

Lorenzo Passerini Glazel

Le realtà della norma, le norme come realtà

Saggio di filosofia del diritto

ISSN 2283-7132
ISBN 978-88-7916-934-9

Copyright 2020

LED Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto
Via Cervignano 4 - 20137 Milano
www.lededizioni.com - www.ledonline.it

I diritti di riproduzione, memorizzazione elettronica e pubblicazione con qualsiasi mezzo analogico o digitale (comprese le copie fotostatiche e l'inserimento in banche dati) e i diritti di traduzione e di adattamento totale o parziale sono riservati per tutti i paesi.

Questo volume è stato pubblicato
con il contributo del Dipartimento di Giurisprudenza
dell'Università degli Studi di Milano - Bicocca

In copertina:
Chiara Bonomi, *L'inseguimento*, 2020.

Videoimpaginazione: Paola Mignanego
Stampa: Logo

NOMOLOGICA

Collana di studi e testi fondata da Amedeo Giovanni Conte e Paolo Di Lucia

DIREZIONE

Amedeo Giovanni Conte † (*Accademia Nazionale dei Lincei, Roma*)

Paolo Di Lucia (*Università degli Studi di Milano*)

COMITATO SCIENTIFICO

Pedro S. Alves (*Universidade de Lisboa*)

Paul Amserek (*Université Panthéon-Assas Paris II*)

Giampaolo Azzoni (*Università degli Studi di Pavia*)

Gaetano Carcaterra (*Sapienza - Università di Roma*)

Stefano Colloca (*Università degli Studi di Pavia*)

Roberta De Monticelli (*Università Vita-Salute San Raffaele, Milano*)

Francesca De Vecchi (*Università Vita-Salute San Raffaele, Milano*)

Luigi Ferrajoli (*Università degli Studi Roma Tre*)

Vincenzo Ferrari (*Università degli Studi di Milano*)

Edoardo Fittipaldi (*Università degli Studi di Milano*)

Giuseppe Lorini (*Università degli Studi di Cagliari*)

Lorenzo Passerini Glazel (*Università degli Studi di Milano - Bicocca*)

Lothar Philipps † (*Ludwig-Maximilians-Universität München*)

Matjaž Potrč (*Univerza v Ljubljani, Slovenia*)

Pascal Richard (*Université de Toulon*)

Corrado Roversi (*Alma Mater Studiorum - Università di Bologna*)

Seppo Sajama (*Joensuun Yliopisto, Finlandia*)

Ignasi Terradas Saborit (*Universitat de Barcelona*)

Giovanni Ventimiglia (*Universität Luzern / Facoltà di Teologia di Lugano*)

Wojciech Żelaniec (*Uniwersytet Gdański, Polonia*)

Le opere presentate al Comitato scientifico per la pubblicazione nella Collana sono sottoposte in forma anonima ad almeno due revisori esterni.

SOMMARIO

<i>Premessa</i>	9
1. Le norme come realtà	15
1.1. Un mondo di norme (p. 15) – 1.2. Le norme come entità non-linguistiche (p. 19) – 1.2.1. Norma <i>vs.</i> espressione linguistica della norma (p. 19) – 1.2.2. Diritto muto in Rodolfo Sacco (p. 19) – 1.2.2.1. Non-equivalenza di ‘non-verbale’ e ‘non-verbalizzato’ (p. 21) – 1.2.2.2. Non-correlatività di verbalizzazione e verbalità (p. 21) – 1.2.2.3. Codici normativi non-linguistici (p. 22) – 1.2.3. Due tesi negative sul rapporto tra norme e linguaggio (p. 23) – 1.3. Le norme come entità linguistiche (p. 24)	
2. I referenti della parola ‘norma’	27
2.1. Che cos’è una norma? (p. 27) – 2.2. Il problema del significato del termine ‘norma’ (p. 28) – 2.3. Il problema dei referenti del termine ‘norma’ (p. 30) – 2.4. Sette referenti del termine ‘norma’ (p. 33) – 2.4.1. Norma come <i>enunciato</i> deontico (p. 33) – 2.4.2. Norma come <i>enunciazione</i> deontica (p. 34) – 2.4.3. Norma come <i>proposizione</i> deontica (p. 35) – 2.4.4. Norma come <i>status</i> deontico o <i>stato-di-cose</i> deontico (p. 36) – 2.4.5. Norma come <i>noema</i> deontico (p. 41) – 2.4.6. Norma come <i>comportamento</i> deontico: il comportamento esemplare (p. 43) – 2.4.7. Norma come <i>oggetto</i> deontico (p. 44)	
3. Il concetto di “norma” nella teoria pura del diritto di Hans Kelsen	45
3.1. L’ambivalenza dell’uso del termine ‘norma’ nella teoria pura del diritto (p. 46) – 3.2. Due distinte domande sulla norma nella teoria pura del diritto (p. 47) – 3.3. Tre livelli di interpretazione della norma: livello semantico, livello pragmatico soggettivo, livello normativo oggettivo (p. 49) – 3.4. L’esistenza ideale della norma come validità (p. 51)	
4. Norme pensate, rappresentazioni di norme ed esperienza normativa	55
4.1. Norme pensate e rappresentazioni di norme in Hans Kelsen e in Max Weber (p. 56) – 4.1.1. Norme meramente pensate in Hans Kelsen (p. 56) – 4.1.2. <i>Normvorstellung</i> e operanza di norme in Hans Kelsen e in Max Weber (p. 59) – 4.2. L’analisi dell’esperienza normativa in Leon Petrażycki (p. 61) – 4.2.1. Esperienza normativa e fantasmi emozionali in Petrażycki (p. 64) – 4.2.2. L’inferenza per analogia di norme operanti nella coscienza di altri e l’idiotismo giuridico assoluto (p. 66) – 4.3. Noesi deontica e noesi non-deontica di noemi deontici: norme vissute e norme conosciute (p. 67) – 4.4. Noemi deontici nel diritto statuito, nel diritto intuitivo, nel diritto spontaneo, nel diritto vissuto (p. 70)	
5. La reazione alla violazione della norma: dal nomotropismo al nomotrofismo	73
5.1. Agire nomotropico (p. 74) – 5.2. Agire nomotrofico (p. 76) – 5.3. La valenza nomotrofica della vendetta (p. 78) – 5.4. La valenza nomotrofica	

del perdono (p. 79) – 5.5. Le presupposizioni della vendetta e del perdono (p. 80) – 5.6. Specificità del perdono come forma di reazione alla violazione d'una norma (p. 82)	
6. Impronte di norme: l'inferenza di norme dall'azione	85
6.1. Regolarità deontica <i>vs.</i> regolarità adeontica (p. 86) – 6.2. Indizi di norme (p. 87) – 6.3. Inferibilità di criptòtipi (p. 88) – 6.3.1. L'opacità semantica del comportamento conforme ad una norma (p. 88) – 6.3.2. Il concetto di "criptòtipo" in Rodolfo Sacco: tre esempi di nomotropismo inconsapevole (p. 90) – 6.3.3. Un metodo per l'inferenza di criptòtipi: la comparazione giuridica (p. 90) – 6.4. La salienza epistemologica del comportamento nomotrofico (p. 92)	
7. Il farsi e il disfarsi delle norme	95
7.1. Desuetudine: il muto disfarsi delle norme (p. 95) – 7.2. Agire nomotrofico e genesi della consuetudine (p. 98) – 7.2.1. Cinque ragioni di complessità del fenomeno della consuetudine (p. 98) – 7.2.2. Il luogo della norma consuetudinaria nel giuspositivismo volontaristico (p. 101) – 7.2.2.1. Il problema del rapporto tra norma consuetudinaria e linguaggio (p. 101) – 7.2.2.2. Il problema del rapporto tra norma consuetudinaria e volontà (p. 104) – 7.2.3. Il ruolo della volontà nella formazione della norma consuetudinaria (p. 105)	
<i>Riferimenti bibliografici</i>	111
<i>Indice dei nomi</i>	125

Ad Amedeo Giovanni Conte,
in memoriam

PREMESSA

“Ciò che è noto, proprio perché è noto, non è conosciuto”¹.

Tra i fenomeni ai quali si addicono queste parole di Hegel vi sono indubbiamente le norme. Poche cose ci sono più note delle norme: i nostri comportamenti e le nostre relazioni con gli altri sono quotidianamente condizionati da norme, e la struttura stessa delle nostre società è intessuta di norme.

In molti casi si può non essere d'accordo su quali norme siano più giuste o più opportune in un determinato contesto sociale. Ma proprio il fatto che ci battiamo per difendere alcune norme o per opporci ad altre è un'ulteriore testimonianza dell'importanza che le norme hanno nelle nostre vite.

Se, tuttavia, ci domandiamo che cosa sia una norma, ci accorgiamo che è difficile trovare una risposta precisa, univoca e condivisa.

Anche nell'ambito delle scienze normative, delle scienze, cioè, che hanno specificamente ad oggetto norme, come l'etica, la scienza del diritto e la scienza politica, non v'è una definizione univoca di che cosa sia una norma.

Ciò che colpisce maggiormente in relazione alla determinazione del concetto di “norma” è il fatto che, tra i diversi autori e tra le diverse discipline che hanno ad oggetto norme, non v'è accordo nemmeno su quale tipo di entità le norme siano, su quale sia il loro modo di esistenza.

È dalla constatazione di questo disaccordo che nasce la ricerca presentata in questo volume. Scopo del volume non è, tuttavia, risolvere il disaccordo per offrire una risposta univoca e definitiva alla domanda “Che cos'è una norma?”, ma è piuttosto cercare di comprendere e di illuminare le ragioni del disaccordo. Queste ragioni sono almeno in parte da ricondurre al fatto che le norme sono fenomeni complessi che intersecano ordini di realtà differenti: quando parliamo di norme, a volte ci riferiamo a fenomeni linguistici, altre volte a fenomeni psicologici o a entità di pensiero, altre volte ancora ad entità sociali, per citare soltanto alcuni dei fenomeni che di volta in volta chiamiamo “norme”.

Questo fatto comporta che le norme vengano indagate da una pluralità di scienze e di prospettive differenti che muovono da presupposti teorici e metodologici eterogenei e irriducibili.

¹ Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Prefazione alla Fenomenologia dello spirito* (G.W.F. Hegel [1807] 1973, p. 25 [31]).

La filosofia del diritto è forse la scienza che più di ogni altra si è interrogata sullo statuto ontologico delle norme; ma anche nell'ambito della filosofia del diritto vi sono concezioni delle norme contrastanti e irriducibili. Uno degli aspetti che caratterizza gli ordinamenti giuridici moderni è la stretta relazione che sussiste tra norme e linguaggio. Questa stretta relazione ha indotto molti autori a considerare le norme come entità linguistiche, o come il correlato di entità linguistiche, nelle quali si manifesta una specifica volontà "nomothetica", ossia la volontà di statuire norme.

Ma questa concezione delle norme non sembra adeguata a rendere conto degli ordinamenti normativi a base consuetudinaria, né pare adeguata a render conto di altri sistemi non giuridici di norme, come i sistemi morali, o i sistemi delle norme di etichetta e di cortesia, nei quali è difficile pensare che l'origine di ogni norma possa essere ricondotta ad un atto linguistico volontario di statuizione normativa.

Il primo capitolo di questo volume (*Le norme come realtà*) muove dall'ipotesi che, pur non essendo entità materiali direttamente percepibili con i sensi, le norme non siano tuttavia un "nulla". Come sottolineano Paul Amselek e Ota Weinberger, le norme, anche quando siano intese come entità "ideali" (nel senso del tedesco *ideell*, non del tedesco *ideal*), mostrano dei "punti di contatto" con la realtà materiale, e in virtù del fatto che esse hanno specifiche coordinate temporali ed incidono sui nostri comportamenti e sulla realtà sociale, esse possono essere considerate entità "reali". Questo primo capitolo si chiude mettendo in evidenza il contrasto tra concezioni linguistiche e concezioni non-linguistiche delle norme, con particolare riferimento alle norme giuridiche.

Il secondo capitolo (*I referenti della parola 'norma'*) propone un modo nuovo di affrontare il problema di che cosa siano le norme, un modo inaugurato dalle ricerche di Amedeo G. Conte sui possibili referenti della parola 'norma'. Conte ha osservato che la domanda "Che cos'è una norma?" muove dalla falsa presupposizione che il termine 'norma' designi un'unica specie di entità². Questa presupposizione è falsa perché sono almeno cinque, secondo Conte, i possibili referenti della parola 'norma', ossia le specie di entità designate dal termine 'norma'. Ai cinque referenti di Conte se ne possono aggiungere, pur senza pretesa di esaustività, almeno altri due.

L'atteggiamento teorico più comune di fronte a questa pluralità di referenti di 'norma' consiste nell'affermare che solo uno di questi referenti può legittimamente essere chiamato "norma", mentre gli altri usi della parola 'norma' non sarebbero che usi equivoci o metonimici. A me pare necessario, invece, adottare un atteggiamento teorico differente, che consiste nel tener conto delle diverse forme di realtà che si intersecano nella nostra esperienza di quei fenomeni complessi che chiamiamo "norme". In questa

² Conte 2007; 2012.

prospettiva, ognuno dei sette possibili referenti della parola ‘norma’ richiede di essere indagato muovendo da presupposti teorici e metodologici specifici, che legittimamente illuminano aspetti diversi del fenomeno delle norme. Le differenti ricerche sulle norme si rivelano in questo modo ad un tempo incommensurabili e complementari: questa mappa metateorica dei diversi fenomeni che chiamiamo “norme” consentirà da un lato di tenere i fenomeni distinti, ma consentirà dall’altro lato di indagarne le possibili relazioni.

Il terzo capitolo (*Il concetto di “norma” nella teoria pura del diritto di Hans Kelsen*) propone una ricostruzione di che cosa intenda per “norma” Hans Kelsen, uno dei più autorevoli sostenitori del “normativismo”, ossia di quella concezione per la quale il diritto è un insieme di norme. Alla teoria pura del diritto di Kelsen è stato più volte contestato l’uso ambiguo o ambivalente del concetto di “norma”: secondo Luigi Ferrajoli, per esempio, Kelsen non distingue in modo coerente e rigoroso tra l’atto di normazione e la norma come prodotto dell’atto di normazione³. Mostrerò che per comprendere il concetto kelseniano di “norma” è necessario distinguere due domande differenti che sono sottese alla teoria kelseniana delle norme giuridiche e tre livelli di interpretazione della norma. Le due domande sono, rispettivamente: “Che cosa è una norma?” e “Che cosa ha senso di norma entro un ordinamento giuridico?”. I tre livelli di interpretazione sono il livello *semantico* dell’interpretazione del significato linguistico, il livello *pragmatico* dell’interpretazione della funzione soggettiva dell’atto di normazione, e il livello *normativo* dell’interpretazione *attraverso* norme, che sola può attribuire all’atto di normazione lo specifico senso *oggettivo* di norma.

Nel quarto capitolo (*Norme pensate, rappresentazioni di norme ed esperienza normativa*) metterò in luce la fecondità di uno dei concetti più originali introdotti da Conte nella sua distinzione dei referenti del termine ‘norma’: il concetto di “noema deontico”. Il concetto di “noema deontico”, o di “idea di una norma”, può sembrare a prima vista un concetto residuale nell’ambito della teoria del diritto. Lo stesso Conte si è limitato a fornire due esempi di questo concetto senza svilupparne un’indagine approfondita. A me pare, invece, che il concetto di “noema deontico” meriti di essere ulteriormente approfondito nelle ricerche sulle norme. Da un lato, infatti, questo concetto è fecondo in sede ermeneutica, per interpretare lo stesso concetto kelseniano di “norma fondamentale” nell’ambito della teoria dell’ordinamento normativo. Dall’altro lato, attraverso il concetto di “noema deontico” è possibile sviluppare una fondamentale intuizione, presente in Kelsen e in Max Weber, che riguarda i rapporti tra norma e azione nella teoria dell’efficacia, o meglio dell’operanza, delle norme sul

³ Cfr. L. Ferrajoli 2016, pp. 89-96.

comportamento: ad essere operante sul comportamento non è direttamente la norma in quanto entità che fa parte di un ordinamento, ma è piuttosto la rappresentazione (il noema deontico) che della norma si fa colui che agisce in funzione di essa.

Questa intuizione mi ha portato ad indagare il fenomeno dell'“esperienza normativa” facendo riferimento, in particolare, alla approfondita analisi condotta, agli inizi del Novecento, dal filosofo del diritto russo-polacco Leon Petrażycki. Per Petrażycki l'esperienza normativa è una specifica esperienza cognitivo-emozionale che consiste nella rappresentazione di un comportamento alla quale è connessa un'emozione di appulsione o di repulsione. Io suggerirò, attraverso una lettura in chiave fenomenologica della teoria dell'esperienza normativa di Petrażycki, che accanto ad un'esperienza propriamente normativa (noesi deontica) sia necessario distinguere un'esperienza non specificamente normativa (noesi non-deontica) del noema deontico. Solo attraverso questa distinzione è, infatti, possibile rendere conto di quelle forme dell'agire in funzione di una norma che non sono riconducibili all'adempimento: è il caso, per esempio, del comportamento del ladro che agisce celando la propria azione in quanto essa è sanzionata dalle norme del codice penale, o del baro che paradossalmente agisce in funzione di quelle regole del gioco alle quali egli non conforma la propria azione.

Il comportamento di chi agisce in funzione di una norma senza tuttavia adempiere a quella norma è stato recentemente indagato, nell'ambito della teoria dell'operanza di norme, da Amedeo G. Conte e da Paolo Di Lucia attraverso il concetto di “nomotropismo”. Nel *quinto* capitolo (*La reazione alla violazione della norma: dal nomotropismo al nomotrofismo*), dopo aver illustrato il concetto di “nomotropismo”, indagherò, tra le diverse forme di “agire nomotropico” (con la ‘p’), ciò che ho proposto di chiamare “agire nomotrofico” (con la ‘f’), ossia il comportamento di colui che reagisce alla violazione di una norma per impedire che la ripetuta violazione di essa possa far venir meno la norma. Esaminerò due casi particolari di agire nomotrofico: la vendetta e il perdono. Esaminando le analoghe presupposizioni della vendetta e del perdono, mostrerò che tanto la vendetta quanto il perdono sono forme di agire nomotrofico, quantunque esse possano avere effetti differenti sul piano delle relazioni sociali.

Nel *sesto* capitolo (*Impronte di norme: l'inferenza di norme dall'azione*) metterò in evidenza il ruolo che l'agire nomotrofico può svolgere nella *conoscenza* di norme, e in particolare nell'inferenza di norme dall'azione. Le reazioni alla violazione di una norma possono costituire un indizio particolarmente significativo nell'ambito dei ragionamenti abduttivi attraverso i quali si possono inferire norme dall'osservazione del comportamento. Questo indizio assume un rilievo particolare nell'ambito delle indagini sulle norme consuetudinarie e su ciò che Rodolfo Sacco ha chiamato il “diritto muto”.

Nel *settimo* ed ultimo capitolo (*Il farsi e il disfarsi delle norme*) indagherò, infine, la possibile rilevanza dell'agire nomotrofico sul piano dell'*esistenza* delle norme. Da un lato, infatti, il concetto stesso di "agire nomotrofico" è correlato all'idea che le norme possano atrofizzarsi e venire meno per desuetudine: è proprio per evitare il cadere in desuetudine di una norma che è necessario che vi sia una reazione nomotrofica alla reiterata violazione di essa. Ma dall'altro lato, mi domanderò se l'agire nomotrofico possa incidere sul piano dell'esistenza delle norme anche contribuendo al formarsi di una consuetudine. Nell'agire nomotrofico si manifesta, infatti, una particolare forma di volontà normativa che, pur non essendo equiparabile alla volontà "nomothetica" che caratterizza gli atti formali di produzione di norme, consiste nondimeno nella volontà di far valere e di mantenere ferma una norma preesistente o, in alcuni casi, nella volontà di indurre a far rispettare una norma inedita che viene proposta per la prima volta proprio attraverso la reazione nomotrofica.

Non mi è possibile ringraziare qui singolarmente tutte le persone con le quali ho avuto la fortuna e il piacere di discutere i temi che sono sviluppati in questo volume. Un ringraziamento particolare va, tuttavia, a Paolo Di Lucia, che ha letto e commentato più volte il manoscritto del volume e mi ha aiutato in più occasioni a chiarire alcuni dei punti concettualmente più complessi della mia ricerca. Ringrazio, inoltre, Giuseppe Lorini, con il quale ho condiviso alcune delle prime fasi di questo percorso di ricerca, e Edoardo Fittipaldi, per avermi introdotto al pensiero di Leon Petrażycki ed averlo reso accessibile in un contesto internazionale. Ringrazio, ancora, Wojciech Żelaniec, Luigi Ferrajoli, Mario G. Losano, Roberta De Monticelli, Francesca De Vecchi, Silvana Borutti, Michele Prandi, Andrea Rossetti, Marco Q. Silvi, Olimpia Loddo, Pascal Richard, Paul Amselek, Ignasi Terradas Saborit, Pedro Alves e Tecla Mazzaresse, per il profondo dialogo scientifico ed umano che costituisce il terreno fertile in cui questa e altre ben più importanti ricerche possono avere origine e svilupparsi.

Ringrazio anche i due revisori anonimi per i loro commenti ad una prima stesura del volume.

Ma il ringraziamento indubbiamente più importante va ad Amedeo Giovanni Conte, senza la cui guida le ricerche presentate in questo volume non sarebbero state possibili. Alla fecondità delle sue categorie, e alla capacità che esse hanno di dischiudere nuove prospettive di ricerca, convengono le parole di Rainer Maria Rilke che egli amava spesso citare: "*An hundert / Stellen ist es noch Ursprung*" ("In cento / luoghi è ancora origine").

Ringrazio, infine, Erica, Andrea e Francesco, per aver rispettato e reso sereni, anche in un periodo difficile, i tempi del mio lavoro.

Lussinpiccino, 25 giugno 2020

1.

LE NORME COME REALTÀ

SOMMARIO: 1.1. Un mondo di norme – 1.2. Le norme come entità non-linguistiche – 1.2.1. Norma *vs.* espressione linguistica della norma – 1.2.2. Diritto muto in Rodolfo Sacco – 1.2.2.1. Non-equivalenza di ‘non-verbale’ e ‘non-verbalizzato’ – 1.2.2.2. Non-correlatività di verbalizzazione e verbalità – 1.2.2.3. Codici normativi non-linguistici – 1.2.3. Due tesi negative sul rapporto tra norme e linguaggio – 1.3. Le norme come entità linguistiche.

