l'elemento culminante (si può dire il suo oggetto), riguardo al quale sono ausiliarie (ancillari) le menzionate conoscenze e abilità"[82].

> *La natura artificiale del diritto appare fuori discussione. Se pure trascurata, essa è palese nell'esperienza umana del passato come del presente: si può dire che essa è sotto gli occhi di tutti. Senza dubbio l'uomo ha trovato in se stesso sia la spinta per rendere accettabile e, per quanto possibile, migliore la convivenza nei raggruppamenti umani, sia i criteri e la misura per apprestare i mezzi all'uopo occorrenti, i quali non si riducono alla posizione di norme generali ed astratte; a lato di tali norme e delle decisioni dei casi è in specie da ricordare l'apporto sapienziale: l'elaborazione dottrinale e la trasmissione del sapere giuridico alle generazioni successive.*[83]

Secondo Gallo, il diritto non si identifica nelle norme generali e astratte; anzi, è "preesistito per lungo tempo alla loro enunciazione. Esso si esplicava allora nella decisione dei casi (controversi), senza la quale non può peraltro sussistere anche in presenza" di tali norme. L'elemento centrale del diritto è dunque da ravvisare, per l'autore, "nella decisione dei casi (rispetto alla

---

[77] GALLO, *Celso e Kelsen*, cit., p. 70.
[78] *Ivi*, p. 93.
[79] F. GALLO, *Ius, quo utimur*, Torino, 2018, p. 59.
[80] ID., *Celso e Kelsen*, cit., p. 101.
[81] *Ivi*, p. 4.
[82] ID., *Consuetudine e nuovi contratti*, cit., p. 15.
[83] *Ivi*, p. 85.

quale le norme generali e astratte sono strumentali)"[84]. Conferma questa lettura l'importanza centrale attribuita nell'esperienza romana alla *iurisdictio*, per cui era riservata un'apposita fase del processo. "Il termine indica l'atto e la funzione stessa del *dicere ius*, la quale era attribuita al pretore [...] Il *ius dictum* consisteva in un mezzo o combinazione di mezzi processuali, esprimenti il principio o i principi giuridici per la decisione del caso, ai quali doveva poi attenersi il giudice"[85]. Gallo precisa che "le leggi (in generale le norme in vigore) non vincolavano il pretore alla loro applicazione nel caso concreto, quando essa dava luogo a una violazione dei supremi criteri ravvisati nel *bonum et aequum*"[86].

> *Solitamente, nel* ius dicere*, il magistrato applicava mezzi processuali esistenti; tuttavia, quando occorreva per l'attuazione dello scopo indicato, ne denegava l'applicazione o apprestava appositi nuovi mezzi. Il nuovo* ius *era pronunciato dal pretore per il caso specifico; se però la decisione assunta nel caso corrispondeva a un'esigenza diffusa e il nuovo* ius *veniva ripetutamente pronunciato, il (o un) successivo pretore lo inseriva nell'editto ed esso, in forza della* lex Cornelia de iurisdictione *e della recezione* moribus*, diventava* ius constitutum *(destinato a durare senza limiti) [...].*[87]

Gallo afferma poi che "nell'esperienza romana la produzione del diritto *moribus* precedette quella *legibus* e continuò ancora per secoli, in età repubblicana, a costituire il modo ordinario di sviluppo del diritto". Tanto il diritto prodotto per comportamento concludente (*rebus ipsis et factis*), dunque *moribus receptum*, quanto il diritto prodotto nelle assemblee col voto (*suffragio*), dunque *lege introductum*, sono riconosciuti dagli autori antichi – dice Gallo – come espressione del potere sovrano del popolo: il fondamento è, dunque, nel *consensus* o *iudicium* o *voluntas populi*, a cui poteva affiancarsi l'apporto dotto dei giuristi, *iuris periti*. Per quanto concerne la produzione per comportamento concludente, ogni innovazione, introdotta per rispondere ad un'esigenza concreta, "passava

---

[84] *Ibidem*. Cfr. ID., *Celso e Kelsen*, cit., pp. 37, 49.
[85] ID., *Celso e Kelsen*, cit., pp. 37-38.
[86] *Ivi*, p. 56. Sul punto, vedi anche Stolfi: "[...] sarà opportuno riflettere ancora sulle tecniche tipicamente romane – proprie di un sistema giuridico 'aperto' – con cui le concrete differenze tra le varie situazioni e i loro protagonisti venivano reimmesse nell'analisi di magistrati e *prudentes* onde allestire le forme di disciplina più idonee a salvaguardare e contemperare gli interessi di volta in volta in gioco, grazie a quella valutazione qualitativa e assiologica – sia pure filtrata tramite gli schemi dell'astrazione giuridica e della sua ontologia – garantita dall'attenzione casistica e dal rilievo attribuito al *bonum et aequum*", E. STOLFI, *Il diritto, la genealogia, la storia. Itinerari*, Bologna, 2010, pp. 41-42.
[87] GALLO, *Celso e Kelsen*, cit., p. 88.

ancora al vaglio delle posteriori applicazioni occorrenti per la formazione del *ius receptum*". Quest'ultimo si consolidava qualora il rimedio fosse stato "ripetutamente usato da altri cittadini" e dunque "attraverso la diffusa applicazione". Spiega Gallo: "La ricezione del nuovo *ius*, *rebus ipsis et factis*, da parte dei consociati, oltre a non avvenire in modo istantaneo, ma richiedere tempi più o meno lunghi, presupponeva l'assenza di situazioni di conflittualità [...] in ordine ad esso". Per quanto invece concerne la legge, in età repubblicana il ricorso ad essa concerneva "materie e situazioni, per la cui disciplina non si presentava adeguata la ricezione *moribus*". Quali esempi, Gallo cita le materie "della struttura e della vita dello stato e le situazioni nelle quali era avvertita l'esigenza di operare salti qualitativi, di introdurre con effetto immediato principi nuovi ovvero di risolvere questioni dibattute coinvolgenti criteri di fondo". Conclude Gallo: "Si può dire, in sintesi approssimata, che, nell'esperienza romana, la produzione del diritto *moribus* presentava il carattere dell'ordinarietà e quella *lege* il carattere dell'eccezionalità"[88].