Le parole non arrivano a dir l'essenza delle cose; né tutte le cose hanno la loro propria voce.

Tommaso Campanella ¹

1.1. UN MONDO DI NORME

“La nostra vita si svolge in un mondo di norme”, osservava Bobbio all’inizio del suo corso dedicato alla *Teoria della norma giuridica* pubblicato nel 1958; “siamo avvolti”, proseguiva Bobbio, “in una fittissima rete di regole di condotta, che dalla nascita sino alla morte dirigono in questa o in quella direzione le nostre azioni” ².

L’osservazione di Bobbio può essere condivisa da ciascuno di noi. Ogni giorno, infatti, noi agiamo in funzione di una pluralità di regole e di norme di vario genere: norme etiche, norme giuridiche, norme culturali, norme dell’etichetta, norme igieniche, norme della buona educazione, regole dei giochi, ricette, regole tecniche, e così via.

Tra queste norme, ve ne sono alcune che ci vietano di tenere determinati comportamenti, altre che ci obbligano a tenerne altri; alcune norme stabiliscono dei requisiti per la validità di determinati atti, altre, come le regole dei giochi, creano la possibilità stessa di giocare a giochi che senza di esse sarebbero impossibili e impensabili; alcune norme ci danno istru-

¹ Tommaso Campanella, *Poesie filosofiche*, pubblicate per la prima volta in Italia da Gio. Gaspare Orelli, Lugano, Giuseppe Ruggia & C., 1834, *Proemio*, p. 1n.

² Il volume di Bobbio *Teoria della norma giuridica* (Torino, Giappichelli, 1958) è ora raccolto, insieme ad un successivo corso sulla *Teoria dell’ordinamento giuridico* (Torino, Giappichelli, 1960) in N. Bobbio 1993. Il passo qui citato si trova a pagina 3 dell’edizione del 1993.

zioni su come conseguire un determinato risultato (per esempio, montare un mobile o avviare un elettrodomestico), altre stabiliscono convenzionalmente le condizioni che è necessario soddisfare per poter conseguire altri tipi di risultato (ad esempio, per partecipare a un concorso). Tra tutte queste norme, alcune limitano le nostre possibilità d'azione, altre creano nuove possibilità d'azione; alcune norme e regole (come le norme del codice della strada che impongono di guidare tenendo la destra) vertono su entità e comportamenti che esistevano prima che quelle norme e regole venissero ad esistenza, altre, invece (come la norma che ha istituito la provincia di Monza e Brianza) danno origine a entità o comportamenti istituzionali che vengono ad esistenza soltanto grazie a quelle norme.

Il mondo in cui viviamo ci appare, dunque, come un paesaggio in cui vi sono non soltanto una pluralità di entità materiali e di esseri viventi, ma anche una pluralità di norme e di regole³. E queste norme e regole condizionano i nostri comportamenti, le nostre scelte e le nostre vite almeno al pari degli elementi del paesaggio materiale.

Ma che cosa sono le norme e le regole che incontriamo nei diversi paesaggi normativi in cui viviamo⁴? Che tipo di entità sono le norme e le regole? Qual è il loro modo di esistenza? Qual è il loro statuto ontologico?

Se riconosciamo che le norme e le regole condizionano i nostri comportamenti, le nostre scelte e le nostre vite, non è privo di senso ipotizzare che le norme e le regole abbiano una qualche realtà, che esse non siano un nulla, un *Nichts*⁵.

Ma se le norme hanno una realtà, di che tipo di realtà si tratta?

Il filosofo del diritto ceco Ota Weinberger, in un saggio intitolato *La norma come pensiero e come realtà* ([1970] 2012), osserva che le norme non sono entità materiali che possano essere direttamente o indirettamente percepite coi sensi⁶. Analogamente, il filosofo del diritto francese Paul Amssek, nel saggio *Le regole giuridiche come oggetti mentali* ([1993] 2012), osserva che le regole “sfuggono completamente al nostro apparato percettivo [...] in virtù del principio stesso della loro ontologia”⁷ e che “per quanti progressi possano fare i nostri mezzi di percezione, per quanto possano essere perfezionati i nostri microscopi, noi non ‘vedremo’ mai

³ Non esiste una distinzione univoca e universalmente riconosciuta tra ciò che chiamiamo ‘norme’ e ciò che chiamiamo ‘regole’. Ai fini dell’indagine che presento in questo volume (un’indagine che verte non sulla distinzione di diversi tipi di norme o di regole, ma sulla distinzione di diversi possibili referenti del termine ‘norma’) non è necessario stabilire una specifica distinzione.

⁴ *Shaping the Normative Landscape (Plasmare il paesaggio normativo)* è il titolo di un recente libro di David Owens (2012).

⁵ Paolo Di Lucia (2011) si domanda, nell’ambito della teoria delle entità sociali, se le entità che sono nulle (*nichtig*) siano forse un nulla (*Nichts*).

⁶ Cfr. O. Weinberger [1970] 2012, pp. 27-28. Cfr. anche O. Weinberger 1986.

⁷ P. Amssek [1993] 2012, p. 41.

delle regole – non più di quanto possiamo vedere delle idee o altri oggetti mentali”⁸.

Il fatto, però, che le norme e le regole non siano entità direttamente percepibili coi sensi *non* implica, secondo Amselek e Weinberger, che esse siano prive di realtà.

Per Amselek, che si ispira da un lato al metodo fenomenologico di Edmund Husserl e dall’altro lato al razionalismo critico di Karl Popper, le regole, pur essendo “costituite di pensiero” (*constituées en pensée*) ed appartenendo pertanto al mondo dell’intelligibile, sono “molto reali”, proprio in quanto esse “incidono sui nostri comportamenti, sui nostri modi di vivere, sulle nostre relazioni sociali”. “Non per nulla”, osserva Amselek, “ci si batte per esse, per produrle, per renderle vigenti, per riformarle”⁹.

Anche per Weinberger, così come per Amselek, la norma è un pensiero (*Gedanke*), ed appartiene dunque alla sfera delle “entità ideali”, delle *ideelle Entitäten*¹⁰. È tuttavia necessario distinguere, secondo Weinberger, il caso in cui il “pensiero della norma” è considerato come mera struttura di senso su un piano puramente logico, facendo astrazione da ogni concreto processo mentale, e il caso in cui, invece, l’essere ideale (*ideelles Sein*) della norma ha dei punti di contatto con la realtà materiale. Secondo Weinberger, i punti di contatto tra l’essere ideale della norma e la realtà materiale consistono:

- (i) nei cosiddetti atti (*Akte*), cioè in “eventi materialmente concreti di contenuto ideale”, come gli atti psichici, gli atti conoscenza, gli atti di volontà;
- (ii) nel fatto che anche alle entità ideali possono sensatamente essere attribuite delle coordinate temporali, ossia una determinazione temporale della loro esistenza¹¹.

La norma posta dal legislatore non è una mera struttura di pensiero astratta, ma è considerata come posta o voluta da un determinato soggetto e come valida entro determinate coordinate temporali.

In questo caso, la norma è allora, per Weinberger, una *realtà*, e questa realtà si manifesta in almeno quattro momenti:

⁸ P. Amselek [1993] 2012, p. 41.

⁹ P. Amselek [1993] 2012, pp. 42-43.

¹⁰ La lingua tedesca ha due aggettivi distinti che corrispondono all’aggettivo italiano ‘ideale’. Il primo termine, ‘*ideell*’, è un termine dell’*ontologia*, e significa “che concerne le idee, che appartiene alla sfera del pensiero”; il secondo termine, ‘*ideal*’, è un termine dell’*axiologia*, e significa “che corrisponde ad un modello di perfezione”. Il termine usato da Weinberger è qui ‘*ideell*’ ([1970] 2012, p. 31). Sulla distinzione tra il senso (ontologico) di ‘*ideell*’ e il senso (axiologico) di ‘*ideal*’, cfr. anche H. Kelsen [1979] 1985, p. 291.

¹¹ Come ricorda Carla Faralli, l’appartenenza ad un “contesto spazio-temporale” è uno dei tre punti della tesi della realtà di Axel Hägerström (cfr. C. Faralli 1987, pp. 32-42).

- (i) la realtà della norma si manifesta, in primo luogo, nel fatto che la norma “vive nella coscienza umana come un’esperienza vissuta di dover-essere” (*Soll-Erlebnis*) o come “conoscenza del dover essere” (*Soll-Wissen*);
- (ii) la realtà della norma si manifesta, in secondo luogo, nel fatto che essa “opera [*wirkt*] sul comportamento umano come elemento motivante”;
- (iii) la realtà della norma si manifesta, in terzo luogo, nel fatto che essa “sta in stretto rapporto con l’esistenza di istituzioni sociali come le autorità amministrative, i tribunali, gli organi legislativi”;
- (iv) la realtà della norma si manifesta, in quarto luogo, nel fatto che “i comportamenti conformi o difformi rispetto alle norme producono conseguenze sociali positive o negative”, e in particolare nel fatto che la società “reagisce alle trasgressioni della norma”¹².

Weinberger sviluppa, attraverso un approccio evidentemente fenomenologico, una tesi già presente nel normativismo di Hans Kelsen: la tesi della natura ideale (nel senso del tedesco *ideell*, non del tedesco *ideal*) delle norme¹³. D’altra parte, Kelsen mostra un’affinità con il punto di vista fenomenologico in un passo della *Dottrina pura del diritto* del 1934 nel quale egli, pur specificando che la “dottrina pura del diritto, come specifica scienza giuridica, non rivolge la propria attenzione alle norme giuridiche considerate come fatti di coscienza, né alla volizione o alla rappresentazione di queste”, afferma tuttavia che essa rivolge invece la propria attenzione “alle norme giuridiche come contenuti di senso *voluti o rappresentati* [*als – gewollte oder vorgestellte – Sinngehalte*]”¹⁴, e dunque non in quanto considerati meramente in astratto. Da un lato, dunque, Kelsen rivendica l’autonomia della prospettiva normativistica propria della teoria pura del diritto¹⁵ rispetto alle indagini della psicologia e della sociologia; dall’altro lato, tuttavia, rivela un’influenza di matrice fenomenologica nella precisazione che le norme sono considerate come contenuti di senso “voluti o rappresentati”.

¹² O. Weinberger [1970] 2012, p. 35.

¹³ Cfr. H. Kelsen [1979] 1985, p. 291.

¹⁴ H. Kelsen [1934] 2000, pp. 54-55, traduzione modificata.

¹⁵ Amedeo Giovanni Conte, nella voce *Normativismo* dell’*Enciclopedia filosofica* della Fondazione Centro studi filosofici di Gallarate (A.G. Conte 2006b, pp. 7949-7950), definisce “normativismo” l’atteggiamento filosofico “di chi, nella sua ricerca, privilegi il momento *normativo* e del momento *normativo* rivendichi la priorità o il primato”. Conte, che considera la dottrina pura del diritto di Kelsen il massimo documento filosofico di questo atteggiamento, distingue tre declinazioni del normativismo: normativismo assiomatico, normativismo noetico e normativismo dianoetico. A queste tre declinazioni del normativismo è forse però opportuno aggiungerne una quarta, il normativismo trascendentale, anch’esso caratteristico della dottrina pura del diritto: secondo il normativismo trascendentale, la conoscenza *delle* norme giuridiche non può che essere conoscenza *attraverso* norme giuridiche.

1.2. LE NORME COME ENTITÀ NON-LINGUISTICHE

1.2.1. Norma vs. espressione linguistica della norma

Molte delle norme e delle regole che popolano i nostri paesaggi normativi vengono create e comunicate attraverso il linguaggio.

Tuttavia, tanto Amselek quanto Weinberger sottolineano che le norme come entità mentali o di pensiero non possono essere ridotte alle entità linguistiche attraverso le quali esse sono create o espresse.

Amselek richiama un passo delle *Ricerche filosofiche* ([1953] 2017) di Ludwig Wittgenstein nel quale Wittgenstein afferma che “tra il comando (*Befehl*) e la sua esecuzione (*Ausführung*) c’è un abisso”, e che “il comando – non sono che suoni, segni d’inchiostro”¹⁶. I segni linguistici, secondo Amselek, sono indispensabili per *comunicare* le norme, ma essi *non sono* le norme.

Anche Weinberger precisa che “non bisogna confondere l’esistenza dell’espressione normativa [*Normausdruck*] con la realtà della norma [...], poiché la norma può essere realmente valida [*real gelten*] anche senza essere espressamente formulata” – come nel caso della consuetudine – e dall’altro lato “può ben esservi un’espressione normativa priva di validità”¹⁷.

È vero che per Weinberger “in via di principio si deve presumere che una norma (se essa è chiaramente compresa) possa sempre essere espressa linguisticamente”¹⁸; ma norma ed espressione linguistica della norma non sono la stessa cosa, e possono esserci norme che non sono formulate linguisticamente¹⁹.

1.2.2. Diritto muto in Rodolfo Sacco

Tra gli autori che hanno maggiormente insistito sulla non necessaria correlazione tra norme e linguaggio, e in particolare tra norme giuridiche e lin-

¹⁶ L. Wittgenstein [1953] 2017, § 431.

¹⁷ O. Weinberger [1970] 2012, p. 33.

¹⁸ O. Weinberger [1970] 2012, p. 28. Questa tesi di Weinberger rievoca il “principio di esprimibilità” (*principle of expressibility*) enunciato da John R. Searle ([1969] 1992, § 1.5, pp. 44-46): “Tutto ciò che si può voler dire può essere detto [*Whatever can be meant can be said*]”.

¹⁹ La distinzione tra norma ed espressione linguistica della norma è stata tracciata in modo molto efficace anche da Theodor Geiger. Geiger sostiene una tesi analoga a quelle di Amselek e di Weinberger: “bisogna distinguere tra la norma stessa [*die Norm selbst*] e la sua espressione verbale [*verbaler Ausdruck*], [...] tra norma in senso proprio o norma sussistente [*subsistente Norm*] e enunciato normativo [*Normsatz*]”. Anche per Geiger, infatti, “la norma stessa può sussistere anche senza l’involucro dell’enunciato”, così come “non ad ogni enunciato della forma grammaticale di un enunciato normativo corrisponde una norma sussistente” (Th. Geiger [1947/1964] 2018, pp. 139, 143, traduzione modificata).

guaggio, v'è certamente il giurista e comparatista Rodolfo Sacco. Sacco ha introdotto nell'ambito delle ricerche di antropologia del diritto e di diritto comparato due concetti particolarmente fecondi per l'indagine dei fenomeni normativi non-linguistici: il concetto di "diritto muto" e il concetto (originariamente proposto dal linguista americano Benjamin Lee Whorf) di "criptotipo" (o "crittotipo")²⁰.

I criptotipi sono, nella definizione di Sacco, "regole che l'uomo pratica senza esserne pienamente consapevole", "regole che esistono e sono rilevanti, ma che l'operatore non formula (e che, anche volendo, non saprebbe formulare)"²¹.

Le ricerche di Sacco illuminano (almeno) tre tipi distinti di fenomeni giuridici muti:

- (i) Gli elementi *non-verbali* operanti in un sistema giuridico (che conosca o che non conosca la verbalità, e che sia operante in presenza o in assenza di linguaggio).
Tre esempi: l'atto muto dell'occupazione, l'atto muto della derelizione, i criptotipi.
- (ii) Gli elementi *non-verbalizzati* operanti in un sistema giuridico (che conosca o che non conosca la verbalizzazione, e che sia operante in presenza o in assenza di linguaggio).
Tre esempi: le norme non-scritte, la consuetudine, i criptotipi²².
- (iii) I sistemi giuridici operanti *in assenza di linguaggio*.
Due esempi: i sistemi giuridici dell'*homo habilis*, i sistemi giuridici delle società animali evolute.

A questi tre tipi di fenomeni giuridici corrispondono tre differenti accezioni dell'aggettivo 'muto':

- (i) 'muto' quale sinonimo di '*non-verbale*';
- (ii) 'muto' quale sinonimo di '*non-verbalizzato*';
- (iii) 'muto' quale sinonimo di '*operante in assenza di linguaggio*'²³.

²⁰ Cfr. B.L. Whorf 1956. Sulle ricerche di Sacco sul diritto muto, cfr. R. Caterina (ed.) 2009. Sacco traduce l'inglese '*cryptotype*' con 'crittotipo'; io preferisco adottare la variante 'criptotipo'.

²¹ R. Sacco 1989, pp. 39-40. Cfr. anche R. Sacco 2015.

²² Come suggerisce Paolo Di Lucia (2008), tra gli elementi non-verbali operanti in un sistema giuridico si possono distinguere elementi che sono accidentalmente muti, ma potenzialmente verbalizzabili, ed elementi che sono essenzialmente muti, e pertanto non sono verbalizzabili.

²³ Per la recezione delle indagini sul diritto muto di Sacco nell'ambito della filosofia e della teoria del diritto, cfr. la voce *Diritto* nell'*Enciclopedia filosofica* della Fondazione Centro studi filosofici di Gallarate (L. Lombardi Vallauri 2006).

1.2.2.1. Non-equivalenza di ‘non-verbale’ e ‘non-verbalizzato’

Le tre accezioni dell’aggettivo ‘muto’ non sono fra loro equivalenti. Non sono equivalenti, in particolare, le accezioni di ‘muto’ quale sinonimo di ‘non-verbale’ e di ‘muto’ quale sinonimo di ‘non-verbalizzato’:

- (i) *Non-verbale* è un *quid* che esiste in forma diversa dalla parola, è un *quid* che esiste *qua* entità non-verbale (*qua* entità non-linguistica).
Ad esempio: un albero, un tramonto, un atto muto.
- (ii) *Non-verbalizzato* è un *quid* il quale non è stato espresso attraverso parole.
Esempio: possono essere non-verbalizzate le regole psico-motorie per andare in bicicletta; può essere non-verbalizzata la regola linguistica per la quale, in italiano, non si può dire “Tre scuri abiti”.

Simmetricamente,

- (i) *verbale* è un *quid* che esiste in forma di parola, che esiste *qua* entità verbale (*qua* entità linguistica).
Ad esempio, l’enunciato: ‘Due più due fa quattro’.
- (ii) *verbalizzato* è (non un *quid* che esiste *qua* entità verbale, *qua* entità linguistica, ma) un *quid* che è stato espresso attraverso parole.
Ad esempio: la norma in base alla quale condizione necessaria di validità del testamento olografo è che esso sia sottoscritto di mano del testatore è una norma verbalizzata, nell’ordinamento giuridico italiano, attraverso l’enunciato dell’art. 602 del *Codice civile*: ‘Il testamento olografo deve essere [...] sottoscritto di mano del testatore’.

1.2.2.2. Non-correlatività di verbalizzazione e verbalità

Verbalizzazione e verbalità *non* sono necessariamente tra loro correlate.

La *verbalizzazione* non presuppone e non implica la *verbalità* (la natura verbale, la natura linguistica) di ciò che viene verbalizzato.

In altri termini: non necessariamente un *quid* il quale sia stato espresso *attraverso* parole è, esso stesso, parola: non necessariamente esso è un’entità verbale.

Ad esempio: la regola (giuridica) operante nel diritto francese, per la quale la consegna è modo astratto di trasferimento della proprietà mobiliare può essere *espressa attraverso parole*, ma non necessariamente essa è, nella prospettiva di Sacco, un’*entità verbale*: essa, infatti, può esistere e operare anche senza essere verbalizzata²⁴.

²⁴ Cfr. R. Sacco 1989, p. 39.

Viceversa, se un'entità è *non-verbalizzata*, essa è necessariamente un'entità *non-verbale*: è un'entità la quale esiste in forma diversa dalla parola, è un'entità che esiste *qua* entità non-verbale.

Ad esempio, se, nel sistema giuridico francese, la norma per la quale la consegna è modo astratto di trasferimento della proprietà mobiliare è operante pur non essendo verbalizzata, ciò implica, nella prospettiva di Sacco, che questa norma è un'entità non-verbale.

1.2.2.3. Codici normativi non-linguistici

In un famoso passo delle *Storie*, Erodoto racconta le particolari modalità con cui si svolgevano i commerci tra i mercanti cartaginesi e un popolo che abitava lungo la costa africana oltre le colonne d'Ercole:

I Cartaginesi dicono [...] che c'è una regione della Libia e uomini che la abitano, al di là delle colonne d'Eracle. Quando arrivano fra costoro, scaricano le merci, e dopo averle disposte in ordine lungo la spiaggia, tornano a bordo e alzano una fumata. Allora gli indigeni vedendo il fumo vanno al mare e poi depongono dell'oro accanto alle merci e si ritirano lontano dalle mercanzie. I Cartaginesi sbarcati osservano, e se l'oro sembra loro adeguato alle merci lo raccolgono e s'allontanano, altrimenti, rimbarcatosi di nuovo attendono; e quelli, fattisi innanzi, depongono altro oro, finché li soddisfino. Così non si fanno torto a vicenda, perché né essi toccano l'oro prima che quelli l'abbiano reso uguale al valore delle merci, né quelli toccano le mercanzie prima che gli altri abbiano preso l'oro.²⁵

Questo aneddoto suscita due domande rilevanti per l'antropologia del diritto e per l'interpretazione dell'azione.

Prima domanda: In virtù di che cosa l'atto di lasciare le merci sulla spiaggia, compiuto dai mercanti cartaginesi, è interpretato *non* come

(i) atto (muto) di *derelizione*

ma, al contrario, come

(ii) atto di *offerta* commerciale?

Seconda domanda: In virtù di che cosa l'atto, compiuto dai mercanti cartaginesi, di non prelevare l'oro lasciato sulla spiaggia dalle popolazioni libiche è interpretato *non* come

(i) atto di *donazione*

²⁵ Erodoto, *Storie*, IV, 196 (Erodoto 1984, traduzione modificata). Come segnala Paolo Di Lucia (2008), a questo aneddoto di Erodoto fa riferimento anche Emilio Betti ([1943/1950] 1994, p. 45n); Betti cita anche un altro racconto analogo, riportato dal navigatore veneziano Alvise da Ca' da Mosto (Venezia, 1432 - Venezia, 1488), sulle modalità (mute) di commercio del sale tra la tribù di Tegazza e un'altra tribù africana.

ma, al contrario, come

(ii) *rifiuto di un'offerta?*

L'accordo nell'interpretazione degli atti dei Cartaginesi e dei Libici presuppone il riferimento a un "codice normativo del commercio" non-verbalizzato comune tra Libici e Cartaginesi. Il racconto di Erodoto mette in evidenza che la condivisione di questo codice non è mediata né dalla formulazione linguistica degli atti, né dalla formulazione linguistica delle norme sottese a quegli atti, norme attraverso le quali quegli atti acquisiscono il loro specifico significato giuridico²⁶. Le norme attraverso le quali i Cartaginesi e i Libici interpretano i loro rispettivi atti sono norme non-verbalizzate di un codice normativo non-verbale, non-linguistico.