Eppure, la visione attuale maggioritaria sul diritto romano, denuncia Gallo, è ancora falsata dalla sua più importante fonte, sulla quale "si riformò dopo il Mille la scienza giuridica in Occidente": il *corpus iuris civilis* voluto dall'imperatore Giustiniano nel VI secolo. Gallo individua nella *legum permutatio* giustinianea una cesura che avrà conseguenze su tutta la tradizione giuridica occidentale. Con essa, si ha "un vero e proprio capovolgimento a proposito della concezione del diritto, della sua produzione, interpretazione e applicazione e, sotto altro profilo, delle funzioni legislativa e giurisdizionale e del compito dei giuristi"[89]. Tra gli altri, un cambiamento indicativo è l'uso del plurale *leges* nelle costituzioni imperiali: nome che, "anziché indicare una fonte, per quanto autorevole,

[88] *Ivi*, pp. 82-86. Cfr. M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, 1994, p. 37: "*Mores maiorum*: sono la componente più antica del ius civile. Si tratta di fenomeni consuetudinari ancestrali (dei *maiores*, i remoti antenati), risalenti tanto indietro nel tempo che gli stessi romani che ne danno notizia non ne conoscevano l'origine". Sulla questione critica della immemorabilità del *ius moribus receptum*, vedi *infra*.

[89] GALLO, *Celso e Kelsen*, cit., p. 2. Per un'ampia ricostruzione dei contenuti e dell'influenza dell'opera giustinianea nel pensiero giuridico occidentale, vedi L. MAGANZANI, *Formazione e vicende di un'opera illustre. Il corpus iuris nella cultura del giurista europeo*, Torino, 2007. Per un approccio estetico-dogmatico, si veda altresì P. LEGENDRE, *Leçon IX. L'autre Bible de l'Occident: le monument romano-canonique. Étude sur l'architecture dogmatique des sociétés*, Paris, 2009. Cfr. di P. HERITIER, *Estetica giuridica*, cit.

del diritto, tendeva ad assorbirlo *in totum*, sebbene l'assorbimento non potesse dirsi riuscito per la consuetudine"[90].

> *Giustiniano con la* legum permutatio *intese modificare radicalmente, rispetto all'antica esperienza romana raffigurata nei* iura*, la concezione e l'organizzazione del diritto, in cui rientravano la sua produzione, interpretazione e applicazione. La* permutatio*, che trovò espressione nella* legum doctrina*, aveva i suoi punti cardine: a) nel mutamento e amplificazione della funzione legislativa, estesa all'elaborazione dottrinale e alla stessa ricerca storica; b) nello svuotamento il più possibile riduttivo (anche in contrasto coi dati della realtà) del ruolo della consuetudine nella produzione del diritto; c) nell'eliminazione dell'antica funzione della* iurisdictio*, con la connessa riduzione del compito dei giudici alla meccanica applicazione delle* leges *poste dall'imperatore; d) nella parallela riduzione dei giuristi – spogliati dei loro tradizionali compiti qualificanti assunti in via esclusiva dall'imperatore – a meri trasmettitori dei contenuti prescrittivi, dottrinali e storici delle* leges *imperiali*.[91]

Nel *corpus iuris civilis*, al di sopra di tutto è posta la norma generale e astratta, la cui fonte è individuata nell'imperatore. Giustiniano indica col plurale *leges* "il diritto da lui prodotto", inteso oramai come "comprensivo del momento prescrittivo e di quello concettuale: della produzione normativa e dell'elaborazione dottrinale, l'una e l'altra riservate, in modo esclusivo, alla carica imperiale. Nel plurale *leges* si trova l'antica radice della visione positivistica del diritto". È esplicitamente vietata nelle costituzioni imperiali non solo la critica, ma altresì l'esplicazione e l'interpretazione del diritto: "i professori di diritto (i giuristi del tempo, anch'essi funzionari imperiali) sono ridotti a ripetitori dei contenuti normativi e dottrinali contenuti nelle *leges*"[92]. In questo modo, Giustiniano persegue l'obiettivo della "estromissione – a livello declamatorio, non nella realtà – della dottrina dal circuito della prodizione del diritto". Tale "impostazione assolutistica", che avrà risonanza nel mito giuspositivistico della purezza, è suggellata nella costituzione *Tanta* con "la prescrizione di Giustiniano – enunciata nei riguardi del Digesto, ma avente valore generale – di *has leges adorare et observare*"[93]. In una tale impostazione, è inevitabile che "l'antica formazione consuetudinaria del diritto, costituita dalla recezione *moribus* avente rango uguale alla legge", venga stravolta. In

[90] GALLO, *Consuetudine e nuovi contratti*, cit., p. 34.
[91] *Ivi*, pp. 35-36.
[92] ID., *Celso e Kelsen*, cit., pp. 39-41.
[93] *Ivi*, p. 97.

modo non dissimile – nota Gallo – dalla successiva codificazione, la consuetudine è contrastata dalla "linea giustinianea, rivolta alla sua minimizzazione e subordinazione rispetto alla legge"[94].

> *La consuetudine rientra fa le materie per le quali gli effetti della* legum permutatio *giustinianea, unita alla rimozione della definizione celsina, sono stati più devastanti. Anche nelle sue recenti e attuali rappresentazioni non figurano gli elementi di cui è stata spogliata, nella* legum doctrina*, da Giustiniano: il fondamento sulla sovranità popolare, mai venuto meno nella realtà, e la connessione con l'elaborazione dottrinale, anch'essa sempre persistita nella realtà. Permane inoltre la tendenza alla sua emarginazione, rispetto alla legge, nella linea segnata dall'imperatore. La rimozione dell'artificialità e, in generale, della definizione celsina del diritto ha distolto l'attenzione, nei riguardi della consuetudine, dalla fase di formazione della norma e fatto velo alla percezione della realtà, nella quale la consuetudine è in primo piano, non diversamente dalla legge, attività rivolta ad appagare un'esigenza fondamentale dei raggruppamenti umani di carattere politico, come pure, per quanto possibile, della* societas *esistente tra di essi e, sotto altro profilo, tra tutti gli uomini, e il diritto consuetudinario è, al pari di quello legislativo, un prodotto umano (un prodotto dell'indicata attività).*[95]

Gallo propone dunque, in contrasto con la *legum doctrina* e con la connessa tradizione positivistica, una definizione della consuetudine "aderente alla realtà". "Similmente alla legge la consuetudine produce diritto. Il suo genere prossimo può quindi correttamente vedersi, come suole avvenire, nella fonte del diritto. Le connotazioni che la specificano, nell'ambito del genere, vanno cercate nel soggetto od organo che la produce e nel modo in cui viene prodotta". Per quanto attiene al soggetto produttivo, Gallo lo individua nel popolo ovvero nei cittadini, quali titolari della sovranità; per quanto attiene alla modalità di produzione, Gallo la descrive come "comportamento concludente (*rebus ipsis et factis*, come dicevano i romani)". Va notata, inoltre, un'ambivalenza terminologica. "Il segno consuetudine indica sia il diritto consuetudinario che la sua formazione. La consuetudine può essere definita, nelle due prospettive, come 'diritto prodotto dai cittadini, col comportamento concludente', e come 'produzione del diritto da parte dei cittadini col comportamento concludente'". Gallo indica poi nella volontà un "fondamentale elemento", a cui può aggiungersi come non essenziale, seppur in fatto rilevante, il

[94] ID., *Consuetudine e nuovi contratti*, cit., pp. 24-25.
[95] ID., *Celso e Kelsen*, cit., pp. 86-87.

"concorso dell'esperto di diritto": quest'ultimo, tuttavia, "anche quando appare indispensabile non rappresenta il requisito essenziale, cioè l'elemento produttivo della consuetudine, costituito dalla volontà espressa dai cittadini con il comportamento concludente"[96].
Non necessari né caratterizzanti, per Gallo, bensì frutto della falsificazione operata dalla *legum permutatio*, sono i due elementi dell'uso e della lunga (o addirittura immemorabile) durata. In particolare, l'uso – che secondo i maestri giustinianei delle *Istituzioni* dovrebbe *comprobare* il *ius ex non scripto* – celerebbe l'artificialità originaria della consuetudine, dacché l'uso "non ha effetti creativi: [...] non produce diritto": semmai, "sia l'*usus* che la *comprobatio* (riconoscimento, conferma, rafforzamento) hanno ad oggetto cose che già esistono"[97]. Nell'impostazione della consuetudine data dalla *legum doctrina*, che ne attribuisce ai consociati il solo uso e ne esclude la formazione, è "già implicita l'idea (il prodigio) che la consuetudine (come tutto il diritto elemento culturale-artificiale) si formi da sola"[98]. Per quanto concerne invece la lunga durata, essa certo "esiste (può esistere), come per la consuetudine – ed è talora segnalata – anche per la legge"[99]. Tuttavia, la sua inessenzialità è ben visibile anche oggi rispetto ai nuovi contratti atipici, nati in via consuetudinaria.

> *La consuetudine è formata quando, in un determinato ambiente, si provvede normalmente a una determinata finalità rilevante per il diritto col comportamento del medesimo tipo di atto. Il tempo occorrente può essere, a seconda dei casi, più lungo o più breve; non si sono però indicati esempi di un tempo immemorabile. Nella recente esperienza parecchi fra i nuovi contratti (fra i quali il* leasing*) sono diventati consuetudine nell'arco di pochi anni. Il requisito di un tempo immemorabile per la formazione della consuetudine esiste soltanto nella mente degli studiosi.*[100]

Proprio rispetto ai nuovi contratti cosiddetti atipici, come per esempio il *leasing*, Gallo riconosce che già i primi di essi "(il primo, il secondo, il terzo, ecc.) furono giuridicamente validi ed azionabili davanti al giudice. Di norma (non diversamente dai contratti disciplinati dalla legge) essi

[96] ID., *Consuetudine e nuovi contratti*, cit., pp. 27-29.
[97] *Ivi*, pp. 44-45.
[98] *Ivi*, p. 130.
[99] *Ivi*, p. 45.
[100] *Ivi*, p. 97.

produssero gli effetti previsti"[101]. Proprio questo fine pratico è ragione e spinta dell'artificialità, nonché criterio per la replicabilità o meno della nuova forma contrattuale, ovvero del nuovo tipo di contratto. Quella consuetudinaria, infatti, è una via di tipizzazione; anzi, per Gallo è quella storicamente più praticata. Gallo afferma che "il contratto atipico stipulato appaga un'esigenza diffusa nella società; per l'appagamento di tale esigenza si diffonde e si generalizza, tra gli interessati, l'impiego del nuovo contratto; parallelamente si stabilizzano, nei profili essenziali, i connotati (*in primis* le prestazioni e controprestazioni) che lo caratterizzano". Critica Gallo: "La visuale accolta dal codice della tipizzazione è riduttiva. Nella realtà esiste la tipizzazione giuridica alla quale concorrono la consuetudine e la legge (come si è detto, per i contratti, in grande prevalenza la prima)". In conclusione, "la tipicità dei contratti dipende dalle loro caratteristiche"[102]. In generale, il nuovo contratto nasce per "opportunità", perché esso genera "vantaggi": gli esperti di diritto rendono edotti i loro clienti della possibilità, e questi in qualità di "attori protagonisti" scelgono la nuova forma contrattuale "per l'appagamento di loro esigenze"[103].