1.2.3. *Due tesi negative sul rapporto tra norme e linguaggio*

L'esistenza di norme le quali, pur non avendo espressione linguistica, sono tuttavia operanti in un sistema giuridico, e l'esistenza, in particolare, di criptòtipi, ossia di "regole che l'uomo pratica senza esserne pienamente consapevole", falsifica la tesi dell'*universale linguisticità delle norme*: accanto a norme *linguistiche*, vi sono, secondo Sacco, norme *non-linguistiche*²⁷.

Le ricerche di Sacco sul diritto muto e sulle norme mute costituiscono, dunque, un argomento a favore di una tesi negativa relativa ai rapporti tra norme e linguaggio: *non tutte* le norme sono entità linguistiche.

Questa *prima* tesi negativa sui rapporti tra norme e linguaggio si distingue da una *seconda* e più radicale tesi negativa: *nessuna* norma è un'entità linguistica. O, più brevemente: le norme (tutte le norme) sono *entità non-linguistiche*.

²⁶ Sul concetto di "codice" ricordo il volume *Intorno al "codice"* (Associazione italiana di studi semiotici 1976).

²⁷ Come ho ricordato *supra*, p. 20, secondo Sacco è possibile concepire sistemi di norme composti unicamente di norme non-linguistiche: egli fa riferimento, ad esempio, ai sistemi di norme presenti in alcune società animali, e a quelli presenti presso le società dell'*homo habilis*. Sulle ricerche di etologia che indagano la possibilità che vi siano norme nelle società animali, cfr. G. Lorini 2017, che ipotizza che non solo gli esseri umani abbiano quella che egli chiama "capacità nomica", ossia la capacità di agire in funzione di norme. Lorini correttamente ricorda, tuttavia, lo statuto inevitabilmente ipotetico delle ricerche sulla normatività negli animali non-umani, richiamando le parole di Frans de Waal: "dato che l'esperienza animale è per noi inaccessibile [...], la presenza di una normatività interiore rimane altamente ipotetica [*speculative*]" (F. de Waal 2014, p. 187, citato in G. Lorini 2017, p. 92). Anche il filosofo finlandese Georg Henrik von Wright, si interroga sulla possibilità che vi siano norme consuetudinarie nelle società animali. Von Wright osserva che anche tra gli animali e i bambini in fase pre-linguistica sono presenti delle reazioni che sarebbe appropriato chiamare "valutazioni" (*valuations*) a livello pre-linguistico (G.H. von Wright [1963] 1989, cap. VI, § 2.).

Secondo la *prima* tesi, esistono *alcune* norme (e, nello specifico, anche alcune norme giuridiche) non-linguistiche: norme che esistono ed operano in maniera indipendente dalla loro verbalizzazione.

Secondo la *seconda* tesi, invece, le norme, *tutte* le norme, siano esse verbalizzate o non-verbalizzate, sono entità non-linguistiche. Il fatto che vi siano alcune norme che sono verbalizzate non implica che quelle norme siano entità verbali. In altri termini: la possibilità che una norma venga espressa o prodotta attraverso un'enunciazione linguistica non implica la natura linguistica della norma stessa²⁸.

Secondo questa seconda tesi, una norma, in quanto entità non-linguistica, non coincide

- (i) né con le entità linguistiche attraverso cui essa può eventualmente essere *espressa*, nel caso in cui, ad esempio, una persona riferisca una norma consuetudinaria invalsa presso una determinata comunità, o espliciti una propria personale convinzione etica;
- (ii) né con le entità linguistiche attraverso cui essa può essere *prodotta*, ad esempio nel caso di una norma giuridica prodotta attraverso un atto legislativo.

Il fatto che non vi sia *coincidenza* tra la norma e le entità linguistiche attraverso cui essa può essere espressa o prodotta non implica, tuttavia, che tra le norme e queste entità linguistiche non vi sia alcuna *relazione*.

Affermare che le norme *siano* entità non-linguistiche non significa, in particolare, *negare* che tra le norme ve ne siano alcune che sono state *prodotte* attraverso atti linguistici di normazione, come frequentemente avviene nell'ambito del diritto.

1.3. LE NORME COME ENTITÀ LINGUISTICHE

La tesi negativa secondo la quale le norme *non* sono entità linguistiche (secondo la quale, cioè, le norme sono entità *non-linguistiche*) non è, tuttavia, universalmente condivisa, in particolare nell'ambito della filosofia e della teoria del diritto.

Questa tesi è, al contrario, oggetto di frequenti critiche, in particolare a partire da due specifiche concezioni del diritto, spesso correlate tra loro:

²⁸ La distinzione tra le due tesi negative sui rapporti tra norme e linguaggio (prima tesi: non tutte le norme sono entità linguistiche; seconda tesi: nessuna norma è un'entità linguistica) è analoga, ma non necessariamente coincide, con una distinzione operata da Amedeo G. Conte: Conte distingue in particolare la negazione, presente in Sacco, dell'equazione "norma = norma enunciativa" dalla negazione, presente invece in Theodor Geiger, dell'equazione "norma = enunciato normativo" (A.G. Conte 2008; 2011a; cfr. Th. Geiger [1947] 2018).

la concezione del diritto come linguaggio, e la concezione secondo la quale il diritto è il prodotto di un atto di volontà che si manifesta attraverso il linguaggio²⁹.

Per la prima concezione il diritto è linguaggio, e le norme giuridiche sono entità linguistiche.

Per la seconda concezione il diritto è prodotto da atti di volontà, e poiché la volontà non è immediatamente percepibile coi sensi, gli atti di volontà che producono il diritto devono necessariamente manifestarsi attraverso il linguaggio³⁰.

Alla tesi della non-linguisticità delle norme si contrappone, dunque, la tesi secondo la quale le norme sono, invece, entità linguistiche, o il correlato di entità linguistiche.

Questa tesi presenta, tuttavia, dei limiti nell'ambito di una filosofia generale delle norme.

Il primo limite consiste nel fatto che il concetto di "entità linguistica" non è univoco. Come mostrerò nel capitolo 2., infatti, la norma quale entità linguistica può essere intesa alternativamente in almeno tre modi: come enunciato, come enunciazione o come proposizione; e non sempre v'è accordo, tra gli autori che sostengono una concezione linguistica delle norme giuridiche, su quale di queste tre entità corrisponda alla norma giuridica.

Il secondo limite consiste nel fatto che, se è vero, come osserva Bobbio, che "il diritto costituisce una parte notevole, e forse anche la parte più vistosa, della nostra esperienza normativa"³¹, è anche vero che esso non esaurisce l'intero campo della nostra esperienza normativa. Accanto a norme giuridiche prodotte attraverso atti di linguaggio, nei paesaggi normativi in cui viviamo facciamo quotidianamente esperienza di altri tipi di norme (norme morali, norme di etichetta, norme della moda, regole del linguaggio, ecc., ma anche norme giuridiche consuetudinarie) che non ci sembrano trarre origine da alcun atto linguistico di statuizione, e che operano sui nostri comportamenti anche in assenza di una formulazione linguistica.

Le importanti analisi sul linguaggio normativo e sugli atti linguistici di normazione che sono state fecondamente sviluppate nell'ambito della filosofia del diritto sono, dunque, fondamentali (a prescindere dall'identificazione della norma con un'entità linguistica) per comprendere una parte vistosa della nostra esperienza normativa; ma non mi pare possibile ridurre acriticamente tutta l'esperienza normativa alle pur feconde cate-

²⁹ Come ricorda Di Lucia (1994, 2003), una concezione del diritto come linguaggio è presente, per esempio, in F. Oppenheim 1942 e in N. Bobbio [1952] 1994. In Bobbio la concezione del diritto come linguaggio si accompagna ad una concezione della scienza del diritto come analisi del linguaggio.

³⁰ U. Scarpelli [1989] 2005, p. 104. Le entità linguistiche in cui gli atti di volontà si manifestano, secondo una distinzione di Marco Q. Silvi (2013), hanno funzione non rappresentativa (o iconica), ma epifanica dell'atto di volontà.

³¹ N. Bobbio 1993, p. 4.

gorie elaborate in sede di analisi del linguaggio normativo del diritto, dato che non sempre quando parliamo di norme facciamo riferimento ad entità linguistiche o ad entità prodotte attraverso atti linguistici di normazione.

Dalla tesi positiva secondo cui le norme sono entità linguistiche si distingue un'altra tesi positiva, indagata per esempio da Georg Henrik von Wright, secondo la quale le norme sono (non necessariamente entità linguistiche, ma) entità *dipendenti dal linguaggio*. Secondo questa tesi, che rievoca il principio di esprimibilità di John R. Searle e la tesi della "intrascedibilità del linguaggio" di Amedeo G. Conte, le norme non sono necessariamente entità linguistiche, ma non possono essere concepite se non in termini linguistici³². Questa tesi mi pare che implichi, tuttavia, un'altra tesi non scontata, secondo la quale l'esperienza di norme si dà necessariamente in forma linguistica o proposizionale. A questa tesi si contrappongono le ricerche sulla "normatività primitiva" e sulle esperienze normative non-proposizionali nei bambini e nei primati non-umani³³.

³² Cfr. G.H. von Wright [1963] 1989; J.R. Searle [1969] 1992, pp. 44-46; A.G. Conte [1962] 1997, p. 267.

³³ Cfr., per esempio, H. Ginsborg 2011; K. Andrews 2015.

2.

I REFERENTI DELLA PAROLA ‘NORMA’

SOMMARIO: 2.1. Che cos'è una norma? – 2.2. Il problema del significato del termine ‘norma’ – 2.3. Il problema dei referenti del termine ‘norma’ – 2.4. Sette referenti del termine ‘norma’ – 2.4.1. Norma come *enunciato* deontico – 2.4.2. Norma come *enunciazione* deontica – 2.4.3. Norma come *proposizione* deontica – 2.4.4. Norma come *status* deontico o *stato-di-cose* deontico – 2.4.5. Norma come *noema* deontico – 2.4.6. Norma come *comportamento* deontico: il comportamento esemplare – 2.4.7. Norma come *oggetto* deontico.

Das Bekannte überhaupt ist darum, weil es bekannt ist, nicht erkannt.

Il noto in genere, proprio perché è noto, non è conosciuto.

Georg Wilhelm Friedrich Hegel ¹

2.1. CHE COS'È UNA NORMA?

Che cosa è, dunque, una norma?

Nonostante gli esseri umani orientino gran parte delle proprie azioni a fenomeni che designiamo con il nome di “norme”, e nonostante siano numerose le discipline che si occupano di norme, la risposta a questa domanda è tutt'altro che ovvia ².

Nelle scienze sociali che indagano i fenomeni normativi, come ad esempio l'etica, la scienza del diritto, la sociologia del diritto e la filosofia del diritto, il concetto di “norma” viene spesso presupposto come ovvio, senza che ne venga data alcuna esplicita definizione. Ma anche quando ne viene proposta una definizione esplicita, spesso la definizione proposta non ci pare soddisfacente, in alcuni casi perché include fenomeni che non saremmo disposti a chiamare norme, in altri casi – e più frequentemente – perché esclude fenomeni che invece riteniamo si debbano chiamare norme.

¹ Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Prefazione alla Fenomenologia dello spirito* (G.W.F. Hegel [1807] 1973, p. 25 [31]).

² Alla domanda: “Che cos'è una norma?” è dedicato un recente *Special Issue* della rivista *Phenomenology and Mind* (n. 13, 2017) intitolato *Norm: What Is It? Ontological and Pragmatical Perspectives*.

2.2. IL PROBLEMA DEL SIGNIFICATO DEL TERMINE 'NORMA'

Il termine 'norma' si presenta, infatti, come uno di quei termini dei quali non è possibile dare una definizione univoca in quanto esso designa una famiglia di fenomeni non omogenei³. Analogamente a quanto osserva Ludwig Wittgenstein per la categoria dei giochi, nell'insieme dei fenomeni che possono essere designati dal termine 'norma' non sembra possibile individuare una caratteristica comune e distintiva⁴. Il filosofo finlandese Georg Henrik von Wright fa notare, per esempio, che non è una caratteristica comune a tutti i fenomeni che chiamiamo norme nemmeno la "prescrittività": non tutte le norme sono norme prescrittive. Secondo von Wright, infatti, identificare "normativo" con "prescrittivo" e "norma" con "prescrizione" sarebbe troppo limitante. "Ci sono cose" scrive von Wright "che forse non esiteremmo a voler chiamare norme per le quali gli attributi 'descrittivo' e 'prescrittivo' appaiono entrambi egualmente impropri"⁵.

Il fatto che il termine 'norma' possa designare fenomeni differenti tra i quali non sembra possibile individuare una caratteristica comune non significa che questo termine sia un termine ambiguo o polisemico: non significa, cioè, che esso possa esprimere più significati distinti. Secondo von Wright sussiste una unitarietà del campo di significato del termine norma, un'unitarietà che dipende dalle affinità concettuali e dalle relazioni logiche tra le varie parti dell'intero campo di significato.

Di fronte all'impossibilità di dare una definizione univoca del significato di 'norma', von Wright elabora una mappatura dei diversi possibili significati e identifica tre tipi principali di fenomeni che rientrano nel concetto generale di "norma": le regole, le prescrizioni e le direttive (in inglese, rispettivamente, *rules*, *prescriptions* e *directives*)⁶.

Le ricerche condotte da von Wright sui tipi di norme si inscrivono in un più ampio filone di ricerche che hanno progressivamente abbandonato

³ Sul problema della definizione di 'norma', cfr. da ultimo P. Di Lucia - L. Passerini Glazel 2017; 2018.

⁴ Cfr. L. Wittgenstein [1953] 2017, §§ 66-67. Come noto, secondo Wittgenstein non esiste una caratteristica che sia comune a tutti i fenomeni che chiamiamo "giochi"; cionondimeno v'è un'unitarietà tra quei fenomeni che dipende da una serie di "somiglianze di famiglia" (*Familienähnlichkeiten*). Il concetto di "somiglianze di famiglia" è stato efficacemente ripreso nell'ambito della teoria della categorizzazione per prototipi elaborata da Eleanor Rosch a partire dal 1973 (cfr. L. Passerini Glazel 2005). Incidentalmente, von Wright ([1963] 1989) sembra anticipare in parte la teoria dei prototipi quando individua, nel campo di significato del termine 'norma', quelli che egli chiama "prototipi" dei diversi tipi di norme. Cfr. anche l'analisi dei "concetti politetici" in R. Needham 1975.

⁵ G.H. von Wright [1963] 1989, p. 39. Von Wright allude qui alle regole tecniche e alle regole dei giochi.

⁶ Cfr. G.H. von Wright [1963] 1989, p. 15. A questa articolazione in tre tipi principali di norme, von Wright ne sovrappone un'altra, che parzialmente interseca quella precedente, nella quale distingue i costumi, i principi morali e le regole ideali (in inglese, rispettivamente, *customs*, *moral principles* e *ideal rules*).

una concezione ristretta del significato della parola 'norma' intesa unicamente come prescrizione di un obbligo (di fare o di non fare): accanto alle norme prescrittive di obblighi queste ricerche indagano, per esempio, le norme permissive, le norme o le regole costitutive, le regole tecniche e altri tipi di regole non-prescrittive. Vi sono, in altri termini, differenti specie di normatività, che non sono riducibili alla prescrittività.

Un ulteriore problema nella definizione del termine 'norma' riguarda non le *specie* di normatività, ma i *gradi* di normatività. Come osserva Norberto Bobbio "la sfera del normativo è vastissima e articolatissima", e comprende fenomeni con diversi gradi di forza normativa (o "forza duttiva", come recentemente ha proposto di chiamarla Pedro Alves)⁷: vi sono comandi e divieti, ma anche ingiunzioni, precetti, istruzioni, prescrizioni mediche, raccomandazioni, consigli, suggerimenti, ammonimenti, avvertimenti, pareri, richieste, inviti, preghiere, suppliche, e così via⁸. Ma è possibile tracciare una linea di confine univoca e determinata tra ciò che può essere chiamato "norma" e ciò che, non avendo una forza normativa sufficientemente marcata, non si può più chiamare "norma"? Per esempio, si possono ancora chiamare "norme" quelle "spintarelle" che vengono indagate dalla teoria dei "nudge" di Richard H. Thaler e Cass R. Sunstein⁹?

Le ricerche sui diversi tipi e sui diversi gradi di normatività hanno condotto ad un ampliamento in termini *intensionali* del significato del termine 'norma'. Poiché, accanto alla normatività della prescrizione e del comando, esistono altre specie e altri gradi di normatività, il significato del termine 'norma' non può essere identificato unicamente con il tratto semantico della "prescrizione di un obbligo"¹⁰. Ovviamente, questo ampliamento dell'*intensione* del termine 'norma' porta con sé un correlativo ampliamento della sua *estensione*, ossia un ampliamento dei fenomeni che possono essere inclusi nella categoria delle norme.

Che questo ampliamento del significato del termine 'norma' sia legittimo è, tuttavia, per alcuni autori, controverso. Riccardo Guastini, per esempio, sostiene che "gran parte delle norme cosiddette 'costitutive' sono 'regole concettuali', ossia [...] definizioni"¹¹ e, riprendendo una concezione fatta propria già da Hans Kelsen e Alf Ross, afferma che le norme che non siano regole di condotta in termini di comando, di divieto o di autorizzazione, "altro non sono che parti o frammenti delle norme 'in senso stretto', e possono essere usate solo in combinazione con esse"¹².

⁷ P. Alves 2015.

⁸ N. Bobbio [1964] 1994, p. 191.

⁹ Cfr. R.H. Thaler - C.R. Sunstein [2009] 2014; G. Lorini - S. Moroni 2020.

¹⁰ Sull'ampliamento dell'intensione del termine 'norma', cfr. P. Di Lucia - L. Passerini Glazel 2017.

¹¹ R. Guastini 1993, p. 24.

¹² R. Guastini 1993, p. 24.

Nonostante la nostra quotidiana familiarità con le norme, non v'è dunque accordo, tra gli studiosi delle norme, nella definizione del significato, dell'intensione e dell'estensione del termine 'norma'.

2.3. IL PROBLEMA DEI REFERENTI DEL TERMINE 'NORMA'

Accanto alla mancanza di accordo sull'intensione e sull'estensione del termine 'norma' (ossia sulle specie e sui gradi di normatività in relazione ai quali si può parlare propriamente di norme), nelle ricerche sulle norme esiste, tuttavia, una mancanza di accordo più radicale che riguarda non tanto l'intensione, quanto i possibili referenti del termine 'norma'¹³.

Uno dei motivi per cui ci troviamo disorientati di fronte alla domanda "Che cos'è una norma?" consiste proprio nel fatto che non v'è accordo su quali siano i referenti del termine 'norma': non v'è accordo su quale tipo di entità le norme siano.

"Ciò che è noto", scrive Hegel, "proprio perché è noto, non è conosciuto"¹⁴. Come ho osservato nel capitolo 1. (*Le norme come realtà*), ogni giorno noi agiamo in funzione di una pluralità di norme, ma non ci è chiaro che genere di entità siano queste norme. Di che cosa parliamo, dunque, quando parliamo di norme? Se le norme non sono oggetti materiali che possano essere percepiti con i sensi, come osservano Amselek e Weinberger, a quale ordine di fenomeni esse appartengono?

Plutarco, nelle *Vite parallele*, racconta un episodio della vita di Pericle che testimonia il disaccordo che può esistere nella determinazione del referente di un termine analogo a 'norma'. Gli Spartani avevano inviato ad Atene un'ambasceria per chiedere a Pericle di abrogare (*katheleîn*, da *kathairéo*) un decreto (*psêfisma*) che vietava di commerciare con i Megarei in tutti i mercati e i porti controllati dagli Ateniesi. Di fronte alla richiesta degli Spartani, Pericle si trincerò dietro una legge che vietava di togliere (in greco il verbo è ancora *katheleîn*) la tavola (*pinákion*) su cui fosse stato scritto un decreto. Plutarco narra che Polialce, uno degli ambasciatori spartani, replicò a Pericle: "Se non puoi toglierla, volta la tavola dall'altra parte: non v'è certo nessuna disposizione che lo vieta"¹⁵. Abrogare un decreto e togliere o voltare la tavola su cui il decreto è scritto non sono, contrariamente a quanto voleva far credere Pericle, la stessa cosa, anche se

¹³ Paolo Di Lucia e Lorenzo Passerini Glazel (2017) distinguono il problema dei possibili significati del termine 'norma' (che risponde alle domande: "Quali forme di normatività esistono?", "Quali tipi di norme si possono distinguere?") dal problema dei possibili referenti del termine 'norma' (che risponde alla domanda "Quali tipi di entità possono essere chiamati norme?").

¹⁴ G.W.F. Hegel [1807] 1973, *Prefazione*, p. 25 [31].

¹⁵ Plutarco 1981, vol. I, p. 581.

il decreto e la tavola su cui il decreto è scritto sono entità in qualche modo tra loro correlate.

La ragione della mancanza di accordo, nell'ambito delle indagini sulle norme, riguardo ai referenti stessi del termine 'norma' dipende almeno in parte dal fatto che i fenomeni normativi sono fenomeni complessi che intersecano ordini differenti di fenomeni: fenomeni psicologici, fenomeni linguistici, fenomeni logici, fenomeni biologici, fenomeni pragmatici, fenomeni comportamentali, fenomeni sociali, fenomeni pratici, fenomeni etici, fenomeni giuridici, fenomeni politici, fenomeni estetici, ecc.

Proprio per il fatto che i fenomeni normativi intersecano ordini di fenomeni differenti, le norme sono indagate da scienze e discipline differenti, fra loro eterogenee. Ognuna di queste scienze e discipline muove da presupposti teorici e metodologici propri, che consentono di indagare un determinato ordine di fenomeni, inevitabilmente a discapito di altri. Ed anche all'interno di una stessa disciplina, autori differenti adottano presupposti teorici e metodologici differenti.