> *La considerazione della realtà non lascia adito a dubbi. I nuovi contratti sono stati introdotti nel sistema dai cittadini che li hanno posti in essere su suggerimento di esperti di diritto. Già i primi di essi, come si è più volte rilevato, furono riconosciuti validi ed efficaci. La loro generalizzata applicazione li ha resi elementi del diritto in vigore, al pari dei contratti disciplinati dal legislatore, quali la compravendita, il mandato, il comodato, ecc. La visuale legalistica non può cancellare la storia: anche i contratti al presente disciplinati dalla legge si sono solitamente formati in via consuetudinaria (in larga parte introdotti* moribus *nell'antica esperienza romana*).[104]

La libera iniziativa dell'uomo, come abbiamo visto, caratterizza per Gallo l'artificialità originaria del diritto. Nella "condizione umana – afferma Gallo – [...] ogni elemento culturale viene appreso partendo da zero"[105]. E il diritto, quale "elemento artificiale [...] è stato prodotto dall'uomo

---

[101] *Ivi*, p. 84. Del resto, afferma Gallo, è "lapalissiano che la decisione del giudice non risulta necessaria perché i fatti e atti aventi rilievo giuridico producano i loro effetti (altra cosa è che si presenti – possa presentarsi – l'esigenza di farli valere in via giudiziaria". Semmai, il "diritto richiede, per la propria conservazione, un'elevata dose di osservanza spontanea" (*ivi*, p. 80).
[102] *Ivi*, pp. 119-121.
[103] *Ivi*, pp. 61, 125-126.
[104] *Ivi*, pp. 145-146.
[105] *Ivi*, p. 98.

partendo da zero e la sua produzione continua", ossia "è stata e rimane continuativa". La questione investe, dunque, l'idea stessa di diritto. "Non esiste un criterio oggettivo preformato per distinguere ciò che è diritto da ciò che non lo è: per scegliere, fra i rapporti, situazioni e comportamenti esistenti quelli che occorre, o è opportuno, sottoporre a disciplina giuridica. L'uomo è responsabile del diritto posto"[106]. Da ciò consegue che del diritto ci possano essere più visioni differenti; finanche quella di un diritto naturale.

> *Occorre invece prendere atto che la stessa visione del diritto naturale è opera dell'uomo, così come lo sono la collocazione al centro del diritto della decisione dei casi, secondo l'*ars iuris*, e, viceversa, delle norme generali ed astratte, secondo la* legum doctrina*, l'elaborazione, nell'antica esperienza romana, dei criteri del* bonum et aequum *per la produzione e applicazione del diritto e la percezione della misura che l'uomo trova in se stesso per la loro migliore utilizzazione pratica.*[107]

4.1. Gallo risponde a Bobbio

La differenza fondamentale dell'impostazione di Gallo rispetto a quella di Bobbio è l'artificialità del diritto: carattere che implica la volontarietà. Per Gallo, Bobbio ha ragione ad escludere l'*opinio* come credenza e convinzione – che da sole non generano giuridicità – ma ha torto ad escludere anche la volontà. La consuetudine si forma per volontà dei cittadini, titolari del potere originario di creare diritto. I primi cittadini che, per esempio, concludono un contratto di *leasing* non lo fanno per un obbligo, ma per cogliere in libera scelta un'opportunità[108].
Gallo contesta la definizione bobbiana di diritto come fatto naturale. "Nella condizione umana sono fatti naturali la nutrizione e la riproduzione [...] se pure anche in esse si hanno – e sono via via cresciuti – interventi artificiali. Sono viceversa, ad esempio, artificiali l'insegnamento-apprendimento del diritto e della medicina, come le rispettive attività in cui essi si esplicano"[109]. Il diritto, infatti, "richiede l'impiego di tecniche appropriate e di un sapere specialistico, i quali vengono via via affinati e trasmessi nel

[106] *Ivi*, p. 115.
[107] *Ivi*, pp. 116-117.
[108] *Ivi*, pp. 60-61.
[109] *Ivi*, p. 93.

succedersi delle generazioni". Essi non costituiscono, dunque, "prodotti involontari o spontanei": non sono elementi naturali[110].

Gallo nota un'incongruenza nel pretendere, come fa Bobbio, che i singoli atti volontari contribuiscano a costituire la consuetudine, benché la sua formazione sia spontanea, qualificandola come fatto naturale. Bobbio – afferma Gallo – "non ha eliminato [...] il ruolo dei singoli atti volontari". La pretesa artificialità originaria del diritto da parte di Gallo risulta incompatibile con l'idea stessa di tradizione: essa "non è una fonte del diritto; in tutti i campi [...] essa non forma, per se stessa, cose nuove, ma trasmette (tramanda) elementi già esistenti"[111]. È vero, riconosce Gallo, che i bambini imparano inconsapevolmente parlare: "molti elementi culturali si respirano per così dire nell'ambiente in cui si vive. Nella tradizione rientra però anche l'insegnamento-apprendimento occorrente per leggere e scrivere e per acquisire le cognizioni tecniche proprie del diritto"[112].

> *Per quanto attiene alla formazione della consuetudine, nella realtà si hanno soltanto gli atti posti in essere dagli interessati e si producono due ordini di effetti: quello proprio di ciascun atto e la formazione della consuetudine, se e quando il loro compimento si generalizza tra i consociati. Secondo la comune esperienza, ogni osservatore non prevenuto trae dalla situazione descritta la conseguenza che entrambi gli ordini di effetti sono prodotti dagli atti indicati. La ragione per cui ciò non avviene è dovuta a una distorta visione del potere del popolo derivata da Giustiniano.*[113]

La critica contro la naturalità investe, dunque, anche l'idea di diritto naturale: esso non esisteva prima dell'uomo ed è anzi da annoverare tra quegli enti che "sono stati da lui ideati, costruiti, escogitati, configurati e via via perfezionati". Attribuire la qualifica di naturale al diritto, per Gallo, "è oggettivamente una falsificazione"[114].

Gallo contesta, inoltre, i requisiti dell'uniformità di comportamenti e della ripetizione. Si guardino i contratti di *leasing*: i primi di essi, "conclusi anteriormente alla formazione della relativa consuetudine, produssero effetti così come quelli conclusi dopo la formazione della stessa". Inoltre, dice Gallo, "non si formò un unico tipo, ma si delinearono differenti tipi di *leasing* con denominazione non omogenea nei diversi autori"[115]. A ciò si

[110] *Ivi*, pp. 86-87.
[111] *Ivi*, p. 95.
[112] *Ivi*, p. 99.
[113] *Ivi*, p. 99.
[114] *Ivi*, pp. 110-112.
[115] *Ivi*, p. 63.

aggiunga che, anche quand'è lo stesso soggetto a stipulare più contratti di *leasing*, egli "pone in essere atti distinti, ognuno per una sua specifica esigenza con il correlativo contenuto. Non è vero che, per la formazione della consuetudine, occorra 'un lungo e immemorabile periodo di tempo'. Si tratta di un'enunciazione astratta priva di riscontro nella realtà"[116]. Sul punto della differenza tra i vari atti, Gallo precisa ulteriormente: "Non è parimenti vero che, nella formazione consuetudinaria, i singoli atti siano 'ripetuti per una logica implicita negli atti stessi'. Ognuno di essi [...] è posto in essere per una sua specifica esigenza e l'elemento che li accomuna è la funzione da essi assolta"[117].
Altro tema di differenza è la coazione, che secondo Bobbio non è caratterizzante. Al contrario, per Gallo, essa "è inerente al diritto; in difetto della sanzione terrena non si ha diritto, ma la morale o la religione. Non si vede come si possa escludere, per il diritto consuetudinario, la volontarietà riconosciuta per l'imperatività e la coattività, che costituiscono (come per il diritto legislativo) immancabili connotati"[118]. Gallo ne fa, altresì, una questione di efficienza del diritto, per la quale, secondo lui, "è necessaria, ma non sufficiente, la coazione. A tal fine occorre che sussista (che si formi e permanga) un'elevata dose di osservanza spontanea, per il cui conseguimento si richiedono: l'effettività e tempestività della coazione, l'educazione al diritto [...] e la sua produzione e applicazione in conformità al *bonum et aequum*"[119].

4.2. Gallo risponde a Sacco

Anche rispetto a Sacco, la maggiore distanza è dettata dall'artificialità originaria del diritto teorizzata da Gallo. La qualifica di spontaneità, proposta da Sacco per il diritto consuetudinario, è criticata. Se spontaneo significa privo di costrizioni e pressioni esterne, la qualifica è condivisa da Gallo; se, però, significa naturale e indipendente dall'attività umana, la qualifica è giudicata errata. Il popolo è titolare della sovranità, è l'autorità politica; inoltre, la formazione della consuetudine può ben prevedere l'apporto sapiente dell'esperto di diritto[120]. Ciò significa che il carattere

[116] *Ivi*, p. 97.
[117] *Ivi*, p. 98.
[118] *Ivi*, p. 91.
[119] ID., *Celso e Kelsen*, cit., p. 112.
[120] ID., *Consuetudine e nuovi contratti*, cit., p. 134.

scritto e formale di un atto, come per esempio un atto negoziale, non è per Gallo incompatibile con la consuetudine: si pensi al *leasing*[121].
La consuetudine, dunque, non è fonte autonoma rispetto al potere; è bensì espressione del potere sovrano dei cittadini. Semmai, è autonoma rispetto alla legge; perciò è improprio discutere, come fa Sacco, di legittimità rispetto alla consuetudine, mentre occorre parlare di giuridicità: qualità che, per Gallo, implica la corrispondenza al *bonum et aequum*[122].
Altrettanto improprio è parlare di consenso alla norma consuetudinaria e tacere della sua formazione. Dire che la consuetudine è in azione perché accettata dai partecipanti significa implicare la sua preesistenza: "La consuetudine in azione, accettata dai consociati, è già esistente. Il loro consenso ha ad oggetto la sua applicazione, non la sua formazione ritenuta spontanea. Appare ignorata l'artificialità che connota il diritto (tutto il diritto), come ogni altro elemento culturale"[123].
Quanto, poi, al fatto che la consuetudine possa essere imposta con la forza da un popolo dominante ad un altro sottomesso, Gallo nota che "il popolo dominante non priva quello sottomesso della titolarità del potere sovrano (prerogativa connaturata agli uomini viventi in raggruppamenti), ma solo – e mai totalmente – del suo esercizio"[124].
Rispetto alla tesi del diritto tacito o muto, Gallo ritrova la "visione, ad un tempo misteriosa e miracolosa, degli estensori delle Istituzioni giustinianee secondo cui la consuetudine non è posta né dal legislatore né dai consociati, ma cionondimeno preesiste al suo uso da parte di questi ultimi". Quanto agli atti giudicati da Sacco esemplari di diritto muto, quali l'occupazione, Gallo nota che – messo a parte il fatto che la disciplina del codice civile la esclude dal novero delle consuetudini – nell'occupazione la persona esprime la propria volontà "in modo univoco col proprio comportamento [...]. Ciò che rileva per il diritto non è il suo silenzio, la sua volontà manifestata col comportamento"[125].