Se, per esempio, vi sono da un lato ricerche che, come ho ricordato nel § 1.3., indagano le norme sul piano dei fenomeni linguistici, dall'altro lato vi sono ricerche che le indagano invece sul piano dei fenomeni psicologici. Di conseguenza, ciò che in relazione alle norme risulta essenziale nell'ambito di una di queste ricerche (ad esempio, l'esistenza di un fenomeno linguistico nel primo caso, o di un'esperienza normativa nel secondo caso) può essere del tutto inessenziale o irrilevante nell'ambito dell'altra.

Per questa ragione può sorgere l'impressione che il concetto di "norma", rifrangendosi e diffrangendosi in una pluralità di prospettive eterogenee e incompatibili, si dissolva¹⁶.

Quattro atteggiamenti teorici sono possibili a questo riguardo.

Il *primo* atteggiamento teorico consiste nel cercare di individuare la *vera realtà* delle norme in un *unico* ordine di fenomeni, considerando subordinati o parassitari i fenomeni appartenenti agli altri ordini. Vi sono teorie, ad esempio, che individuano la norma in senso proprio (*non* nel *testo* normativo, o *disposizione*, ma) nel *significato* che al *testo* normativo viene attribuito dall'interprete¹⁷.

Il *secondo* atteggiamento teorico consiste nel cercare di individuare la *vera realtà* delle norme in una *correlazione di fenomeni* appartenenti a due o più ordini differenti. In alcune concezioni della norma di matrice strettamente giuspositivistica, per esempio, anche qualora non si identifichi la norma con un'entità linguistica, si può affermare – secondo la tesi della

¹⁶ Anche per questa ragione, andando in cerca di una *filosofia* della norma, Giuseppe Lorini e Lorenzo Passerini Glazel (2012) ritengono che si incontrino, piuttosto, una pluralità di *filosofie* della norma.

¹⁷ È questa una possibile interpretazione della concezione della norma giuridica presente, ad esempio, in Vezio Crisafulli, in Giovanni Tarello e in Riccardo Guastini (cfr. V. Crisafulli 1964; G. Tarello 1974; R. Guastini 1989).

dipendenza delle norme dal linguaggio – che v'è norma se e solo se v'è un atto linguistico di creazione della norma¹⁸.

Il *terzo* atteggiamento teorico consiste nel ritenere che il concetto di “norma” sia un concetto superfluo e fuorviante, in quanto si tendono a far ricadere in esso fenomeni che, appunto perché appartenenti a ordini di fenomeni differenti, non sono congeneri. Secondo Enrico Pattaro, ad esempio, “la possibilità di espungere dalla filosofia del diritto, e dal linguaggio in genere, il concetto di norma” è stata “adombrata” da Amedeo Giovanni Conte in *Studio per una teoria della validità* ([1970] 1995), un saggio nel quale egli ha distinto quattro differenti concetti di “norma”: l'enunciato deontico, la proposizione deontica, l'enunciazione deontica e lo *status* deontico¹⁹. Più recentemente, Jaap Hage, dopo aver individuato differenti concetti di norma adottati in differenti teorie della norma, giunge esplicitamente a proporre di “bandire il termine ‘norma’ dalle teorie relative ai sistemi normativi e al ragionamento pratico”²⁰.

Il *quarto* atteggiamento teorico consiste, infine, nel ricostruire i differenti fenomeni che vengono designati dal termine ‘norma’, e nel costruirne una mappa concettuale che consenta, attraverso il ricorso alle categorie più pertinenti, di indagarne le possibili relazioni. È questo l'atteggiamento che ispira questo volume. Rispetto alle differenti teorie della norma, assumerò uno sguardo metateorico che, mostrando da un lato l'incommensurabilità di teorie della norma differenti, evidenzia dall'altro lato la fecondità e le specifiche condizioni di legittimità di ciascuna di esse. Rispetto al problema di quale sia la realtà delle norme, questo libro mira a “salvare i fenomeni”: se i fenomeni che chiamiamo norme non possono essere esaurientemente iscritti entro i presupposti teorici e metodologici di un'unica

¹⁸ A questa tesi corrisponde una seconda possibile interpretazione della concezione della norma di Tarello e di Guastini, in quanto per questa concezione la norma giuridica è non un significato in astratto, ma un significato ascritto in sede interpretativa *ad una disposizione enunciata dal legislatore*. Affinché vi sia norma è necessario, in altri termini, che vi sia la correlazione tra un significato e un enunciato del discorso del legislatore. Le norme sarebbero, dunque, significati che acquistano esistenza solo per mezzo di atti linguistici: “non si danno norme senza enunciati che le esprimano” (R. Guastini 2018). A rigore, nella teoria di Guastini, il quale sostiene una forma di scetticismo interpretativo, affinché vi sia una norma in quanto significato di un enunciato prodotto dal legislatore è necessario che vi sia non soltanto l'enunciazione dell'enunciato, ma anche l'attività dell'interprete che ascrive quel significato all'enunciato prodotto dal legislatore. Per la concezione di Guastini si pone, tuttavia, il problema delle norme consuetudinarie e delle cosiddette norme “inespresse”, ossia delle norme che esistono indipendentemente dall'enunciazione di un enunciato del legislatore. Sul problema della consuetudine e delle norme inesprese si vedano, però, le soluzioni proposte da Guastini, ad esempio, in R. Guastini 1993; 2017.

¹⁹ E. Pattaro 1976, p. 485; cfr. A.G. Conte [1970] 1995. Nel successivo § 2.4. (*Sette referenti del termine ‘norma’*), esaminerò nel dettaglio i concetti di “norma” distinti da Conte in termini di referenti del termine ‘norma’. Ai quattro concetti di “norma” distinti da Conte nel 1970 fa riferimento Mauro Barberis in un saggio dedicato al concetto di validità in Hans Kelsen (M. Barberis 1981).

²⁰ J. Hage 2005, p. 202.

teoria che indaghi un unico ordine di realtà, più che cercare *la* realtà delle norme, sarà necessario indagare *le* realtà dalla norma²¹.

D'altra parte, anche l'astronomo sa che le innumerevoli luci che costellano il cielo notturno non sono che *una* delle realtà di ciò che chiamiamo stelle.

2.4. SETTE REFERENTI DEL TERMINE 'NORMA'

Nelle indagini sulle norme e sui fenomeni normativi è possibile individuare, senza pretesa di esaustività, almeno sette referenti del termine 'norma', sette differenti specie di entità che possono essere designate dal termine 'norma'. Cinque di questi referenti (enunciato deontico, enunciazione deontica, proposizione deontica, *status* deontico, noema deontico) sono già stati distinti da Conte²². Ai cinque referenti individuati da Conte mi pare se ne possano tuttavia aggiungere almeno altri due: il comportamento deontico e l'oggetto deontico.

Di queste sette specie di entità che alternamente, ma non alternativamente, vengono designate con il termine 'norma', le prime tre che considererò sono entità linguistiche; le restanti quattro sono entità non-linguistiche.

2.4.1. Norma come enunciato deontico

Un *primo* possibile referente del termine 'norma' è l'*enunciato deontico*, ossia un enunciato in termini deontici, un enunciato della forma "Il comportamento *C* è *D*", ove *D* designi uno dei modi deontici (obbligatorio, vietato, permesso, facoltativo, indifferente) o un'altra forma di qualificazione normativa, oppure un enunciato sinonimo²³.

²¹ Questo atteggiamento rievoca la prospettiva con la quale Silvana Borutti affronta il problema dell'autonomia epistemologica delle scienze umane: una prospettiva che "non procede contrapponendo un metodo a un altro o un oggetto a un altro, ma guarda ai diversi saperi come altrettante forme di produzione dell'oggettivo" (S. Borutti 1999, p. 87).

²² Ai quattro referenti di 'norma' distinti nello *Studio per una teoria della validità* (A.G. Conte [1970] 1995) ai quali ho fatto riferimento *supra*, a p. 32, Conte ha successivamente aggiunto un quinto referente, il "noema deontico", in una serie di saggi dedicati alla norma (A.G. Conte 2006a; 2007b; 2012; 2017).

²³ Riprendo qui la definizione di enunciato deontico data da A.G. Conte [1970] 1995, aggiungendo però il riferimento ad altre forme di qualificazione normativa che non sono riducibili ai modi deontici. Nel 1970 Conte non aveva ancora sviluppato le proprie indagini sulla costitutività di regole. Tra i problemi che deve affrontare una teoria della norma come enunciato deontico, vi sono (i) il problema degli enunciati che

Il termine ‘norma’ designa un enunciato deontico nel seguente esempio proposto da Conte: “La *norma* ‘Gli studenti di Filosofia *non devono* iscriversi a Logica matematica’ è una norma ambigua”²⁴.

Ad essere ambiguo (ad essere norma ambigua), in questo esempio, è l’enunciato deontico: ‘Gli studenti di Filosofia *non devono* iscriversi a Logica matematica’.

Questo enunciato è ambiguo perché è passibile di due distinte interpretazioni. Secondo la *prima* interpretazione, questo enunciato deontico significa: “Agli studenti di Filosofia è vietato iscriversi a Logica matematica”; secondo la *seconda* interpretazione esso significa invece: “Per gli studenti di Filosofia *non è obbligatorio* iscriversi a Logica matematica”.

2.4.2. Norma come enunciazione deontica

Un *secondo* possibile referente del termine ‘norma’ è l’*enunciazione deontica*, ove per enunciazione Conte intende un atto linguistico (un atto locutorio e illocutorio, nei termini della teoria degli atti linguistici di John L. Austin) di enunciazione di un enunciato (e non, invece, l’enunciato che attraverso l’enunciazione viene prodotto)²⁵.

Il termine ‘norma’ designa un’enunciazione deontica nel seguente esempio di Conte: “Proibire indiscriminatamente a tutti gli arabi, immediatamente dopo l’11 settembre, di entrare negli Stati Uniti sarebbe stata una *norma* intempestiva”²⁶.

L’atto di proibire, al quale fa riferimento qui il termine ‘norma’, è un atto linguistico illocutorio di normazione, un atto che consiste nell’enunciazione deontica di un enunciato, la quale produce lo stato-di-cose deontico su cui l’enunciato verte.

Carlos E. Alchourrón ed Eugenio Bulygin chiamano “concezioni espressive della norma” quelle concezioni nelle quali l’enunciazione deontica gioca un ruolo essenziale. Per queste concezioni, di cui sono esempio, secondo Alchourrón e Bulygin, le concezioni della norma di Jeremy Bentham, di John Austin e di Alf Ross, la normatività non si dà a livello semantico (a livello del significato degli enunciati), ma soltanto a livello

sono soltanto *prima facie* deontici, ossia di quegli enunciati in termini, per esempio, di ‘dovere’ in cui il verbo ‘dovere’ non designa uno dei modi deontici (ad esempio, l’enunciato: ‘Il professore *deve* essere arrivato, perché c’è la sua bicicletta fuori dall’aula’); (ii) il problema degli enunciati che *prima facie non* sono deontici, ma che esprimono comunque una proposizione deontica (ad esempio, l’enunciato: ‘Chiunque cagiona la morte di un uomo è punito con la reclusione non inferiore ad anni ventuno’ dell’art. 575 del *Codice penale*).

²⁴ A.G. Conte 2012, p. 61.

²⁵ Sui concetti di “atto locutorio” e di “atto illocutorio” cfr. J.L. Austin [1962] 1987.

²⁶ A.G. Conte 2012, p. 62.

pragmatico (a livello dell'uso, e dunque dell'enunciazione degli enunciati). Le norme sarebbero, dunque, entità specificamente pragmatiche²⁷.

2.4.3. Norma come proposizione deontica

Un terzo possibile referente del termine 'norma' è la *proposizione deontica*. È il caso dell'esempio seguente: "L'enunciato deontico inglese '*One ought to pay one's debts*' e l'enunciato deontico italiano 'Si devono pagare i propri debiti' esprimono la stessa *norma*"²⁸.

Il termine 'norma' fa qui riferimento all'identico significato deontico – all'identica proposizione deontica – che è espresso dai due enunciati, rispettivamente in lingua inglese e in lingua italiana.

In questo contesto, la proposizione è intesa come un'entità specificamente semantica, ossia come l'intensione dei due enunciati '*One ought to pay one's debts*' e 'Si devono pagare i propri debiti'²⁹. In quanto entità specificamente semantica, l'identità di una proposizione deontica è determinabile e determinata soltanto in relazione a codici linguistici, *iuxta propria principia*. La proposizione deontica non è un contenuto di pensiero in quanto vissuto o pensato, ma è il correlato semantico di uno o più enunciati. Come precisa Conte, la proposizione deontica è un'entità *intensionale* (con la 's'), non un'entità *intenzionale* (con la 'z').

Conte non circoscrive il concetto di "proposizione" al significato di enunciati che siano suscettibili di essere veri o falsi (enunciati apofantici o descrittivi); egli lo estende, al contrario, anche al significato (deontico) di enunciati deontici. Alchourrón e Bulygin propongono, invece, di adottare il concetto di "*norm-lektón*" per fare riferimento al significato di enunciati *deontici*, riservando il concetto di "proposizione" al significato di enunciati *descrittivi*³⁰.

Nell'ambito della filosofia del diritto, sono molte le teorie che identificano la norma con una proposizione. Ricordo, a titolo di esempio, che Norberto Bobbio nel 1958, indagando le norme giuridiche da un punto di

²⁷ Cfr. C. Alchourrón - E. Bulygin 1979; [1981] 2015.

²⁸ A.G. Conte 2012, p. 61.

²⁹ Sul concetto specificamente semantico di "proposizione", cfr. M. McGrath - F. Devin 2018, in particolare al § 3.2.

³⁰ Cfr. C. Alchourrón - E. Bulygin 1979; [1981] 2015. Alchourrón e Bulygin contrappongono alle concezioni *espressive* delle norme, secondo le quali le norme vanno identificate con enunciazioni deontiche (cfr. *supra*, § 2.4.2.), le concezioni *iletiche* delle norme, secondo le quali le norme vanno identificate con un significato normativo, ossia con l'*anàlogon* deontico delle proposizioni. Sull'opportunità di distinguere la proposizione quale contenuto di significato verofunzionale di enunciati descrittivi dal contenuto di significato deontico di enunciati deontici, cfr. anche H.-N. Castañeda 1982. Tanto Alchourrón e Bulygin quanto Castañeda, tuttavia, a differenza di Conte, sembrano fare riferimento a un concetto non specificamente semantico di "proposizione".

vista che egli chiama “formale”, definisce la norma come una “proposizione prescrittiva”³¹.

Ad una concezione della norma come proposizione può essere ricondotta anche la distinzione tra disposizione e norma, proposta da Vezio Crisafulli, da Giovanni Tarello, da Riccardo Guastini, e diffusa tra i giuristi: la disposizione è un enunciato, o un “segmento di linguaggio in funzione precettiva”; la norma, in senso proprio, è il significato di una disposizione.

2.4.4. Norma come status deontico o stato-di-cose deontico

I primi tre possibili referenti del termine ‘norma’ che ho esaminato sono tutti o entità linguistiche (enunciato deontico, enunciazione deontica) o il correlato di entità linguistiche (proposizione deontica). Il quarto possibile referente del termine ‘norma’ è, invece, un’entità non-linguistica.

Secondo Conte, infatti, il termine ‘norma’ può designare, in alcuni contesti, uno *status deontico*, o *stato-di-cose deontico* (l'*análogon* deontico d’un fatto o di uno stato-di-cose non-deontico). È il caso dell’esempio seguente: “Il libro *Sachsenspiegel* (*Lo specchio dei Sassoni*) è una codificazione di *norme* invalse nella società del suo autore, Eike von Repgow”³².

Attraverso il concetto di “*status deontico*” viene abbandonata da Conte la concezione linguistica della norma. Le norme oggetto della codificazione di Eike von Repgow, infatti, “non sono né enunciati deontici, né proposizioni deontiche, né enunciazioni deontiche”: esse sono stati-di-cose deontici sussistenti presso la società dei Sassoni³³.

Un altro esempio di stato-di-cose deontico è il divieto di fumare nei locali pubblici che sussiste oggi nell’ordinamento giuridico italiano.

Tra le norme codificate da Eike von Repgow e il divieto di fumare nei locali pubblici v’è, però, un’importante differenza.

³¹ N. Bobbio 1993, p. 48. A dire il vero, Bobbio, pur proponendo la distinzione tra enunciato e proposizione, sembra a volte confondere i due concetti: egli scrive, infatti, da un lato che “bisogna distinguere una proposizione dal suo enunciato”, ove per enunciato intende espressamente “la forma grammaticale e linguistica con cui un determinato significato è espresso, per cui la stessa proposizione può avere enunciati diversi, e lo stesso enunciato può esprimere proposizioni diverse”; dall’altro lato Bobbio scrive che per “proposizione” egli intende “un insieme di parole aventi un significato nel loro complesso” (1993, sempre a p. 48).

³² A.G. Conte 2012, p. 63.

³³ A.G. Conte 2012, p. 63. È questo, secondo Conte, un “*exemplum contrarium* che smentisce l’universalità [...] della tesi secondo la quale le norme sono tutte o enunciati deontici, o enunciazioni deontiche, o proposizioni deontiche” (A.G. Conte 2012, p. 63). Questo *exemplum contrarium* smentisce, in altri termini, la tesi della intrascendibilità del linguaggio nell’ambito del giuridico, secondo la quale “il diritto è linguaggio, e linguaggio soltanto” (cfr. A.G. Conte [1962] 1997, p. 267).

Mentre gli *status* deontici (le norme in quanto *status* deontici) codificati da Eike von Repgow sono *status* deontici *athetici*, ossia *status* deontici invalsi indipendentemente da un atto linguistico thetico di normazione (indipendentemente dall'enunciazione deontica di enunciati deontici), il divieto di fumare nei locali pubblici in Italia è, invece, uno *status* deontico thetico il quale è il prodotto di un atto linguistico *thetico* di normazione, e in particolare dell'enunciazione deontica dell'enunciato deontico 'È vietato fumare nei locali chiusi, ad eccezione di: *a*) quelli privati non aperti ad utenti o al pubblico; *b*) quelli riservati ai fumatori e come tali contrassegnati', contenuto nel testo della legge 16 gennaio 2003, n. 3.

Nell'ambito di una teoria dell'ordinamento normativo, tuttavia, i diversi modi in cui uno *status* deontico può essere introdotto in un ordinamento (modi che sono indagati dal punto di vista della *dinamica* dell'ordinamento), non incidono (dal punto di vista della *statica* dell'ordinamento) sullo statuto ontologico di quello *status* deontico entro l'ordinamento. In particolare, il fatto che uno *status* deontico venga introdotto in un ordinamento attraverso un atto linguistico thetico di normazione non implica che lo *status* deontico introdotto sia a sua volta un'entità linguistica.

La formulazione del concetto di "*status* deontico" costituisce uno dei contributi più originali e fecondi offerti da Conte all'ontologia della norma, e merita di essere qui indagato in modo più approfondito.

Il concetto di "*status* deontico" è stato concepito da Conte quale *análogon* deontico del concetto di "fatto" o di "stato-di-cose". Conte ha elaborato il concetto di *status* deontico sulla base di un parallelismo tra linguaggio descrittivo e linguaggio normativo: così come ciò che è espresso da un enunciato descrittivo – ossia la proposizione descrittiva – non va confuso con il *fatto* o lo stato-di-cose extralinguistico sul quale l'enunciato verte, analogamente ciò che è espresso da un enunciato deontico – ossia la proposizione deontica – non va confuso con lo *status* deontico extralinguistico sul quale l'enunciato deontico verte³⁴. In altri termini, così come la proposizione descrittiva espressa dall'enunciato 'Oggi piove' è altro rispetto al fatto che oggi piove, la proposizione deontica espressa dall'enunciato 'È vietato fumare' è altro rispetto allo *status* deontico che è vietato fumare.

Conte ha inizialmente manifestato una certa diffidenza nei confronti del concetto di "*status* deontico". Nello *Studio per una teoria della validità* ([1970] 1995), egli sceglie esplicitamente di impostare il problema della validità delle norme come problema della validità di *enunciati deontici prescrittivi*, osservando che "scegliere ad oggetto del giudizio di validità non gli enunciati deontici, ma gli *status* deontici, sarebbe un passo metafisicamente compromesso e metodologicamente compromettente", in quan-

³⁴ Cfr. A.G. Conte [1970] 1995, pp. 61-62.

to implicherebbe l'ipostatizzazione di obblighi, divieti, permessi, ecc.³⁵. Questa ipostatizzazione gli pareva, all'inizio degli anni '70, portare con sé il rischio di cadere in una forma di giusnaturalismo.

Conte superò in seguito la diffidenza nei confronti del concetto di *status* deontico, probabilmente anche grazie alla scoperta di un fenomeno fondamentale del linguaggio normativo: il fenomeno degli atti performativi *thetic*³⁶. Conte introduce, entro la teoria dei performativi inaugurata da John Langshaw Austin, una feconda distinzione tra due specie di performativi: i performativi *thetic* e i performativi *athetic*³⁷. Sono performativi *thetic* (dal verbo greco *títhemi*, "porre") quei performativi – come 'promulgare', 'abrogare', 'consacrare' – enunciando i quali non solo si compie l'azione designata dal verbo, ma si altera immediatamente il mondo, ponendo in essere un nuovo stato-di-cose. Nel caso della promulgazione, per esempio, con l'enunciazione del performativo la norma promulgata diviene esistente e valida in un ordinamento. Sono, invece, performativi *athetic* quei performativi, come 'salutare' e 'ringraziare', enunciando i quali ci si limita a compiere l'azione designata dal verbo, senza produrre un ulteriore cambiamento di uno stato-di-cose nel mondo.

Attraverso l'enunciazione di un verbo performativo *thetic* è dunque possibile produrre un nuovo stato-di-cose nel mondo. Ma qual è la natura di questi stati-di-cose creati *theticamente*? È evidente che attraverso un mero atto linguistico non è possibile creare immediatamente una realtà materiale³⁸, ciò che i performativi *thetic* possono produrre sono soltanto fenomeni convenzionali: fenomeni che si danno *in* una convenzione e *per* una convenzione³⁹.