5. Appunti critici

Qui giunti, non è possibile procedere ad una discussione delle posizioni, essendo il confronto critico interno l'obiettivo che ci eravamo proposti.

[121] *Ivi*, p. 142.
[122] *Ivi*, p. 135.
[123] *Ivi*, pp. 115-116.
[124] *Ivi*, pp. 137-138.
[125] *Ivi*, pp. 138-140.

Nondimeno, annotiamo alcuni spunti di riflessione, così da preparare un successivo sviluppo.

La tradizione consuetudinaria è in Bobbio desoggettivata; il problema della volontà è reso, così, semplicemente irrilevante. La consuetudine è un fatto della natura: intendendo, con ciò, che non è un fatto umano, non accade a Tizio o a Caio, bensì accade.

Tuttavia, sarebbe difficile escludere il significato dalla formazione della consuetudine. Per intenderci, è impossibile decidere quale modello o figura di atto emerga come regolato, se non tramite una significazione dell'atto[126]. Il fatto in sé e per sé, la cosa universale è, semmai, ciò a cui la metafisica ha educato la mente scientifica: è il prodotto di una particolare cultura del sapere. Chi decide che il momento della verità è giunto e che, per il futuro, si può solo agire guardando al passato: guardando al modello regolato come ad un dato del passato, che si tratta ora di ripetere? Non accade forse continuamente una decisione sul fatto, tra le tante possibili? Non è forse ogni azione una proposta di significato che attende una risposta? Il momento di accomodamento condiviso sul significato, cioè di sintonizzazione dei gesti rispetto alle attese passate e di riconfigurazione delle attese future è sempre attuale[127].

Educati al positivismo, noi immaginiamo precisi modelli di fatto, quasi fattispecie positive e pubblicamente riconoscibili, che regolano fatti in questione. La nostra esperienza giuridica è – per usare un'espressione che Auroux riserva alle lingue – grammaticalizzata. Abbiamo, cioè, la possibilità tecnologica e l'abitudine culturale di pensare al diritto, come sistema analizzabile e controllabile: ne conosciamo le parti, la struttura, il funzionamento, e tale conoscenza è reperibile in testi di riferimento, codici d'uso, manuali scolastici, corsi d'insegnamento. Sì che accade per il diritto ciò che accade per la lingua grammaticalizzata, che – dice Auroux – "si può parlare (o leggere), cioè apprendere (in un senso sufficientemente ristretto), ricorrendo solo agli utensili linguistici disponibili"[128]. Ma una

[126] Canale propone un'interessante critica alla possibilità di dedurre una sola regola consuetudinaria da una ripetizione di fatti, essendo in questione proprio i fatti ora per allora (dunque la loro selezione e la raccolta nella ripetizione) e non essendo garantita la continuità contestuale. Vedi D. CANALE, *Paradossi della consuetudine giuridica*, in *La consuetudine giuridica. Teoria, storia, ambiti disciplinari*, a cura di S. ZORZETTO, Pisa, 2018, pp. 111-115 e *passim*.

[127] Si veda in questo senso la critica di M. RICCA, *Consuetudine/cognitudine. Appropriatezza, valore, significato*, in *I volti molteplici della consuetudine. Volume 2 – Prospettive*, a cura di G. BOMBELLI - P. HERITIER, Sesto San Giovanni, 2024, pp. 111-187.

[128] S. AUROUX, *Scrittura e grammatizzazione. Introduzione alla storia delle scienze del linguaggio*, Palermo, 1998, p. 103.

tale conoscenza è, appunto, dipendente dall'uso degli strumenti, così come strumentale sarà la sua verifica. Solo una *consuetudine* alla pratica tecnica può obliterare la differenza *significativa* che introduce il mezzo o metodo nell'esperienza e nella qualificazione del fatto: per esempio, come fatto linguistico o giuridico; ma altresì come fatto definibile e analizzabile, elemento di un ordine sistematico stabile e coerente. Per esempio, Goody ha analizzato le possibilità di pensiero aperte dallo strumento grafico della lista e della tabella, da cui l'espressione "tecnologie dell'intelletto"[129]. Non è difficile oggi pensare alla prospettiva o al cinema, come potenti tecnologie dell'intelletto, il cui portato normativo è del resto indagato dall'estetica giuridica[130]. Senza il disegno sulla sabbia, Socrate non sarebbe mai riuscito a far ricordare la duplicazione dell'area del quadrato al giovane schiavo nel *Menone*[131]. Così, l'idea stessa di obbligazione generale e astratta presuppone una cultura del testo, tolta la quale l'idea non tiene[132].
Fin dalle prime pagine della sua ricerca antropologico-giuridica, Sacco avverte: "Diritto (ius, droit, Recht, law, pravo) è una nozione che non ha un corrispondente preciso in tutte le culture [...] Dobbiamo dunque sapere della non universale presenza della categoria occidentale 'diritto'"[133]. L'avvertimento epistemologico assomiglia a quello che Lévi-Strauss pone all'inizio della sua ricerca antropologico-culturale sulla razza: "È noto, infatti, che la nozione di umanità, che include, senza distinzione di razza o di civiltà, tutte le forme della specie umana, è di apparizione assai tardiva e

[129] J. GOODY, *L'addomesticamento del pensiero selvaggio*, Milano, 1987.
[130] Vedi tra gli altri i lavori di Heritier: P. HERITIER, *Urbe-internet. Vol. 1. La rete figurale del diritto. Materiali per un ipertesto didattico*, Torino, 2003; ID., *Società post-hitleriane? Materiali didattici di antropologia ed estetica giuridica 2.0*, Torino, 2009; ID., *Estetica giuridica*, 2 voll, Torino, 2012.
[131] In un passo del *Menone* (82a-86c), Platone rappresenta un'esperienza didattica corale e pratica. Attorniati dai compagni curiosi, Socrate guida un giovane schiavo nella risoluzione di un problema geometrico: la duplicazione dell'area di un quadrato. L'obiettivo è mostrare che la conoscenza non si insegna, ma si ricorda: la reminiscenza (*anámnesis*) funge a sua volta da prova dell'immortalità dell'anima. La scena presuppone certamente una figurazione progressiva, forse sulla sabbia: attraverso tentativi, figure errate, cancellazioni, le domande di Socrate raggiungono l'obiettivo maieutico. Vedi PLATONE, *Menone*, Milano, 2016, pp. 207 e ss. Per un'analisi del ruolo indispensabile del disegno come pratica di apprendimento nel passo platonico, vedi G. CAMBIANO, *La scrittura della dimostrazione in geometria*, in *Sapere e scrittura in Grecia*, a cura di M. DETIENNE, Roma-Bari, 1989, pp. 130-131.
[132] Sulla necessita della scrittura per concepire l'astrattezza e la generalità della norma, vedi ancora J. GOODY, *La logica della scrittura e l'organizzazione della società*, Torino, 1988.
[133] SACCO, *Antropologia giuridica*, cit., p. 19.

di espansione limitata"[134]. In entrambi i casi, che sia diritto o umanità la categoria cardine della scienza, criterio di selezione dell'oggetto di ricerca, essa è dichiarata non universale proprio quando è universalmente applicata[135]. La comparazione interculturale, di cui Sacco in giurisprudenza è riferimento autorevole, mostra proprio nella ragionevolezza e nella maturità autocritica un lato oscuro e paradossale. Anche la teoria e il metodo della comparazione – da Sacco qualificata come giuridica (e non, per esempio, linguistica o religiosa o economica), proprio in virtù della categoria occidentale del diritto – non sono universalmente presenti; occorre capire se il loro sapere sia universalmente vero.

La questione della verbalizzazione non è forse distante da quella che Wittgenstein pone in un passo del *Big Typescript*: "I selvaggi hanno giochi (o perlomeno noi li chiamiamo così) per i quali non possiedono nessuna regola scritta, nessun regolamento. Immaginiamo ora l'attività di un ricercatore, che visiti i territori di queste popolazioni e stabilisca i regolamenti dei loro giochi. È del tutto analogo a ciò che fa il filosofo"[136]. E il giurista – chiediamo noi – fa qualcosa di diverso? Per esempio, il teorico del diritto rispetto alla consuetudine (ma qui dovremmo, come Wittgenstein, aprire la parentesi e aggiungere: o almeno noi la chiamiamo consuetudine). Come nota Ronchi, commentando il passo, "il gioco è anteriore alle sue regole, queste vengono dopo, sono il risultato di una ristrutturazione del gioco originario alla luce di un altro gioco che sottomette alla propria esigenza il gioco primario, mutandone radicalmente il senso"[137]. L'altro gioco è quello positivista, che appunto pone liste di regole. Esso, notiamo, è a sua volta positivizzabile solo a patto di scontare la circolarità tautologica di tale posizione.

Sacco riconosce la differenza essenziale della verbalizzazione e della scrittura occidentali rispetto alla consuetudine africana, che muta continuamente. Ciò non osta, però, alla veridicità dell'analisi specialistica rispetto alla regola muta. Questa è saputa nella sua formulazione esplicita solo dallo scienziato, eppure è eseguita automaticamente e correttamente dall'agente. Occorre capire che cosa accada alla regola univoca e alla sua istintuale applicazione quando la scienza cambia, o quando ci sono due

---

[134] C. LÉVI-STRAUSS, *Razza e storia. Razza e cultura*, Einaudi, Torino, 2002, pp- 10-11.
[135] Per una simile critica all'impostazione metodologica di Lèvi-Strauss, vedi C. SINI, *La scrittura e il debito*, in ID., *Opere*, vol. III, tomo I, Milano, 2016, pp. 353 e ss.
[136] L. WITTGENSTEIN, *The Big Typescript*, Torino, 2002, p. 424.
[137] R. RONCHI, *La scrittura della verità. Per una genealogia della teoria*, Milano, 1996, 113.

possibili spiegazioni per un medesimo fenomeno. Per stare all'esempio linguistico proposto da Sacco, è problematico spiegare con la regola muta la pratica di parola, visto il cambiamento diacronico, le diversità di registro o l'insorgenza di nuove lingue nella consuetudine del parlato. La spiegazione è invece sempre vera *ex post*, qualificando un atto linguistico come correttamente correlato ad un combinato di regole disposto *ad hoc*. Non a caso, l'esempio del diritto muto in atto come pratica in potenza funziona se si prende in considerazione – come esplicitamente invita a fare Sacco – il giudice o il consociato "medio" o "normale".