Gli atti linguistici di normazione sono evidentemente atti performativi *thetic*: essi producono, *nella* e *per la* convenzione dell'ordinamento giuridico, quegli stati-di-cose *thetic* che conte chiama "*status* deontici".

Se si intendono gli *status* deontici come ciò che viene prodotto, *in* una convenzione e *per* una convenzione, attraverso l'enunciazione prescritti-

³⁵ A.G. Conte [1970] 1995, p. 67. In quest'opera Conte impiega il concetto di "*status* deontico" in sede ermeneutica, per interpretare la teoria della "*Natur der Sache*": le norme che, secondo questa teoria, sarebbero iscritte nella natura della cosa sono, infatti, entità deontiche extralinguistiche (esse non sono, in particolare, enunciati prescrittivi).

³⁶ Sulla correlazione, nell'evoluzione del pensiero di Conte, tra la scoperta del fenomeno pragmatico della performatività *thetic* e il superamento della diffidenza nei confronti del concetto ontologico di *status* deontico, cfr. P. Di Lucia - L. Passerini Glazel 2020.

³⁷ Come noto, la teoria dei performativi di Austin ([1962] 1987) studia quei verbi enunciando i quali si compie l'azione designata dal verbo: per esempio, enunciando l'enunciato 'Prometto di ritornare' si compie l'azione di promettere.

³⁸ Non è infatti sufficiente, per un essere umano, pronunciare le parole '*Fiat lux!*' per creare la luce.

³⁹ Cfr. A.G. Conte 1977, pp. 59-73. Sugli stati-di-cose *thetic*, cfr. Cz. Znamierowski [1924] 2012.

va *thetica* di enunciati deontici, allora parlare di *status* deontici non implica necessariamente l'ipostatizzazione metafisica di una realtà deontica preesistente alle convenzioni umane, ma semplicemente il riconoscimento dell'esistenza di specifici stati-di-cose convenzionali. Così come il fatto che Sergio Mattarella sia oggi Presidente della Repubblica Italiana è un fatto che esiste e sussiste soltanto *nella* convenzione e *per* la convenzione dell'ordinamento giuridico italiano, analogamente lo *status* deontico "È vietato fumare nei locali pubblici" è uno *status* deontico che oggi esiste e sussiste in Italia soltanto *nella* convenzione e *per* la convenzione dell'ordinamento giuridico italiano.

Tuttavia, i fenomeni convenzionali in generale, e le norme quali *status* deontici in particolare, non sempre presuppongono l'esistenza di un atto linguistico *thetico* di statuizione o di normazione attraverso il quale essi vengono creati. Una delle ragioni della fecondità del concetto di *status* deontico consiste nella sua capacità di rendere conto non soltanto delle norme *thetiche* che sono prodotte attraverso un atto *thetico* di normazione, ma anche delle norme *athetiche* che *non sono* prodotte attraverso un atto *thetico* di normazione. In particolare, come testimonia l'esempio dello *Specchio dei Sassoni* proposto da Conte, il concetto di *status* deontico (a differenza dei concetti di enunciato deontico, di enunciazione deontica e di proposizione deontica) consente di rendere conto anche delle norme giuridiche consuetudinarie.

Proprio per il fatto che consente di rendere conto anche delle norme giuridiche consuetudinarie, il concetto di *status* deontico illumina la distinzione tra due differenti forme di codificazione: la codificazione *nomothetica* e la codificazione *nomografica*.

L'esempio probabilmente più famoso di codificazione *nomothetica* è la codificazione operata dal *Code Napoléon*. Il *Code Napoléon* è un testo unitario attraverso la cui promulgazione sono stati prodotti nell'ordinamento giuridico francese una pluralità di *status* deontici che prima non facevano parte di quell'ordinamento. Nella codificazione *nomothetica* gli *status* deontici sono, infatti, oggetto di *posizione*, di *thésis*.

Nella codificazione *nomografica*, invece, gli *status* deontici sono oggetto non di *posizione*, ma di *descrizione*: sono *status* deontici che preesistono alla codificazione stessa.

È un esempio di codificazione *nomografica*, la codificazione operata da Eike von Repgow nello *Specchio dei Sassoni* citata da Conte. Un altro suggestivo esempio di codificazione *nomografica*, a noi cronologicamente più vicino, è il *Codice della vendetta barbaricina* redatto dal filosofo del diritto sardo Antonio Pigliaru⁴⁰. Le norme codificate da Pigliaru sono norme che preesistevano alla sua attività di codificazione: Pigliaru si è limitato

⁴⁰ Cfr. A. Pigliaru 1970; 2000; 2007.

a esprimere, in enunciati formulati in un lessico giuridico colto, norme che operavano nella società barbaricina ben prima di trovare espressione nel testo di Pigliaru.

Il lessico giuridico colto con il quale Pigliaru ha dato espressione alle norme (agli *status* deontici atetici) del *Codice della vendetta barbaricina* non era, tuttavia, un lessico familiare a coloro tra i quali le norme codificate da Pigliaru erano operanti.

Colpisce, tra l'altro, il fatto che, secondo le interviste raccolte nel 2011 da Giovanni Cossu nell'ambito di una ricerca dell'Università di Cagliari sulla vendetta barbaricina, nella Barbagia attuale gli stessi termini sardi 'vinditta' e 'venganza', non sono utilizzati con frequenza per fare riferimento a ciò che Pigliaru ha chiamato "vendetta": in luogo di 'vinditta' e di 'venganza' viene più frequentemente usato il termine 'sustizia'⁴¹.

Che una stessa norma (uno stesso *status* deontico) possa essere espressa, in contesti linguistici e culturali differenti (o in epoche differenti), con termini differenti, e attraverso enunciati differenti, è un fatto ovvio, del quale offre una conferma la differenza che intercorre tra la formulazione linguistica colta delle norme del *Codice della vendetta barbaricina* redatto da Pigliaru, e le differenti formulazioni linguistiche locali che le stesse norme hanno avuto tra le popolazioni presso cui quelle norme erano operanti.

Questo fatto suggerisce l'idea che si possa tentare una "onomasiologia di norme": una scienza che indaghi le differenti realizzazioni linguistiche che una stessa norma ha avuto in contesti culturali differenti.

'Onomasiologia' è il nome che il linguista austriaco Adolf Zauner ha dato alla scienza che studia le differenti realizzazioni lessicali d'uno stesso concetto.

Le ricerche di "onomasiologia delle norme" possono fornire utili spunti per lo storico del diritto e per lo studioso del diritto comparato che indaghino in quali modi e in quali forme una norma possa essersi trasmessa da un contesto normativo ad un altro⁴². Ma questa idea non è forse infeconda anche per il filosofo del diritto che si interroghi sullo statuto ontologico delle norme e sui rapporti tra enunciato deontico, proposizione deontica, e *status* deontico; che si domandi, in particolare, che genere di entità sia quella norma che si trasmette da un contesto linguistico e normativo ad un altro.

⁴¹ Cfr. G. Lorini - M. Masia (eds.) 2015. In altri termini: il traducente (lo xenònimo) di 'vendetta' in sardo è più frequentemente 'sustizia' che 'vinditta'.

⁴² Si può indagare, per esempio, quali formulazioni linguistiche abbia ricevuto nei testi di differenti costituzioni il principio di legalità.

2.4.5. Norma come noema deontico

L'ultimo dei cinque possibili referenti del termine 'norma' distinti da Conte è il *noema* deontico.

Il termine 'norma' (o il suo sinonimo 'regola') designa un *noema deontico* nei due esempi seguenti: "Proporre una *norma* in un'assemblea legislativa" e "Nei casi non previsti dalla legge il giudice decide secondo la consuetudine e, in difetto di questa, secondo la regola che egli adotterebbe come legislatore"⁴³.

La norma proposta in un'assemblea legislativa, così come la regola che il giudice si raffigura, e che applica in quanto norma che egli adotterebbe se fosse il legislatore, non sono né enunciati deontici, né enunciazioni deontiche, né proposizioni deontiche, né *status* deontici sussistenti (validi) entro un determinato ordinamento: esse sono, secondo Conte, meri *noemi* deontici.

Il *noema* deontico è definito da Conte come uno "*status* deontico *in intellectu*"⁴⁴. Il noema deontico è dunque l'*idea* di una norma: è una norma che il soggetto si raffigura, si rappresenta, "intenziona" o esperisce entro la propria mente, entro la propria coscienza, senza che ad essa corrisponda necessariamente uno *status* deontico *in actu* nell'ordinamento⁴⁵.

Il concetto di *noema* deontico non è riducibile, secondo Conte, al concetto di *proposizione* deontica. Il noema deontico è, infatti, un'entità *intenzionale* (con la 'z'), un'entità indagata, per esempio, dalla filosofia della mente o dalla fenomenologia, in quanto oggetto di una "intenzionalità", di un processo di pensiero, di un atteggiamento mentale o di un'esperienza vissuta della coscienza; la proposizione deontica è, invece, come ho mostrato nel § 2.4.3., un'entità *intensionale* (con la 's'), un'entità semantica che la semantica indaga *iuxta propria principia*, facendo astrazione da qualunque processo mentale⁴⁶.

Un'obiezione che potrebbe essere mossa contro l'autonomia del concetto di noema deontico rispetto al concetto di proposizione deontica potrebbe tuttavia consistere nell'affermare che il contenuto noematico che si dà alla coscienza che si rappresenta o esperisce un noema deontico coincide sempre necessariamente con una proposizione deontica. La legittimità

⁴³ A.G. Conte 2012, p. 64. Il secondo esempio è tratto dall'articolo 1, secondo comma, del *Codice civile* svizzero.

⁴⁴ A.G. Conte 2012, p. 65.

⁴⁵ Una concettualizzazione parzialmente differente del noema deontico è stata sviluppata da Hector-Neri Castañeda (cfr., in particolare, H.-N. Castañeda 1982). Al concetto di noema ha fatto recentemente riferimento, seppur in una prospettiva parzialmente differente da quella da me adottata, Bruno Celano (2017).

⁴⁶ Cfr. A.G. Conte 2012, p. 65. Sulla specificità del concetto semantico di "proposizione" all'interno del dibattito filosofico sullo statuto ontologico delle proposizioni, torno a citare M. McGrath - F. Devin 2018, in particolare al § 3.2.

di questa tesi della intrascendibilità del linguaggio nell'ambito del normativo è, tuttavia, messa in discussione dalle ricerche di Sacco sui criptotipi (cfr. *supra*, § 1.2.2., e *infra*, § 6.3.), così come da altre ricerche che vertono sulla capacità di “afferrare” (“*to grasp*”) una regola indipendentemente dalla capacità di articolarla linguisticamente, tra cui le ricerche di Hannah Ginsborg sulla “normatività primitiva” e le ricerche di Kristin Andrews sulla esperienze normative “non-proposizionali” nei bambini e in primati non-umani⁴⁷.

Così come non è riducibile al concetto di proposizione deontica, il concetto di noema deontico non è riducibile neanche al concetto di *status* deontico. Uno *status* deontico è, infatti, un'entità le cui condizioni d'esistenza sono date dall'ordinamento, nell'ordinamento e per l'ordinamento, *iuxta propria principia*. Un noema deontico può essere, invece, pensato, esperito o immaginato all'interno di una coscienza indipendentemente da qualunque ordinamento.

I concetti di *status* deontico e di noema deontico consentono di distinguere due differenti tipi di entità tra loro irriducibili e incommensurabili, ma non per questo tra loro necessariamente irrelate.

Si può pensare, per esempio, che il diffondersi in una società di una particolare esperienza normativa d'un noema deontico, nei termini che indagherò nel capitolo 4., possa costituire una condizione sufficiente di validità del corrispondente *status* deontico nell'ordinamento giuridico. Ma questa possibile relazione tra noema deontico e *status* deontico non è una relazione necessaria: è una relazione, al contrario, che può essere determinata soltanto dalle metaregole (esplicite o implicite) sulla validità specifiche del singolo ordinamento.

Quali siano le possibili relazioni tra noema deontico e *status* deontico è in realtà un problema che la distinzione proposta da Conte non chiude, ma dischiude.

Tra i cinque referenti del termine ‘norma’ individuati da Conte, il noema deontico può apparire un concetto residuale e di rilevanza marginale nell'indagine dei fenomeni normativi, e in particolare delle norme giuridiche: come non conviene alla zoologia, ad esempio, l'indagine di cavalli meramente pensati o immaginati, o di ippogrifi, così – si potrebbe pensare – non dovrebbe convenire alle scienze giuridiche l'indagine di norme meramente pensate o immaginate.

Nel capitolo 4. (*Norme pensate, rappresentazioni di norme ed esperienza normativa*) cercherò di mostrare, invece, che v'è una pluralità di fenomeni, rilevanti per il diritto e al di fuori del diritto, che possono essere illuminati attraverso il concetto di noema deontico.

⁴⁷ Cfr. H. Ginsborg 2011; K. Andrews 2015. Ricordo che a queste e ad altre promettenti ricerche sulla “capacità nomica” di animali umani e non-umani è dedicato un recente saggio di Giuseppe Lorini (2017); cfr. *supra*, capitolo 1., nota 27.

2.4.6. *Norma come comportamento deontico: il comportamento esemplare*

Dopo aver illustrato i cinque referenti del termine 'norma' distinti da Conte, mi soffermerò brevemente su due ulteriori possibili referenti del termine 'norma'.

Un sesto possibile referente del termine 'norma' è, infatti, quello che propongo di chiamare un *comportamento* deontico. Per comportamento deontico intendo un comportamento che non consiste nella enunciazione linguistica di una norma, ma che costituisce esso stesso una norma.

È un esempio di comportamento deontico il comportamento esemplare, ossia il comportamento che si propone, o che è interpretato, come modello normativo di comportamento da seguire: è il caso del comportamento di Alessandro Magno, che si lanciava per primo nelle battaglie davanti ai suoi soldati, o dei comportamenti delle autorità religiose che assumono valenza normativa per i fedeli. Il Catechismo della Chiesa cattolica espressamente afferma che Gesù è "il modello delle beatitudini e la norma della Legge Nuova: 'Amatevi gli uni gli altri come io vi ho amato'" (n. 459) ⁴⁸.

Un esempio di comportamento deontico rilevante per il diritto è il "comportamento degli antenati" che, nei sistemi di diritto consuetudinario, viene assunto a norma di comportamento per le generazioni future ⁴⁹.

Può essere inteso come comportamento deontico anche il precedente giudiziale: il giudice che per primo assume una decisione ed emana una determinata sentenza produce attraverso il suo atto linguistico soltanto una norma individuale e concreta, non una norma generale ed astratta. Ciò nondimeno, il suo comportamento, ossia il fatto che egli abbia assunto quella specifica decisione per quel caso concreto, vale come norma (più o meno cogente) per i giudici successivi, che dovranno assumere decisioni improntate al modello dato dal primo giudice. La norma generale e astratta che deve regolare i casi futuri non è quindi oggetto di enunciazione *thetica*, ma essa è resa manifesta dall'esempio e nell'esempio dato dalla decisione assunta dal primo giudice ⁵⁰.

Il concetto di comportamento deontico può forse illuminare, e a sua volta essere illuminato dalle recenti ricerche sul ruolo biologico e sociale dell'imitazione nello sviluppo, nell'apprendimento e nella trasmissione di norme sociali ⁵¹.

⁴⁸ Sul comportamento esemplare, cfr. A. Ferrara 2008.

⁴⁹ Tanto il comportamento delle autorità religiose quanto il comportamento degli antenati sono indagati come possibili "fatti normativi" da L. Petrażycki [1909-1910] 2011, pp. 263-264, 284.

⁵⁰ Sul concetto di "modello" in filosofia del diritto ricordo E. di Robilant 1968. Su un'analisi del precedente giudiziale in termini di *topica* giuridica, cfr. P. Moro 2013.

⁵¹ Mi limito qui a rimandare a G. Mormino 2016.

2.4.7. *Norma come oggetto deontico*

Il *settimo* possibile referente del termine ‘norma’ che ho individuato è l’*oggetto* deontico.

Per oggetto deontico intendo un oggetto il quale sia posto o assunto come norma per la produzione o la valutazione di altri oggetti analoghi.

Sono oggetti deontici, ad esempio, i prototipi omologati di oggetti di produzione industriale. Ma possono essere intesi come oggetti normativi anche quelle opere architettoniche, artistiche o musicali che definiscono un canone estetico all’interno di un determinato contesto artistico o culturale.

Con l’oggetto deontico si chiude l’elenco dei possibili referenti del termine ‘norma’ che ho finora individuato. Questo elenco, tuttavia, non pretende di essere esaustivo: ulteriori possibili referenti di ‘norma’ potrebbero in futuro arricchire questa mappa preliminare.

Nei capitoli successivi testerò la fecondità di questa mappa di referenti, facendo riferimento, in particolare, al concetto di noema deontico.

3.

IL CONCETTO DI “NORMA” NELLA TEORIA PURA DEL DIRITTO DI HANS KELSEN

SOMMARIO: 3.1. L’ambivalenza dell’uso del termine ‘norma’ nella teoria pura del diritto – 3.2. Due distinte domande sulla norma nella teoria pura del diritto – 3.3. Tre livelli di interpretazione della norma: livello semantico, livello pragmatico soggettivo, livello normativo oggettivo – 3.4. L’esistenza ideale della norma come validità.

*So gut man immer auch die Bedingungen
verstanden haben mag, unter denen eine
Sache entsteht, deshalb versteht man sie
selbst noch gar nicht.*

Per quanto si possa aver capito le condizioni in base alle quali una cosa sorge, non per questo si comprende la cosa.

Friedrich Nietzsche ¹

Il fatto che al termine ‘norma’ possano corrispondere di volta in volta referenti diversi spiega perché in molte teorie dei fenomeni normativi sia difficile determinare in maniera univoca che cosa si intenda per “norma”.

L’indeterminatezza del concetto di “norma” è presente anche in sede di teoria del diritto, ed essa inevitabilmente si riflette sulla definizione del concetto di diritto e sulle ricerche sui fenomeni giuridici.

Molte ricerche sui fenomeni giuridici, e molte teorie del diritto, più che essere fra loro incompatibili, sono fra loro incommensurabili: sono incommensurabili perché, muovendo da presupposti teorici e metodologici differenti, assumono ad oggetto di indagine entità differenti, designando con il termine ‘norma’ entità eterogenee, sebbene non irrelate. Può accadere, pertanto, da un lato che ricerche sui fenomeni giuridici e normativi che si presentano a prima vista come incompatibili, si rivelino in realtà complementari; dall’altro lato che per comprendere l’incompatibilità di teorie differenti sui fenomeni giuridici e normativi sia prima necessario

¹ Friedrich Nietzsche, *Frammenti postumi 1885-1887*, frammento 2 [132] (F. Nietzsche 1975).

indagare, assumendo una prospettiva metateorica, di quali oggetti queste teorie siano teorie².

Lo stesso Hans Kelsen, che ha costruito la propria teoria pura del diritto rivendicandone l'autonomia metodologica rispetto ad altri tipi di indagine sui fenomeni giuridici, in un saggio del 1948 intitolato *Law, State and Justice in the Pure Theory of Law*, riconosce la legittimità e la complementarità di ciascuna delle diverse scienze che da punti di vista differenti indagano il diritto. Scrive Kelsen:

Il diritto può essere oggetto di scienze diverse. La teoria pura del diritto non ha mai preteso di essere l'unica scienza del diritto possibile, o l'unica legittima: vi sono anche la sociologia del diritto e la storia del diritto. Esse, insieme con l'analisi strutturale del diritto, sono necessarie per una comprensione completa del complesso fenomeno del diritto.³

Ma qual è il punto di vista dal quale la teoria pura del diritto di Kelsen indaga il diritto e le norme giuridiche?

3.1. L'AMBIVALENZA DELL'USO DEL TERMINE 'NORMA' NELLA TEORIA PURA DEL DIRITTO

La teoria pura del diritto di Kelsen si caratterizza per essere una teoria normativista del diritto, ossia una teoria secondo la quale il diritto è norma o, meglio, insieme di norme⁴.

Ma che cosa sono le norme per Kelsen?

Alla teoria pura del diritto di Kelsen, che pure è una teoria del diritto in quanto insieme di norme, è stata contestata da più autori la mancanza di una definizione chiara e univoca di che cosa sia una norma.

² Una testimonianza della fecondità di questo atteggiamento metateorico è dato dalla filosofia della validità di norme elaborata da Amedeo G. Conte: dopo essersi dapprima domandato "Di che cosa è teoria la teoria della validità?", Conte è giunto, anche grazie alla distinzione dei referenti del termine 'norma' che ho esaminato nel capitolo precedente, a distinguere tre differenti concetti di validità deontica: la validità pragmatica, la validità sintattica e la validità semantica (cfr. A.G. Conte [1970] 1995; [1988] 1995). Per una ricostruzione dell'evoluzione della filosofia della validità di Conte, cfr. P. Di Lucia - L. Passerini Glazel 2020.

³ H. Kelsen 1948, p. 155. Sulla complementarità, in Kelsen, tra scienze sociali *normative* e scienze sociali *causali* nell'indagine del diritto, cfr. P. Di Lucia - L. Passerini Glazel 2015.

⁴ A questa tesi ontologica del normativismo, si affianca, nella teoria pura del diritto di Kelsen, una tesi epistemologica: la conoscenza del diritto è non soltanto conoscenza *di* norme, ma anche conoscenza *attraverso* norme. È questa la tesi che propongo di chiamare "normativismo trascendentale" e che si distingue da altre tre specie di normativismo (normativismo axiotico, normativismo noetico, normativismo dianoetico) distinte da Conte nella voce *Normativismo* della *Enciclopedia filosofica* del Centro studi filosofici di Gallarate (A.G. Conte 2006b).

Mauro Barberis, per esempio, nel saggio *La norma senza qualità* del 1981, si avvale della distinzione allora proposta da Conte dei primi quattro referenti del termine ‘norma’ per rilevare che nell’opera di Kelsen il termine ‘norma’ viene usato per fare alternamente riferimento a *quattro* differenti specie di entità: (i) *enunciato* deontico; (ii) *proposizione* deontica (nel senso di significato di un enunciato); (iii) *enunciazione* deontica; (iv) *status* deontico⁵.

Più recentemente, Luigi Ferrajoli, nel volume *La logica del diritto. Dieci aporie nell’opera di Hans Kelsen* (2016), afferma che nell’opera di Kelsen v’è una ambivalenza nell’uso del termine ‘norma’⁶.

Secondo Ferrajoli, in particolare, Kelsen, con il termine ‘norma’, “pur distinguendo chiaramente l’atto normativo di volontà e la norma che ne costituisce il senso, designa indistintamente, a seconda dei casi, sia l’uno sia l’altra: sia l’atto che il significato prescrittivo che ne è effetto”⁷.

3.2. DUE DISTINTE DOMANDE SULLA NORMA NELLA TEORIA PURA DEL DIRITTO

Appare paradossale che l’opera di uno dei padri del normativismo – della concezione del diritto come norma – ci lasci dei dubbi proprio sulla definizione del concetto di “norma”, e in particolare sull’identificazione di che cosa sia una norma. Concorre a generare questi dubbi l’uso non sempre rigoroso ed univoco dei termini ‘*Sinn*’, ‘*Bedeutung*’, ‘*meaning*’, ‘*signification*’, con i quali Kelsen sembra far riferimento ora al significato semantico di un enunciato, ora al senso pragmatico di un atto, ora al senso giuridico (trascendentale) di un atto, ora al senso di un atto di volontà nel senso fenomenologico di un *Erlebnis* normativo.

Ma che cos’è, dunque, una norma giuridica per Kelsen?

Alla teoria pura del diritto di Kelsen sono sottese due differenti domande relative alla norma giuridica.

La *prima domanda* è: “Che cosa è una norma?”.

La *seconda domanda* è: “Che cosa *ha senso* di norma *entro un ordinamento giuridico*?”.

⁵ M. Barberis 1981; cfr. A.G. Conte [1970] 1995. Ricordo che Conte nel 1970 aveva distinto soltanto *quattro* concetti di “norma”: il quinto elemento, il noema deontico, è stato introdotto da Conte, per quanto ne so, nel 2006 (A.G. Conte 2006a). Un’analoga indagine sui referenti del termine ‘norma’ in Kelsen era stata condotta da Luigi Ferrajoli (1970).

⁶ L. Ferrajoli 2016. Per una panoramica sul vivace dibattito generato dalle critiche di Ferrajoli a Kelsen, cfr. Ferrajoli *et al.* 2020.

⁷ L. Ferrajoli 2016, pp. 89-90.

La risposta che Kelsen dà, in più passi della sua opera, alla *prima* domanda è: “La norma è il *sensu* di un atto di volontà diretto al comportamento altrui”, e questo senso è un *Sollen*, un dover essere, riferito ad un determinato contenuto (che è sempre un comportamento umano)⁸.

Secondo questa risposta alla domanda “Che cosa è una norma?”, la norma sembrerebbe essere il senso *immanente, intrinseco* di un atto di volontà: il senso che all’atto è conferito *ab intra* dall’autore di quell’atto.

Se ci poniamo, però, la *seconda* domanda: “Che cosa *ha senso* di norma entro un ordinamento giuridico?”, bisogna tener conto della distinzione operata da Kelsen tra senso *oggettivo* e senso *soggettivo* di un atto.

Un atto ha un particolare senso giuridico *oggettivo* quando ottiene questo suo senso per mezzo di una norma che funge da schema di interpretazione, e in ultima istanza per mezzo della norma fondamentale dell’ordinamento.

Ciò vale, ad esempio, per il senso giuridico di “stipula di un contratto”, per il senso giuridico di “atto di statuizione di una norma”, ma anche per il senso giuridico di “omicidio”.

Nel caso in cui l’atto preso in esame sia un atto che ha natura linguistica, può accadere – ma non necessariamente accade – che il senso giuridico *oggettivo* di un determinato atto coincida con il senso giuridico *soggettivo* conferito *ab intra* (ed eventualmente espresso linguisticamente) dall’agente nell’atto stesso.

Nel caso dell’omicidio, tuttavia, il cagionare la morte di un altro uomo *non* è un atto *linguistico*.

Ciò significa che il senso giuridico *oggettivo* di un atto si identifica *non* con il significato *linguistico* dell’atto (significato linguistico che, nel caso dell’omicidio, non v’è), bensì con un senso normativo estrinseco rispetto all’atto, un senso che trascende l’atto, in quanto è ad esso ascritto *ab extra* dalle norme d’un ordinamento.

Questo vale anche nel caso in cui l’atto che viene interpretato attraverso le norme dell’ordinamento sia un atto linguistico che si autoqualifichi come atto giuridico di un determinato tipo, ad esempio come contratto di compravendita: sono sempre le norme dell’ordinamento a determinare quale sia il senso *oggettivo* di quell’atto. È vero, infatti, che spesso vi può essere *coincidenza* tra il senso giuridico *soggettivo* conferito *ab intra* all’atto stesso dall’agente (ed eventualmente espresso in forma linguistica nell’atto) e il senso giuridico *oggettivo* che viene ascritto *ab extra* per

⁸ Come ricorda Ferrajoli, la letteratura sul *Sollen* in Kelsen è vastissima. Cfr., tra gli altri, M.G. Losano 1981, pp. 69-91; P. Di Lucia 2003; P. Di Lucia - L. Passerini Glazel 2015, pp. 179-184. Ferrajoli distingue nel nesso normativo (il nesso di imputazione) che Kelsen esprime con il verbo *sollen* due nessi distinti: il nesso di *efficacia* e il nesso di *attuazione* (L. Ferrajoli 2016, pp. 3-12). Il modo di intendere il nesso di *efficacia* da parte di Ferrajoli mi pare presenti una parziale analogia con l’interpretazione del *Sollen* kelseniano come *Sollen* *thetic*o proposta da Paolo Di Lucia (2003, pp. 43-68).

mezzo d'una norma dell'ordinamento; ma coincidenza *non è identità*. La possibilità che coincidenza *non* vi sia (ad esempio, nel caso degli atti e dei contratti simulati) esclude che la relazione tra senso *oggettivo* e senso *soggettivo* sia una relazione d'identità.

3.3. TRE LIVELLI DI INTERPRETAZIONE DELLA NORMA: LIVELLO SEMANTICO, LIVELLO PRAGMATICO SOGGETTIVO, LIVELLO NORMATIVO OGGETTIVO

Tra gli atti il cui senso giuridico è determinato dalle norme dell'ordinamento vi sono anche gli atti di statuizione di norme.

Ma vale quanto ho appena detto al § 3.2. per gli atti di statuizione di norme?

Mi pare che, nell'analisi kelseniana degli atti di statuizione di norme, si debbano distinguere (almeno) tre livelli di interpretazione:

- (i) livello di interpretazione *semantica* del significato degli enunciati;
- (ii) livello di interpretazione *pragmatica* del senso giuridico *soggettivo* dell'atto;
- (iii) livello di interpretazione *normativa* del senso giuridico *oggettivo* dell'atto.

A livello di interpretazione *semantica* dell'enunciato normativo si colloca l'interpretazione di ciò che Kelsen chiama "*significato della norma*" (di cui si occupa la teoria classica dell'interpretazione giuridica), ossia l'interpretazione del *contenuto* della norma. Questa interpretazione "diventa un problema quando non è chiara la forma linguistica in cui è espressa la norma"⁹.

Ma l'interpretazione *semantica* del contenuto della norma *non* è l'interpretazione del *senso di norma*, del senso che la norma (non: *ha*, ma) è¹⁰. La norma è, per Kelsen, il *senso* dell'atto di normazione, non il *contenuto* di quell'atto.

In un passo della *Teoria generale delle norme* Kelsen distingue esplicitamente l'interpretazione del *senso* di un ordine dall'interpretazione del *contenuto* di quell'ordine:

Un soggetto che ordina si aspetta che il destinatario dell'ordine capisca l'ordine, cioè che egli sappia: (i) *che* deve comportarsi in un certo modo; e (ii) *come* deve comportarsi, che cosa deve fare od omettere. Il primo costituisce il *senso*, il secondo il *contenuto* di un atto di volontà che rappresenta un ordine.¹¹

⁹ Cfr. H. Kelsen [1979] 1985, p. 12n.

¹⁰ Cfr. H. Kelsen [1979] 1985, p. 52.

¹¹ H. Kelsen [1979] 1985, p. 63 (corsivo mio).

Kelsen osserva, inoltre, che uno stesso enunciato (ad esempio “I ladri vengono puniti con il carcere”), può avere il senso di un *ordine* o il senso di una *affermazione*, e spiega:

La differenza tra una manifestazione verbale che ha il senso di un ordine e la manifestazione verbale che non ha il senso di un ordine non deve quindi risiedere nella manifestazione verbale stessa.¹²

La differenza tra *ordine* e *affermazione* non risiede, infatti, nel *significato semantico* della manifestazione verbale, ma nel *senso pragmatico* dell’atto. Ciò che cambia nei due casi è ciò che l’autore di quell’enunciato *intende* fare attraverso l’enunciazione di esso: emanare un *ordine* o fare una *affermazione*.

L’enunciato “I ladri vengono puniti con il carcere” è, dunque, *non* un enunciato *semanticamente ambiguo*, bensì (nel lessico di Amedeo G. Conte) un enunciato *pragmaticamente ambivalente*¹³.

Al livello dell’interpretazione *semantica* dell’enunciato normativo si affianca, dunque, l’interpretazione *pragmatica* del “*senso di norma*” dell’atto normativo, che è, per Kelsen, il senso di un atto di volontà rivolto al comportamento altrui.

Tuttavia, in virtù della distinzione tra senso giuridico *soggettivo* e senso giuridico *oggettivo*, anche in relazione al “senso di norma” di un atto bisogna distinguere tra il livello dell’interpretazione *pragmatica* del senso giuridico *soggettivo* dell’atto e il livello dell’interpretazione *normativa* (dell’interpretazione *mediata da norme*) del senso giuridico *oggettivo* dell’atto.

A livello di interpretazione *pragmatica* del senso giuridico *soggettivo* dell’atto si cerca di determinare quale sia il senso giuridico che l’autore dell’atto attribuisce *ab intra* al proprio atto, il suo senso *intrinseco* e *immanente*.

Al livello, invece, dell’interpretazione *normativa* del senso giuridico *oggettivo* dell’atto si determina, invece, il senso *oggettivo* di norma che un atto ha entro un particolare ordinamento. Questo *terzo* livello di interpretazione dell’atto è possibile soltanto attraverso il riferimento alle norme di un ordinamento che fungono da schema di interpretazione giuridica di quell’atto, ed in ultima istanza, secondo Kelsen, attraverso il riferimento ad una norma fondamentale.

Il *senso oggettivo di norma giuridica*, allora, non si identifica in Kelsen (quantunque lo presupponga, e possa coincidere con esso) con il senso pragmatico *soggettivo intrinseco* e *immanente* conferito all’atto *ab intra* dall’autore dell’atto; esso è, al contrario, un senso sistemico *estrinseco* che

¹² H. Kelsen [1979] 1985, p. 72.

¹³ Sulla distinzione tra *ambiguità semantica* e *ambivalenza pragmatica*, e sull’intrinseca ambivalenza pragmatica degli enunciati deontici, cfr. A.G. Conte 2007a, pp. 91-102.

trascende l'atto, e che all'atto viene ascritto *ab extra* dalla scienza del diritto sulla base dell'ipotesi della norma fondamentale. È questo l'atteggiamento filosofico che caratterizza il normativismo trascendentale di Kelsen.

Questa ipotesi interpretativa è corroborata da un'ulteriore osservazione.

Il senso di norma, che per Kelsen si identifica con un generico *Sollen*, senza che sia determinato se si tratti di *prescrizione* (di obbligo), di *permesso*, di *autorizzazione*, di *abrogazione*, sembra trovare la propria determinazione non tanto nel contenuto di significato (semantico) dell'enunciato con il quale è espresso l'atto di normazione, quanto piuttosto nella sua eventuale correlazione con altre norme dell'ordinamento¹⁴.

Per Kelsen, infatti, un atto di normazione che abbia per significato semantico e per senso *soggettivo* la prescrizione di un comportamento che non abbia il carattere di sanzione (ad esempio, la prescrizione "Tutti devono pagare un'imposta pari al 10% del proprio reddito"), qualora non vi sia alcuna disposizione che prescriva, permetta o autorizzi una sanzione nel caso in cui l'imposta sul reddito non venga pagata, non ha il senso *oggettivo* di norma giuridica (ma solo il senso di espressione di un "desiderio del legislatore"). V'è *prescrizione (obbligo giuridico)* di fare *C*, secondo Kelsen, se e solo se v'è una norma giuridica (primaria) che prescrive, permette o autorizza una sanzione in caso di omissione di *C*¹⁵.

3.4. L'ESISTENZA IDEALE DELLA NORMA COME VALIDITÀ

Nelle lezioni sugli *Elementi di teoria pura del diritto* tenute in Argentina e probabilmente in California nel 1949, Kelsen afferma che tra la norma *primaria* "Se viene commesso un furto, il ladro deve essere punito" e la norma *secondaria* "Ci si deve astenere dal commettere furto" sussiste *non* un rapporto di *derivazione*, bensì un rapporto di *identità di significato*¹⁶.

¹⁴ Cfr., ad esempio, H. Kelsen [1960] 1966, cap. 1, § 4., *b*), p. 13; 2015, p. 87.

¹⁵ Alla luce di questa tesi di Kelsen, si potrebbe forse muovere una critica alla tesi di Ferrajoli (2016, pp. 3-12) secondo la quale il nesso di *Sollen* tra l'illecito e la sanzione statuito da una norma giuridica "Se *F*, allora *soll S*" si articolerebbe in realtà in due nessi, il primo dei quali, chiamato da Ferrajoli "efficacia", sarebbe il nesso tra il fatto illecito e l'*obbligo* di infliggere la sanzione. Una norma del tipo "Se *F*, allora *soll S*", ove *S* è una sanzione, non *prescrive*, infatti, dal punto di vista del senso *oggettivo*, l'*obbligo* di infliggere la sanzione. L'*obbligo* di infliggere la sanzione può essere prescritto solo da un'altra norma che stabilisca che, se si è verificato il fatto illecito *F*, e l'organo preposto non irroga la sanzione *S*, allora all'organo preposto può (o deve) essere inflitta la sanzione *S*. In altri termini, in Kelsen, il *Sollen* espresso nella formula "Se *F*, allora *soll S*" non determina di per sé l'*obbligo* di *S* (secondo la relazione di efficacia proposta da Ferrajoli), bensì l'*obbligo* di astenersi dal compiere *F*. Ovviamente, questa critica non ha ragione d'essere se la tesi di Ferrajoli è *non* una tesi *ermeneutica* sul senso del *Sollen* in Kelsen, ma un'autonoma tesi *teorica* di Ferrajoli.

¹⁶ Cfr. H. Kelsen 2015, pp. 80-81.

Ma in che senso il significato di queste due norme è *identico*? Più che di una relazione *semantica* di sinonimia tra i due rispettivi enunciati (analogo alla relazione che vi può essere tra i due enunciati: ‘Tutti i cittadini devono pagare le tasse’ e ‘Le tasse devono essere pagate da tutti i cittadini’), mi pare che si tratti di una relazione di senso sistemica, *specificata degli ordinamenti giuridici* (non necessariamente presente in altri ordinamenti normativi)¹⁷.

Queste osservazioni suggeriscono un’ipotesi ermeneutica sul senso di norma giuridica in Kelsen: il senso di norma giuridica, il *Sinngehalt* (il contenuto di senso) che una norma giuridica è, non si identifica né con il *significato semantico* dell’enunciato attraverso il quale la norma è espressa, né con il *senso pragmatico intrinseco* ma soggettivo dell’atto di normazione; il senso di norma giuridica sembra, invece, essere uno *specifico senso normativo* il quale, pur potendo coincidere con i primi due, è ascrivito ad un atto normativo *ab extra, in e per* un ordinamento giuridico, (i) *attraverso* le norme di grado superiore, e (ii) *nella sua correlazione* di senso con altre norme dell’ordinamento.

Se questa ipotesi è fondata, l’esistenza specifica del *Sinngehalt* che una norma è non può *a fortiori* identificarsi, come invece sostiene Ferrajoli¹⁸, con un fatto empirico materiale (l’attuazione dell’atto di normazione): essa si dà soltanto nella specifica sfera di senso (*Sinnsphäre*) che è determinata dall’ordinamento giuridico nel suo complesso. L’esistenza di una norma è allora, *a fortiori*, per Kelsen, non un’esistenza empirica materiale, ma l’esistenza di un *senso* (di un *Sinngehalt*), dunque di un *quid* di “ideale” (nel senso del tedesco *ideell*, non del tedesco *ideal*)¹⁹.

Questa specifica esistenza ideale (*ideelle*) della norma in quanto *senso* (e non, invece, l’esistenza *empirica* dell’atto) è ciò che Kelsen, a torto o a ragione, chiama “validità”: essa consiste, per Kelsen, nel fatto che “la norma *deve* venire osservata e rispettivamente applicata”²⁰.

¹⁷ Negli ordinamenti morali, per esempio, tra comportamento prescritto e sanzione vale, secondo Kelsen, una relazione sistemica opposta rispetto a quella degli ordinamenti giuridici: “mentire non è vietato sul piano morale *a causa* del fatto che esso deve essere disapprovato dai consociati, bensì la menzogna è moralmente vietata e quindi ai consociati è prescritto di disapprovarla” (H. Kelsen [1979] 1985, p. 158).

¹⁸ L. Ferrajoli 2016, pp. 89-90.

¹⁹ Cfr. H. Kelsen [1979] 1985, pp. 56n e 256. L’esistenza, entro un ordinamento giuridico, d’una norma in quanto *Sinngehalt* può essere paragonata all’esistenza di un *Sinngehalt* come “L’alfiere bianco mangia il cavallo nero” nella *Sinnsphäre* di una partita a scacchi, ove il verbo ‘mangiare’ non ha alcun significato empirico.

²⁰ Kelsen 1990, p. 43. Non v’è spazio in questa sede per un’ulteriore osservazione sulla quarta aporia individuata da Ferrajoli (2016) nell’opera di Kelsen: l’aporia che consiste nella problematica identificazione di *validità* ed *esistenza* d’una norma. Mi limito qui a ricordare che in H. Kelsen [1965] 1990, replicando ad una critica di Paul Amselk, Kelsen afferma esplicitamente: “Per ‘validità’ di una norma io intendo [...] esclusivamente e soltanto che la norma *deve* venire osservata e rispettivamente applicata; non che essa è stata posta in conformità ad una norma superiore. Quest’ultima è non la sua validità, ma

Anche in Kelsen, tuttavia, come in Weinberger, l'esistenza ideale della norma, pur non coincidendo con l'esistenza empirica materiale dell'atto di statuizione, non è una mera esistenza astratta ed atemporale. L'esistenza, la validità, di una norma ha infatti delle specifiche coordinate temporali, coordinate temporali che non coincidono tuttavia con le coordinate temporali dell'atto di statuizione. La norma viene, infatti, ad esistenza nel momento in cui l'atto di statuizione si conclude, e la sua esistenza perdura nel tempo fino a quando la norma non viene, ad esempio, abrogata.

Il fatto che all'esistenza ideale della norma possano essere attribuite delle coordinate temporali costituisce uno dei punti di contatto tra l'essere ideale (*ideelles Sein*) e la realtà materiale (*materielle Realität*) che da un lato, nella prospettiva di Weinberger, consentono di parlare di "realtà della norma", e dall'altro lato, nella prospettiva di Conte, consentono di parlare della norma in termini di *status* (di stato-di-cose) deontico²¹.

il *fondamento* della sua validità" (p. 43). Come suggerito da Corrado Roversi, il concetto di "validità" è un concetto "meta-istituzionale" (o meta-ordinamentale) la cui intensione è presupposta dalle norme che, entro ciascun ordinamento, stabiliscono le condizioni di validità delle norme (cfr. C. Roversi 2014, pp. 201-215).

²¹ L'indagine della natura di queste entità ad un tempo ideali e temporali che chiamiamo norme si iscrive nell'ambito dell'ontologia sociale. Tra le più rilevanti ricerche sull'ontologia sociale mi limito qui a ricordare le ricerche di Adolf Reinach ([1913] 1990), di Czesław Znamierowski ([1924] 2012; [1927] 2012) e di John R. Searle ([1995] 2006; [2010] 2010; 2019).

4.

NORME PENSATE, RAPPRESENTAZIONI DI NORME ED ESPERIENZA NORMATIVA

SOMMARIO: 4.1. Norme pensate e rappresentazioni di norme in Hans Kelsen e in Max Weber – 4.1.1. Norme meramente pensate in Hans Kelsen – 4.1.2. *Normvorstellung* e operanza di norme in Hans Kelsen e in Max Weber – 4.2. L'analisi dell'esperienza normativa in Leon Petrażycki – 4.2.1. Esperienza normativa e fantasmi emozionali in Petrażycki – 4.2.2. L'inferenza per analogia di norme operanti nella coscienza di altri e l'idiotismo giuridico assoluto – 4.3. Noesi deontica e noesi non-deontica di noemi deontici: norme vissute e norme conosciute – 4.4. Noemi deontici nel diritto statuito, nel diritto intuitivo, nel diritto spontaneo, nel diritto vissuto.

Nil est in intellectu, quod non fuerit in sensu, excipe: nisi ipse intellectus.

Niente v'è nell'intelletto che prima non sia stato nei sensi, eccetto l'intelletto stesso.

Gottfried Wilhelm Leibniz ¹

Νοεῖν οὐκ ἔστιν ἄνευ φαντάσματος.

Non v'è pensiero senza *phantasma*.

Aristotele ²

Nel § 2.4.5. ho detto che il concetto di “noema deontico” può apparire un concetto residuale e di rilevanza marginale nell'indagine dei fenomeni giuridici. In realtà, pur non essendo stato ulteriormente sviluppato da Conte, mi pare che, tra i concetti proposti per distinguere i referenti del termine ‘norma’, il concetto di noema deontico sia uno dei concetti più fecondi, in quanto dischiude nuove prospettive di indagine delle norme e dei fenomeni normativi.

Nel presente capitolo 4. mostrerò quattro ragioni di fecondità di questo concetto.

¹ Gottfried Wilhelm Leibniz, *Nuovi saggi sull'intelletto umano*, II, 1, § 2 (G.W. Leibniz [1765] 1968, p. 238).

² Aristotele, *De memoria*, 449b 34 - 450a 1.