Qualificare il diritto come arte e inerte è contraddittorio. Da un lato, l'attività umana, dice Gallo, dà vita al diritto ed esso, dunque, ne dipende completamente; il diritto in sé è senz'arte: inerte appunto. Gallo lo definisce anche come strumento. Dall'altro lato, il diritto sarebbe un fare dell'uomo orientato ad uno scopo, dunque un'arte. È chiaro che Gallo intenda qui confutare la tesi del fatto normativo: solo l'uomo agisce; senza l'attore umano, non c'è alcuna opera giuridica. Tuttavia, proprio la qualifica strumentale potrebbe rivelarsi problematica rispetto all'origine esclusivamente umana del diritto. Se pensiamo all'alfabeto, visto l'esempio linguistico che Gallo propone, sarebbe piuttosto difficile stabilire quale attività umana l'abbia apprestato: l'alfabeto è il precipitato di un intreccio di pratiche e strumenti, di cui il digitale è oggi al tempo stesso un effetto e un punto di osservazione. Eppure, proprio l'atomizzazione della lingua permessa dall'alfabeto ha certo orientato la teoria del linguaggio come uso di segni proposta da Abbagnano; così come ha giocato un ruolo fondamentale nella pubblicità isonomica della legge nell'antica Grecia e a Roma – e la legge stessa, come osserva Gallo, ha *in nuce* le possibilità teoriche del positivismo giuridico[138].

Tali orientamenti nella configurazione pratica e teorica del mondo hanno, come direbbe Robilant, un portato informativo-normativo[139]. Lo strumento – per esempio, lo strumento grafico – riflette la sua forma sul

[138] Sulla pubblicità della legge isonomica, vedi per la Grecia M. DETIENNE, *La scrittura e i suoi oggetti intellettuali in Grecia*, in ID., *Sapere e scrittura in Grecia*, cit., pp. v-xxi; vedi per Roma SCHIAVONE, *Ius*, cit., pp. 86-105.

[139] La conoscenza umana è, per Robilant, descrivibile come creazione di figure. Come la pittura o la scultura, anche una teoria è una figura: essa seleziona alcuni elementi della realtà e li dispone in un ordine; la figura è un'invenzione e un'astrazione rispetto alla realtà, orienta il comportamento e l'opinione del singolo rispetto ad essa. Perciò il suo portato informativo è normativo. Vedi E. DI ROBILANT, *Diritto e selezione critica. Appunti per il corso di Filosofia del diritto 1996-1997*, Torino, 1997; ID., *Diritto, società e persona. Appunti per il corso di Filosofia del diritto 1998-1999*, Torino, 1999.

mondo: il nostro sapere rimbalza da esso e ne eredita potenzialità e limiti, che a loro volta provocano nuove esigenze. Perciò, è difficile mostrare che il diritto, come ogni elemento culturale, è prodotto e appreso dall'uomo partendo da zero. Qualsiasi mostra richiederebbe cultura, se non altro per accordarsi sulla figura di zero culturale o giuridico: una figura che direbbe più dei suoi presupposti teorici che di ciò che intende figurare. Del resto, dove inizi il diritto è arduo stabilire. Come nota Gallo, sono tante le visioni (in greco si sarebbe parlato di teorie); e porlo come *ars*, il cui fine è il *bonum et aequum*, è solo quella romana.

6. Considerazioni conclusive

Il confronto qui proposto ha mostrato le difficoltà definitorie per la teoria del diritto rispetto al concetto di consuetudine. Al contempo, è emersa la centralità del problema nell'ambito giuridico. I tre autori interpellati giungono, infatti, a posizioni tra loro inconciliabili, sì che una sintesi comune è impossibile; ma la portata della consuetudine come domanda teorica è tale da implicare un ripensamento e un riposizionamento fondamentali rispetto al diritto.

Dalle posizioni divergenti emerge un problema prospettico. Sia partendo dalla teoria generale, sia dalla comparazione antropologica, sia dalla storia classica, è colto dagli autori il rischio di un fraintendimento della consuetudine causato proprio dal punto di vista che si assume, ovvero dalla *theoria*. Che sia la sistematicità e la scientificità dell'ordinamento, o la cultura tecnica e testuale propria dell'occidente, o ancora la positivizzazione e la centralizzazione il metro di riferimento, lo sguardo sulla consuetudine ne risulta falsato.

Si potrebbe allora chiedere quale sia il fondamento di una posizione teorica, e si potrebbe cercarlo nella tradizione di pratiche e strumenti e concetti che storicamente caratterizza la nostra cultura. Per esempio, la pratica di scrittura e testualizzazione del diritto – e, oggi, la sua digitalizzazione –, senza le quali l'idea stessa di positivizzazione non sarebbe possibile. Così come la pratica testuale – con i suoi effetti e prodotti e conoscenze – è testualizzabile solo *a posteriori* e scontando la circolarità logica di tale verità, che quella stessa pratica ripete, lo stesso deve dirsi per la pratica positivistica e della sua positivizzazione, come già avanzato ad introduzione di questo percorso.

Proprio tale esito ricorsivo della domanda consuetudinaria, dall'oggetto teorico alla teoria, come riscontriamo tanto in Bobbio quanto in Sacco

quanto in Gallo, è forse inevitabile e nasconde un problema più profondo. Nel confronto con quell'oggetto sfuggente e irregolare – indisciplinato, si è detto con Gilbert – che è la consuetudine, come forma altra della normatività rispetto alla precisa e definita legge, la disciplina giuridica s'interroga sul portato informativo e normativo – nei termini già incontrati di Robilant – della sua stessa prospettiva teorica. Ciò che appare forse spiegabile proprio in termini di *consuetudo*[140].

Abstract: This paper offers a critical comparison between the theoretical positions of Bobbio, Sacco and Gallo on the subject of custom and customary law. The concept of custom leads to incompatible configurations, that reveal deeper theoretical differences regarding the law itself. The main part of the work is, then, taken up by the internal critical comparison, with some brief notes for reflection. The position of the problem of custom in legal theory affects the discipline's very assumptions and methods, precisely because of the definitional problems it raises. Hence the strictly philosophical interest of the research.

Keywords: Custom – theory – law – Bobbio – Sacco – Gallo.

[140] Per uno sviluppo metateorico della domanda consuetudinaria in filosofia del diritto, si rimanda a BELTRAMO, *Consuetudine e teoria*, cit.