Nel § 4.1. (*Norme pensate e rappresentazioni di norme in Hans Kelsen e in Max Weber*) da un lato mostrerò la rilevanza del concetto di noema deontico, in sede ermeneutica, per l'interpretazione dei concetti di norma meramente pensata e di norma fondamentale nella teoria pura del diritto di Hans Kelsen; dall'altro lato mostrerò che il concetto di noema deontico è un concetto fondamentale per una teoria dell'efficacia e dell'operanza di norme. Come suggeriscono Hans Kelsen e Max Weber, infatti, ad essere efficace o operante sul comportamento di un agente è non direttamente la norma in quanto *status* deontico, ma la rappresentazione che di essa si fa l'agente³.

Nel § 4.2. (*L'analisi dell'esperienza normativa in Leon Petrażycki*) mostrerò che il concetto di noema deontico si rivela fecondo per un'indagine in chiave psicologica e in chiave fenomenologica dell'esperienza normativa.

Nel § 4.3. (*Noesi deontica e noesi non-deontica di noemi deontici: norme vissute e norme conosciute*) preciserò che la rilevanza del concetto di noema deontico trascende i confini dell'indagine dell'esperienza normativa, e distinguerò l'esperienza normativa dalla mera conoscenza di norme.

Nel § 4.4. (*Noemi deontici nel diritto statuito, nel diritto intuitivo, nel diritto spontaneo, nel diritto vissuto*), dopo aver mostrato che il concetto di noema deontico può illuminare la distinzione tra diritto spontaneo e diritto statuito, elencherò alcuni ulteriori temi di ricerca per i quali questo concetto può rivelarsi fecondo.

4.1. NORME PENSATE E RAPPRESENTAZIONI DI NORME IN HANS KELSEN E IN MAX WEBER

4.1.1. *Norme meramente pensate in Hans Kelsen*

La *prima* ragione di fecondità del concetto di noema deontico riguarda, in sede ermeneutica, l'interpretazione del concetto di “norma meramente pensata” e, correlativamente, del concetto di “norma fondamentale” nella teoria pura del diritto di Hans Kelsen.

Accanto alla teoria delle norme valide, e dunque esistenti in e per un ordinamento, vi sono, infatti, nella teoria pura del diritto di Kelsen, alcuni riferimenti a norme che valide non sono, in quanto sono norme meramente pensate.

³ Come hanno recentemente evidenziato Amedeo G. Conte e Paolo Di Lucia, l'efficacia di una norma, intesa come adempimento, è solo una delle forme di operanza delle norme (cfr., in particolare, A.G. Conte 2000; 2011a; P. Di Lucia 1996; 2002; 2003; 2007). Mi occuperò più specificamente del concetto di operanza di norme nel capitolo 5. (*La reazione alla violazione della norma: dal nomotropismo al nomotrofismo*).

È evidente che il referente del sintagma ‘norma meramente pensata’ non può coincidere con il referente del sintagma ‘norma valida’: la norma valida è una norma che esiste in e per un ordinamento; la norma meramente pensata è, invece, una norma che esiste solo nella mente di un determinato soggetto e non è, in quanto tale, dotata di validità e di esistenza in e per l’ordinamento.

Nonostante Kelsen, nella propria teoria pura del diritto, stabilisca un’equivalenza tra *validità* ed *esistenza specifica* di una norma, ed asserisca che la norma è il senso di un atto di volontà, in base al principio positivista e volontaristico secondo il quale “non v’è norma senza un’autorità che la statuisca”⁴, egli ammette, tuttavia, che ci si possa figurare una “norma meramente pensata [*bloß gedachte Norm*]”, così come ci si può figurare qualcosa che in realtà non esiste⁵. Scrive Kelsen: “io posso figurarmi una norma che di fatto non è stata statuita da nessuna autorità e che non è il senso di nessun reale atto di volontà presente nella realtà”⁶. Tra questo concetto di norma meramente pensata e il concetto di noema deontico mi pare vi sia un’evidente affinità.

Il concetto kelseniano di norma meramente pensata potrebbe apparire come un concetto residuale e secondario, privo di ogni rilevanza per una teoria del diritto e degli ordinamenti normativi. Invece, questo concetto svolge un ruolo fondamentale nella teoria dell’ordinamento e nella teoria della validità di norme di Kelsen, così come nell’indagine kelseniana delle condizioni di possibilità della conoscenza giuridica.

È proprio su una norma non valida, ma meramente pensata – su un mero noema deontico – che si fonda, infatti, secondo Kelsen, la validità di tutte le norme di un ordinamento, ed è proprio su quella stessa norma meramente pensata che si regge, nel contesto del normativismo trascendentale kelseniano, la possibilità di una conoscenza di quelle norme. La validità di tutte le norme di un ordinamento, così come la possibilità di conoscere quelle norme, riposano infatti sulla norma fondamentale. Ma nella teoria kelseniana dell’ordinamento, la norma fondamentale non è una norma posta e valida al pari di tutte le altre norme dell’ordinamento: essa non è il senso di un effettivo atto di volontà. La norma fondamentale è, per Kelsen, una norma meramente pensata, un noema deontico.

Nell’edizione della *Dottrina pura del diritto* del 1960, Kelsen scrive infatti:

Se [...] la norma fondamentale non può essere il senso soggettivo di un atto di volontà, può essere soltanto il contenuto di un atto intellettuale; in altre parole, se la norma fondamentale non può essere una norma voluta ma se è logicamente indispensabile enunciarla nella premessa maggiore di un sillogismo che fondi la validità oggettiva di certe norme, può essere soltanto

⁴ H. Kelsen [1979] 1985, p. 55.

⁵ H. Kelsen [1979] 1985, p. 388.

⁶ H. Kelsen [1979] 1985, p. 9.

una norma pensata [...]. Poiché questa norma non è voluta [...], può essere soltanto una norma pensata come presupposto allorché si interpreta come sistema di norme giuridiche valide un ordinamento coercitivo, efficace nelle sue grandi linee.⁷

Questa tesi è confermata anche nell'ultima versione della teoria pura del diritto, presentata nella postuma *Teoria generale delle norme*, nella quale la norma fondamentale è intesa da Kelsen come una finzione nel senso della filosofia del "come-se" di Hans Vaihinger⁸. Anche in quest'opera Kelsen ribadisce che "la norma fondamentale di un ordinamento morale o giuridico positivo è [...] una norma non positiva, bensì semplicemente pensata e cioè una norma fittizia"⁹.

Kelsen precisa che, anche quando qualcuno si raffigura una norma meramente pensata, egli deve pensare contemporaneamente un atto di volontà di cui essa è il senso. In questo caso, tuttavia, l'atto di volontà è a sua volta un atto di volontà meramente pensato, "un atto di volontà fittizio"¹⁰. A produrre la norma meramente pensata non può certo essere l'atto di volontà fittizio (proprio in quanto fittizio); al contrario, l'atto di volontà fittizio è anch'esso il prodotto dell'atto intellettuale in cui la coscienza si rappresenta il noema deontico attraverso il processo psicologico della finzione. È precisamente in questo senso che una norma, e in particolare la norma fondamentale, può dirsi "meramente pensata".

La concezione kelseniana della norma fondamentale come norma meramente pensata, come mero noema deontico, suscita una riflessione sui possibili rapporti tra *status* deontico e noema deontico. Se da un lato, infatti, gli *status* deontici sono entità la cui esistenza oggettiva in e per un ordinamento non dipende da un mero atto intellettuale, ed ha invece specifiche condizioni determinate dall'ordinamento, dall'altro lato l'esistenza dell'ordinamento stesso è determinata da un mero atto di pensiero nel quale si pensa la norma fondamentale¹¹.

La rilevanza del concetto di norma meramente pensata e del concetto di noema deontico non è, tuttavia, circoscritta alla teoria pura del diritto e

⁷ H. Kelsen [1960] 1990, pp. 228-229.

⁸ Cfr. H. Vaihinger 1922.

⁹ H. Kelsen [1979] 1985, p. 434.

¹⁰ H. Kelsen [1979] 1985, p. 388.

¹¹ Questa situazione apparentemente paradossale (ma in realtà coerente con il rifiuto kelseniano di ogni fondamento assoluto della normatività) è paragonabile alla situazione per la quale, viaggiando per terra, noi possiamo oggettivamente dire che abbiamo percorso un tratto di strada di 18,52 chilometri, mentre se percorriamo una distanza identica per mare, potremo oggettivamente dire che abbiamo percorso 10 miglia nautiche. Entrambe le misure sono oggettive entro i rispettivi sistemi di misurazione, ma lo sono soltanto in funzione dell'atto intellettuale con il quale adottiamo come unità di misura il sistema metrico-decimale o il sistema nautico. Senza questo atto intellettuale, nessuna distanza materiale può dirsi né di 18,52 chilometri né di 10 miglia nautiche. Sul rifiuto dell'assoluto in Kelsen, cfr. P. Di Lucia - L. Passerini Glazel 2015; 2020b.

alla soluzione del problema del fondamento della validità giuridica proposta da Kelsen; questo concetto risulta rilevante, al di fuori dei confini della teoria pura del diritto, anche per l'indagine sociologica del diritto, se si tiene conto di tre banali osservazioni.

In primo luogo, come ricorda l'esempio di Conte della norma proposta in un'assemblea legislativa, è evidente che l'attività di creazione di norme non avviene nel vuoto: per essere statuita, una norma deve prima essere pensata. Se, infatti, il noema deontico è, per Conte, uno *status* deontico *in intellectu*, lo *status* deontico è, simmetricamente, un noema deontico *in actu*¹².

In secondo luogo, anche un mero noema deontico proposto in un'assemblea legislativa può condizionare il comportamento dei cittadini. Accade a volte che un agente agisca in funzione di una norma che è stata soltanto proposta: se l'agente ha sufficienti ragioni per ritenere che quella norma sarà presto approvata, egli potrà orientare la propria azione in funzione di essa ancor prima che essa sia stata statuita (penso, ad esempio, ad un progetto di legge che preveda l'introduzione o la revoca di determinate agevolazioni fiscali).

In terzo luogo, sono meri noemi deontici quei progetti normativi che sono contenuti nei programmi elettorali che un partito presenta in vista delle elezioni: pur essendo noemi deontici meramente pensati, anche questi noemi deontici sono spesso in grado di condizionare efficacemente la vita politica di uno stato.

4.1.2. Normvorstellung e operanza di norme in Hans Kelsen e in Max Weber

Accanto al concetto di norma meramente pensata v'è, nell'opera di Kelsen, un'altra declinazione del concetto di noema deontico, attraverso la quale Kelsen chiarisce un aspetto fondamentale della teoria dell'*efficacia* o *operanza* di norme¹³.

In un passo dei *Lineamenti di una teoria generale dello stato* ([1926] 1932) dedicato al concetto di efficacia, o di operanza (*Wirksamkeit*)¹⁴, Kelsen scrive:

¹² A.G. Conte 2012, p. 65.

¹³ Il tradizionale concetto di efficacia come adempimento non è che un caso particolare del più ampio concetto di operanza. Per un'indagine delle forme di operanza di norme che non sono riducibili all'efficacia intesa quale adempimento si vedano, tra le altre, le ricerche sul "nomotropismo" e sull'operanza di norme in Amedeo G. Conte (2000; 2011a) e in Paolo Di Lucia (2003). Si veda inoltre *infra*, il capitolo 5., che sarà dedicato all'indagine di una particolare forma di nomotropismo, l'agire "nomotrofico".

¹⁴ A tradurre i termini tedeschi '*wirksam*' e '*Wirksamkeit*', rispettivamente con 'operante' e 'operanza' è Paolo Di Lucia (2003, pp. 186-188). Prima di Di Lucia, l'aggettivo

In realtà, non sono la norma o l'ordinamento normativo, nella loro specifica validità [*Geltungsexistenz*], a divenire operanti [*wirksam*]. A divenire operante è il fatto che gli uomini si rappresentano [*sich vorstellen*] la norma o l'ordinamento, ed è questa rappresentazione [*Vorstellung*] che diviene operante [*wirksam*], per il fatto che induce gli uomini a un comportamento corrispondente alla rappresentazione della norma.¹⁵

È dunque improprio, per Kelsen, dire “efficace” o “operante” (*wirksam*) una *norma*. Ad essere efficace o operante è, piuttosto, la *rappresentazione* di quella norma (la *Normvorstellung*, la *idea of the norm*)¹⁶ nella mente di un agente: è soltanto questa rappresentazione che può operare nella mente delle persone e influenzarne il comportamento.

Non è implausibile che questa tesi di Kelsen sia ispirata da un noto passo di Max Weber. Scrive infatti Weber:

È chiaro [...] che a levare il cappello dalla mia testa se incontro un conoscente non è la regola convenzionale del saluto, ma la mia mano, la quale è a sua volta mossa o dalla semplice “abitudine” [*Gewöhnung*] ad agire secondo una tale “regola” [*Regel*], o dal sapere per esperienza [*Erfahrungswissen*] che un diverso modo di agire sarebbe considerato sfavorevolmente e provocherebbe conseguenze per me sgradevoli, ossia da un calcolo utilitaristico, o infine dalla mia convinzione [*Ansicht*] che sarebbe sconveniente non osservare senza gravi motivi una “regola convenzionale” [*Konventionalregel*] del tutto inoffensiva e generalmente seguita, ossia da una “rappresentazione normativa” [*Normvorstellung*].¹⁷

La *Normvorstellung* è definita da Weber (in contrapposizione alla mera *abitudine* e al *calcolo utilitaristico*) come la “rappresentazione di una ‘norma’ di per sé stessa dovuta [*Vorstellung einer um ihrer selbst willen gesollten ‘Norm’*]” e, più specificamente, come “la rappresentazione empirica [*empirische Vorstellung*], da parte dell’agente, del fatto che la norma deve valere [*gelten sollte*] per il suo comportamento”, in quanto contrapposta al “valere ideale [*ideelles Gelten*]” d’una norma¹⁸.

Mi domando ora: A quale dei cinque referenti del termine ‘norma’ può essere ricondotta quella rappresentazione della norma che Kelsen di-

‘operante’ è stato impiegato in riferimento a norme dall’internazionalista Roberto Ago (1950).

¹⁵ H. Kelsen [1926] 1932, p. 8, traduzione modificata (cfr. P. Di Lucia 2003, pp. 186-188).

¹⁶ In un analogo passo della *General Theory of Law and State* il traduttore inglese Anders Wedberg usa l’espressione “*the idea of the norm*” ([1945] 2000, p. 40), mentre nella *Allgemeine Staatslehre* Kelsen parla di “*Wirksamkeit der Rechtsnormvorstellungen*” ([1925] 2013, p. 58).

¹⁷ M. Weber [1907] 2012, p. 258.

¹⁸ M. Weber [1907] 2012, pp. 257-258. L’aggettivo ‘empirico’ è qui riferito ad un evento psicologico, non ad un fenomeno materiale. Se io ora immagino un unicorno nel mio studio, è un fatto empirico il processo psicologico della mia immaginazione; ma non è evidentemente un fatto empirico l’esistenza dell’unicorno nel mio studio.

stingue espressamente dalla norma in quanto valida ed esistente entro un ordinamento (dalla norma nella sua *Geltungsexistenz*) e Weber distingue dal valere ideale della norma?

Mi pare evidente che questa rappresentazione della norma non possa essere ricondotta né ad un enunciato deontico, né ad una enunciazione deontica, né ad una proposizione deontica, né ad uno *status* deontico, ma debba piuttosto essere ricondotta al concetto di *noema deontico*.

Sarebbe, dunque, soltanto di un noema deontico che si può predicare, nell'analisi di Kelsen, l'efficacia o l'operanza sull'azione.

In questo caso, tuttavia, a differenza del caso della norma meramente pensata, il noema deontico è la rappresentazione che l'agente si fa di una norma *valida* entro un ordinamento, pur essendo da questa distinta. Ciò che, d'altro canto, affermano Kelsen e Weber è che la norma *valida* non può divenire di per sé efficace o operante sull'azione: l'efficacia o l'operanza d'una norma sull'azione di un agente è necessariamente mediata dalla rappresentazione che l'agente si fa di quella norma, ossia da un noema deontico.

Questa osservazione illumina la possibilità di indagare, in sede di psicologia e di sociologia della normatività, il possibile scarto tra la norma in quanto parte dell'ordinamento giuridico e le effettive rappresentazioni di quella norma che si danno nell'esperienza normativa degli individui e che possono divenire operanti sul loro comportamento.

Nel successivo § 4.2. indagherò proprio l'esperienza normativa, attraverso l'esame della teoria dell'esperienza normativa proposta dal filosofo del diritto russo-polacco Leon Petrażycki (1867-1931); mi occuperò, invece, nel capitolo 5. delle differenti forme dell'operanza delle norme sull'azione.

4.2. L'ANALISI DELL'ESPERIENZA NORMATIVA IN LEON PETRAŻYCKI

Come ho mostrato nel capitolo 3., nella concezione kelseniana della norma, la norma è non il senso soggettivo, ma il senso *oggettivo* di un atto di statuizione normativa, un senso che non è determinato *ab intra* dal *soggetto* che compie l'atto, ma *ab extra* dalle norme dell'ordinamento che ascrivono a quell'atto il senso giuridico oggettivo di atto di statuizione normativa.

Per Kelsen, ed in genere per le teorie giuspositivistiche della norma, il problema principe della teoria del diritto è quello che Bobbio chiama il "problema *ontologico* del diritto"¹⁹, ossia il problema della validità e dell'esistenza oggettiva delle norme entro un ordinamento giuridico. È caratteristico di buona parte delle teorie giuspositivistiche della norma pri-

¹⁹ N. Bobbio 1993, pp. 24-25.

vilegiare, nell'indagine delle norme, il momento linguistico degli atti di posizione delle norme e trascurare, invece, come irrilevante per la teoria del diritto, un altro aspetto dei fenomeni normativi: l'aspetto dell'esperienza delle norme. L'aspetto dell'esperienza normativa è invece più frequentemente indagato nell'ambito delle teorie giusrealistiche del diritto e delle concezioni psicologistiche del diritto.

Anche quando indagano il problema dell'efficacia delle norme, ossia il problema del rapporto tra norma e azione, molte teorie giuspositivistiche adottano, in genere, il punto di vista di quella che Immanuel Kant chiama la legalità (*legalitas*, *Legalität* o *Gesetzmäßigkeit*), e che consiste nell'indagare soltanto il "puro accordo o disaccordo di un'azione con la legge, senza riguardo alcuno all'impulso dell'azione"; esse trascurano, invece, come irrilevante per l'indagine dei fenomeni giuridici, il punto di vista della moralità (*moralitas*, *Moralität* o *Sittlichkeit*), che si ha quando "l'idea del dovere è al tempo stesso impulso all'azione"²⁰.

Tuttavia, nell'ambito di una filosofia della norma, l'indagine dell'esperienza normativa non è incompatibile, ma piuttosto è complementare all'indagine del problema della validità delle norme. L'apparente incompatibilità tra la teoria della validità e la teoria dell'operanza di norme si spiega e si comprende qualora si osservi, come peraltro fa lo stesso Kelsen, che l'indagine dell'operanza delle norme sull'azione ha per oggetto *non* la norma intesa oggettivamente come uno *status* deontico la cui esistenza convenzionale è determinata dall'ordinamento *iuxta propria principia*, ma è piuttosto intesa soggettivamente come rappresentazione vissuta della norma, come noema deontico. La validità e l'operanza delle norme non sono due fenomeni incompatibili, ma piuttosto due grandezze incommensurabili, così come sono grandezze incommensurabili nella geometria euclidea il lato e la diagonale di un quadrato; ma pur essendo grandezze incommensurabili, il lato e la diagonale del quadrato sono due grandezze di una stessa figura geometrica.

Kant d'altra parte afferma che in tutti i fenomeni normativi (*zu aller Gesetzgebung*) "si trovano due elementi: *in primo luogo* una legge [*Gesetz*], che rappresenta *oggettivamente* come necessaria l'azione che deve essere compiuta, che cioè faccia di quell'azione un dovere; *in secondo luogo* un impulso [*Triebfeder*], che connette *soggettivamente* alla rappresentazione della legge il fondamento che determina la scelta di questa azione"²¹.

Alle teorie della norma che indagano l'aspetto *oggettivo* della creazione della norma sono allora complementari le teorie che indagano, invece, l'aspetto *soggettivo* dell'esperienza normativa nella quale alla rappresentazione della norma eventualmente si associa l'impulso all'azione ad essa conforme.

²⁰ I. Kant [1797] 1998, p. 21.

²¹ I. Kant [1797] 1998, p. 20, traduzione modificata.

Ma che cos'è l'esperienza normativa?

Ecco un ulteriore fenomeno che può essere illuminato attraverso il concetto di noema deontico (e attraverso il concetto ad esso correlato di “noesi deontica”): il fenomeno dell'esperienza normativa.

Una delle più articolate teorie dell'esperienza normativa è indubbiamente quella proposta da Leon Petrażycki²². Nel presente § 4.2. ricostruirò sinteticamente gli aspetti più rilevanti della teoria dell'esperienza di norme di Petrażycki attraverso il concetto di “noema deontico” e il concetto, ad esso correlativo, di “noesi deontica”.

Per Conte, il noema deontico è “l'aspetto oggettivo di una *noesi* deontica”²³. Egli, tuttavia, non specifica e non indaga in che cosa consista esattamente una *noesi* deontica. Nella fenomenologia di Husserl, la noesi è l'aspetto soggettivo di un'esperienza vissuta della coscienza, mentre il noema ne è l'aspetto oggettivo: il noema è, in altri termini, un oggetto intenzionale della coscienza, così come esso si dà entro un determinato tipo di noesi. Tipi differenti di noesi – per esempio, il percepire, il ricordare, l'immaginare – hanno per oggetto tipi differenti di noemi.

Conte suggerisce che tra i differenti tipi di noesi, si debba distinguere anche una noesi deontica, la quale ha come oggetto intenzionale un noema deontico.

Ma che tipo di noesi è la noesi deontica d'un noema deontico?

Affronterò questa domanda muovendo dall'indagine dell'esperienza normativa condotta da Leon Petrażycki²⁴.

²² In Petrażycki il concetto di esperienza normativa include non soltanto l'esperienza giuridica, ma anche l'esperienza morale e l'esperienza estetica. Ricordo che, nell'ambito della teoria e della filosofia del diritto, il concetto specifico di “esperienza giuridica” (*Rechtserlebnis*, *expérience juridique*) è stato indagato, tra gli altri, da Fritz Sander (1921, 1926-1927), Max Ascoli (1928), Felice Battaglia (1932), Giuseppe Capograssi (1932, 1937), Widar Cesarini Sforza (1934), Georges Gurvitch (1935), Enrico Opocher (1947, 1976) e Renato Treves (1938, 1947). Per ulteriori riferimenti bibliografici rimando all'antologia *L'antiformalismo giuridico* di Aristide Tanzi (1999, pp. 81-93). Per un'analisi più completa della teoria del diritto e delle norme di Petrażycki si vedano, invece, le ricerche di Edoardo Fittipaldi (2012a; 2012b; 2016a; 2016b) e il volume in preparazione *The Living Legacy of Leon Petrażycki*, a cura di Edoardo Fittipaldi e A. Javier Treviño.

²³ A.G. Conte 2012, p. 64n.

²⁴ Edmund Husserl introduce i concetti di noema e di noesi, per quanto mi è noto, in *Ideen I* (E. Husserl [1913] 2002: libro I, sezione III, capitolo 3, §§ 87-96). L'analisi psicologica dell'esperienza normativa proposta da Petrażycki, di impostazione dichiaratamente psicologista, richiama alcuni aspetti dell'analoga analisi proposta da Axel Hägerström, ed anticipa alcuni aspetti dell'emotivismo del XX secolo, pur non essendo ad esso riducibile. Alcuni elementi dell'analisi di Petrażycki, suggeriscono, tuttavia, che non gli fossero estranei i concetti della fenomenologia, e che una lettura in chiave fenomenologica possa illuminare alcune importanti intuizioni di Petrażycki. Già Jerzy Lande, allievo di Petrażycki, aveva più esplicitamente contaminato psicologismo e fenomenologia. Sull'interpretazione in chiave fenomenologica della teoria del diritto di Petrażycki, cfr. anche i contributi di Elena V. Timoshina e Andrey V. Polyakov in E. Fittipaldi - A.J. Treviño (eds.) [in preparazione].

4.2.1. Esperienza normativa e fantasmi emozionali in Petrażycki

Per Petrażycki i fenomeni normativi non sono altro che fenomeni psicologici²⁵: le norme, in senso proprio, non possono essere identificate né con enunciati deontici, né con enunciazioni deontiche, né con proposizioni deontiche, né con *status* deontici²⁶.

Secondo Petrażycki, quando qualcuno vede – come spesso fanno i giuristi – i fenomeni giuridici in un mondo esterno al soggetto che ne fa esperienza (quando qualcuno vede, per esempio, diritti e doveri come “proprietà” degli oggetti o dei soggetti ai quali essi sono ascritti, o quando qualcuno crede nell’esistenza di un obbligo, di un divieto, o di una norma nel mondo esterno alla propria mente), egli è vittima di “un’illusione ottica”, di un fraintendimento che è determinato dal fatto che egli *proietta al di fuori* della propria mente qualcosa che esiste unicamente *all’interno* di essa²⁷.

Questo “punto di vista proiettivo” genera ciò che Petrażycki chiama “fantasmi emozionali”, i quali sono determinati dal fatto che il soggetto ha l’impressione che i fenomeni giuridici quali norme, diritti, doveri, obblighi e divieti esistano all’esterno del soggetto stesso, mentre invece essi non sono altro che il correlato di un’esperienza normativa che ha luogo nella psiche del soggetto. Scrive Petrażycki:

Le norme e gli obblighi morali e giuridici non consistono in alcunché di effettivamente e oggettivamente esistente al di fuori delle menti delle persone che affermano o negano la loro esistenza [...]. Essi sono meri riflessi o proiezioni degli stati psichici di quelle persone.²⁸

Se, dunque, le norme e gli obblighi che crediamo di vedere nel mondo esterno sono meri fantasmi emozionali, sono mere proiezioni psicologiche, quali sono quei processi o stati psichici che inducono a proiettare questi oggetti nel mondo esterno alla mente? E qual è quell’elemento dell’esperienza normativa interiore che, come il fotogramma impresso su una pellicola, viene proiettato sullo schermo esterno della realtà?

²⁵ Cfr. L. Petrażycki [1908, 1909-1910] 2011, p. 43.

²⁶ Petrażycki assume il primo (se non il terzo, secondo una differente interpretazione della sua teoria della norma) dei quattro atteggiamenti teorici da me distinti al § 2.3. Egli, infatti, indaga enunciati deontici ed enunciazioni deontiche (gli atti di statuizione di norme, ad esempio) *non* in quanto norme, ma in quanto *fatti normativi* (cfr., ad esempio, L. Petrażycki [1908, 1909-1910] 2011). Proprio per il concetto di “fatto normativo” Petrażycki è stato ricordato in Italia, tra gli altri, da Norberto Bobbio ([1962, 1967] 1994). Al pensiero di Petrażycki è stato recentemente dedicato un simposio internazionale a San Pietroburgo il 14-15 dicembre 2017, in occasione del centocinquantésimo anniversario della nascita.

²⁷ Cfr. L. Petrażycki [1908, 1909-1910] 2011, pp. 8, 40-45.

²⁸ L. Petrażycki [1908, 1909-1910] 2011, p. 112, traduzione mia.

Secondo Petrażycki, l'esperienza normativa che causa la proiezione fantasmatica di una norma nella realtà esterna al soggetto è una "immediata combinazione della rappresentazione di un'azione con un'emozione che respinge o incoraggia la condotta ad essa corrispondente"²⁹.

Riporto un passo nel quale Petrażycki sintetizza la propria concezione dell'esperienza normativa e delle norme:

L'esistenza e l'operanza, nella nostra psiche, di combinazioni immediate di rappresentazioni di un'azione e di emozioni [*émocii*] che respingono o incoraggiano la condotta ad essa corrispondente (cioè di emozioni appulsive o repulsive) può manifestarsi sotto forma di giudizi [*suždenija*] che respingono o incoraggiano una determinata condotta *per se* (e non quale mezzo per un determinato fine), come, ad esempio: "Mentire è vergognoso", "Non si deve mentire", "Si deve dire la verità", e così via. Chiamo "giudizi pratici di principio [*principial'nye praktičeskie suždenija*]", o [...] "giudizi normativi [*normativnye suždenija*]" i giudizi basati su tali combinazioni di rappresentazioni di azioni e di attrazioni o repulsioni; chiamo "regole di condotta di principio [*principial'nye pravily povedenija*]", "principi di condotta [*principy povedenija*]", o "norme [*normy*]", il contenuto di simili giudizi. Chiamo "convinzioni pratiche di principio" o "convinzioni normative [*normativnye ubeždenija*]" le disposizioni [psichiche] [*dispozicii*] corrispondenti.³⁰

Al di là, dunque, delle proiezioni fantasmatiche di norme nel mondo esterno alla coscienza, la realtà della norma è individuata da Petrażycki nel "contenuto" correlato a un giudizio normativo basato sulla combinazione di una rappresentazione d'azione e di un'emozione appulsiva o repulsiva³¹.

²⁹ L. Petrażycki [1908, 1909-1910] 2011, p. 30. L'analisi psicologica dell'esperienza normativa proposta da Petrażycki presenta dei tratti di originalità rispetto alle teorie psicologiche della sua epoca, ad esempio per quanto riguarda la distinzione (accanto ad esperienze attive e ad esperienze passive) di esperienze che sono attive-passive, ossia le emozioni (che sono alla base, tra l'altro, delle esperienze normative). Non ho le competenze per valutare l'analisi di Petrażycki in rapporto allo stato attuale delle conoscenze in psicologia; mi pare, tuttavia, che alcune conclusioni di Petrażycki anticipino, ad esempio, le ricerche di Paul Rozin, Jonathan Haidt e Clark R. McCauley (2008) sui nessi tra disgusto e moralità, e che possano fornire spunti per le più recenti indagini nel campo delle neuroscienze e dell'etologia. Per un'analisi più approfondita del pensiero di Petrażycki rimando ai contributi di Edoardo Fittipaldi (in particolare, 2012a; 2012b; 2016a; 2016b).

³⁰ L. Petrażycki [1908, 1909-1910] 2011, pp. 30-31, traduzione italiana in E. Fittipaldi 2012b, p. 30, da me leggermente modificata. A questa struttura fondamentale dell'esperienza normativa possono aggiungersi, secondo Petrażycki, altri elementi, come la rappresentazione di un'ipotesi condizionante (nel caso delle norme ipotetiche), la rappresentazione dei destinatari, e la rappresentazione di un fatto normativo, ossia di un fatto che chi ha una convinzione normativa ritiene essere causa e giustificazione della propria convinzione normativa. Per un'analisi dettagliata di questi ulteriori possibili elementi dell'esperienza normativa rimando a Fittipaldi (2012b, § 2.4., pp. 35-41).

³¹ Come ha recentemente ricordato il filosofo polacco Jan Woleński in un intervento all'International Academic Conference su *The Scientific Legacy of Leon Petrażycki: History and Modernity (on the 150th Anniversary of His Birth)* tenutasi a San Pietroburgo il 14 e 15 dicembre 2017, la teoria di Petrażycki non deve essere confusa con l'emotivismo,

È importante sottolineare che il giudizio non è inteso da Petrażycki in senso meramente linguistico o in senso logico-astratto: i giudizi sono al contrario, per Petrażycki, atti psichici basati su un elemento emozionale. I giudizi *positivi* sono atti “*appulsivo-emozionali*”, i giudizi *negativi* sono atti “*repulsivo-emozionali*”³².

In questo senso, dunque, la norma non è, nella teoria di Petrażycki, né un enunciato deontico, né una enunciazione deontica, né una proposizione deontica, né uno *status* deontico. Essa è, piuttosto, nel lessico fenomenologico, un *noema* deontico, la cui *noesi* è una noesi specificamente deontica: una noesi deontica che consiste in un’esperienza appulsivo-emozionale o repulsivo-emozionale basata sulla combinazione di una rappresentazione d’azione e di un’emozione appulsiva o repulsiva.

4.2.2. *L’inferenza per analogia di norme operanti nella coscienza di altri e l’idiotismo giuridico assoluto*

La teoria psicologica dell’esperienza normativa di Petrażycki è una teoria di norme che vengono vissute nella coscienza di un determinato soggetto, ossia di noemi deontici che sono oggetto di una noesi deontica. Essa suscita, però, una domanda: Se la norma intesa come *noema* deontico è il correlato di una specifica *esperienza emozionale normativa* del soggetto (di una noesi specificamente deontica), è possibile conoscere le norme vissute dagli altri? È possibile, in particolare, avere un’*esperienza non-partecipante e non specificamente normativa* di una norma altrui (una *nicht-teilnehmende Erfahrung* della norma, in quanto contrapposta al *teilnehmendes Erlebnis* di essa)³³? È possibile, in altri termini, avere una noesi *non-deontica* d’un noema deontico, ad esempio d’un noema deontico presente e operante nella coscienza di altri soggetti?

Petrażycki dà una risposta parziale a questa domanda: è possibile acquisire informazioni (sempre caratterizzate da un grado maggiore o minore di ipoteticità) sui fenomeni normativi che hanno luogo nelle menti di altri soggetti per mezzo di “inferenze per analogia”.

Questa possibilità presuppone, tuttavia, che si abbia familiarità con i fenomeni normativi per averli già esperiti personalmente; essa è, al contra-

ad esempio, di Alfred J. Ayer ([1936] 1946), in quanto Petrażycki fonda la propria teoria su una categoria di emozioni, che egli chiama impulsi (*impul'sia*), caratterizzati (a differenza delle esperienze cognitive, dei sentimenti, e della volontà) da una struttura allo stesso tempo *attiva* e *passiva*. Su questo punto, cfr. E. Fittipaldi (2012a; 2012b).

³² L. Petrażycki 1908, p. 246 s., citato in E. Fittipaldi 2012b, p. 31.

³³ La distinzione che qui propongo tra una esperienza *non-partecipante* (una *nicht-teilnehmende Erfahrung*) e una esperienza *partecipante* (un *teilnehmende Erlebnis*) della norma è evidentemente ispirata al concetto di “osservazione partecipante” dell’antropologo Bronisław Malinowski.

rio, preclusa in caso di ciò che Petrażycki chiama “idiotismo giuridico assoluto”, ossia la “impossibilità di avere esperienze giuridiche”: una persona che soffra di idiotismo giuridico assoluto non sarebbe in grado, secondo Petrażycki, di sapere che cosa è il diritto, in quanto non è in grado di vivere esperienze normative³⁴. La risposta di Petrażycki si presta, tuttavia, a due interpretazioni (ove la seconda sembra più verisimile della prima).

Nella *prima* interpretazione, quando un soggetto si rappresenta una norma (un noema deontico) operante nella mente di un altro soggetto, egli deve necessariamente avere un’*esperienza partecipante* di *quella* norma: lo *stesso noema deontico* deve essere oggetto di una *analoga noesi deontica*. Secondo questa *prima* interpretazione, non v’è *noema deontico* se non in quanto correlato di una *noesi specificamente deontica*, ossia di un’esperienza emozionale *normativa* effettivamente vissuta di *quel* noema deontico. Ma come potrei allora, secondo questa interpretazione, rappresentarmi una norma altrui che prevede discriminazioni per motivi di genere o di razza, se io vivo costantemente un’esperienza normativa repulsiva nei confronti di essa?

Nella *seconda* interpretazione è invece sufficiente (ma al contempo necessario) aver avuto precedenti esperienze normative in senso generale (precedenti noesi deontiche di *differenti* noemi deontici) per essere in grado di acquisire una *conoscenza non-partecipante* dei noemi deontici operanti nelle menti altrui³⁵. In questa *seconda* interpretazione è allora necessario distinguere un’esperienza *normativa* (una noesi specificamente deontica) e un’esperienza *non-normativa* (una noesi non specificamente deontica) d’un noema deontico. Tuttavia, per avere un’esperienza *non-normativa* (una *noesi non-deontica*) d’un noema deontico, è comunque necessario avere la *capacità* di fare esperienze *normative* (di avere *noesi deontiche*) di noemi deontici³⁶.

4.3. NOESI DEONTICA E NOESI NON-DEONTICA DI NOEMI DEONTICI: NORME VISSUTE E NORME CONOSCIUTE

Le osservazioni sulla possibilità di inferire per analogia norme (noemi deontici) che sono oggetto di esperienza normativa da parte di un altro soggetto (così come il concetto kelseniano di norma meramente pensata)

³⁴ L. Petrażycki [1908, 1909-1910] 2011, p. 15.

³⁵ Esattamente come non è necessario provare la *stessa* fame di un altro soggetto, ma è invece sufficiente aver provato fame in passato, per comprendere la fame di quel soggetto.

³⁶ Una capacità analoga è stata recentemente indagata da Giuseppe Lorini attraverso il concetto di “capacità nomica” (cfr. G. Lorini 2017; 2018).

suggeriscono l'ipotesi che l'esperienza *di norme* non sia riducibile all'esperienza *normativa*. In altri termini: di un noema deontico è possibile avere tanto un'esperienza normativa, ossia una noesi propriamente deontica, quanto un'esperienza non-normativa, ossia una noesi non-deontica.

In questo senso, io posso, infatti, rappresentarmi nella mente (in astratto o come norma di un determinato ordinamento) una norma discriminatoria nei confronti di una determinata classe di soggetti; ma questa mia rappresentazione della norma discriminatoria, questo noema deontico presente nella mia rappresentazione mentale, non implica che io provi apulsione per gli atti discriminatori previsti da quella norma. Al contrario: è probabile che quel noema deontico venga immediatamente associato, nella mia mente, a un'esperienza normativa di repulsione.

Questa tesi, secondo cui, accanto alla noesi specificamente *deontica* d'un noema deontico si deve distinguere una noesi *non-deontica* (una tesi che ha delle importanti ripercussioni per la teoria dell'operanza di norme) è documentata (seppur in termini parzialmente differenti) anche in Ota Weinberger³⁷.

Come ho ricordato nel § 1.2., per Weinberger la norma è non un'entità materiale, bensì un'entità ideale (*ideelle Entität*)³⁸.

Essa è, in particolare, un pensiero normativo, un *Normgedanke*. Weinberger specifica che la norma può essere considerata in astratto, ossia come “un pensiero [*Gedanke*] nel senso in cui questo termine è impiegato allorquando si definisce la logica come analisi di pensieri [*Gedankenanalyse*]”, ossia “un pensiero in senso oggettivo, [...] in un senso che fa astrazione dai processi mentali (i cui contenuti possono essere pensieri in senso oggettivo)”³⁹. Tuttavia, per Weinberger, una “corretta comprensione della natura ideale delle norme sta in rapporto con il loro funzionamento effettivo”⁴⁰. Egli osserva, infatti, che le norme “vivono nella sfera della coscienza umana”, e che è l'esistenza reale delle norme (*das Dasein der Normen*), il dover-essere come contenuto della coscienza (*das Soll-Bewußtsein*), ad influenzare il comportamento umano⁴¹.

Weinberger distingue, però, due modi in cui una norma può essere un contenuto della coscienza (*Inhalt des Bewußtseins*). Una norma può essere un contenuto della coscienza, da un lato,

³⁷ O. Weinberger [1970] 2012.

³⁸ In questo passo dell'originale tedesco, Weinberger inspiegabilmente oscilla tra “*ideelle Entität*” e “*ideale Entität*” (O. Weinberger 1970, pp. 208-209).

³⁹ O. Weinberger [1970] 2012, p. 28. Soltanto se si concepisce il pensiero normativo (*Normgedanke*) in questi termini può darsi, secondo Weinberger, “una teoria delle relazioni logiche tra norme” ([1970] 2012, p. 28).

⁴⁰ O. Weinberger [1970] 2012, p. 29.

⁴¹ O. Weinberger [1970] 2012, p. 28. Quest'ultima osservazione di Weinberger, secondo la quale è il dover-essere come contenuto della coscienza (*das Soll-Bewußtsein*) a influenzare il comportamento umano, richiama la tesi dell'efficacia o dell'operanza della *Normvorstellung* che ho esaminato *supra* (§ 4.1.2.) in riferimento a Kelsen e a Weber.

- (i) come *partecipe esperienza vissuta di un dover-essere*, come “*Soll-Erlebnis*”, ossia come la “consapevolezza che qualcosa è dovuto [*gesollt*]”, o “come il volere del dovuto [*als Wollen des Gesolltes*]”: è in questo senso, ad esempio, che “il costume, il diritto e altri sistemi di norme sono vissuti (voluti) come dovuti [*als gesollt erlebt (gewollt)*] da coloro che li supportano [*Trägern*] (e non solamente dagli organi che emanano le norme)”;

ma, dall’altro lato, una norma può anche essere un contenuto della coscienza

- (ii) come *impartecipe conoscenza d’un dover-essere*, come “*Soll-Wissen*”, ossia come “conoscenza del fatto che un dover-essere è valido [*gilt*] in un gruppo umano”, o come “conoscenza del dover-essere secondo un certo ordinamento, ove questo dover-essere non necessariamente deve essere accettato [*akzeptiert*] e (o) voluto anche dal soggetto osservatore”.⁴²

In Weinberger, dunque, il noema deontico può essere il correlato tanto di una noesi specificamente *deontica* (di un’esperienza *normativa* partecipante) – ed è allora una norma vissuta – quanto di una noesi meramente *teoretica* (di un’esperienza *cognitiva* non-partecipante), ed è allora una norma meramente conosciuta⁴³.

Anche in questo caso, tuttavia, l’ipotesi dell’idiotismo giuridico prospettata da Petrażycki suggerisce che la possibilità di avere una noesi meramente teoretica d’un noema deontico (un *Soll-Wissen*) sia subordinata alla *capacità*, in generale, *di vivere esperienze specificamente normative* di noemi deontici (*Soll-Erlebnisse*), ossia a quella che Giuseppe Lorini chiama “capacità nomica”⁴⁴.

Questa osservazione suscita un’ulteriore e più fondamentale domanda: se non vi fosse la *possibilità*, nella coscienza umana (e forse non soltanto umana), di vivere un’esperienza normativa di noemi deontici sarebbero forse concepibili fenomeni quali enunciati deontici, enunciazioni deontiche, proposizioni deontiche, *status* deontici?

⁴² O. Weinberger [1970] 2012, p. 34.

⁴³ Al concetto di *Soll-Erlebnis* non è irrelato il concetto di “diritto vissuto”, di *Erlebensrecht* proposto da Amedeo G. Conte (2008). La distinzione tra *Soll-Erlebnis* e *Soll-Wissen*, tra una noesi specificamente deontica e una noesi meramente teoretica di un noema deontico, illumina la distinzione proposta da Herbert L.A. Hart tra punto di vista *interno* e punto di vista *esterno*. In questa prospettiva, l’idiotismo giuridico assoluto a cui fa riferimento Petrażycki potrebbe essere messo in relazione con il punto di vista esterno *estremo* di Hart (cfr. H.L.A. Hart [1961] 1991: cap. 5, § 2). Per un’analisi approfondita della distinzione tra punto di vista interno e punto di vista esterno in Hart, cfr. S.J. Shapiro 2006.

⁴⁴ Cfr. G. Lorini 2017; 2018.

4.4. NOEMI DEONTICI NEL DIRITTO STATUITO, NEL DIRITTO INTUITIVO, NEL DIRITTO SPONTANEO, NEL DIRITTO VISSUTO

Nel presente capitolo 4. ho fin qui mostrato in che senso, in Kelsen, in Weber e in Petrażycki, l'operanza e l'esperienza vissuta delle norme possono essere indagate alla luce dei concetti di noema deontico e di noesi deontica.

Tra la teoria di Kelsen e quella di Petrażycki v'è, però, un'importante differenza: mentre Kelsen, nella sua indagine dell'operanza di norme fa riferimento a rappresentazioni nella mente dell'agente che corrispondono (almeno in un certo grado) a *norme valide* entro un ordinamento (norme le quali sono, per Kelsen, il prodotto di un atto di volontà), per Petrażycki, invece, accanto a casi in cui ad essere oggetto dell'esperienza normativa sono noemi che corrispondono a determinati *fatti normativi* (come le statuizioni di un legislatore o il comportamento degli antenati) esterni alla mente dell'agente, vi sono altri casi in cui l'esperienza normativa ha per oggetto un noema deontico che non corrisponde ad alcunché di esterno alla mente dell'agente, e che si presenta spontaneamente nell'esperienza normativa, come nel caso del diritto intuitivo⁴⁵.

Questa duplice possibilità è riconosciuta anche da Roberto Ago, il quale, dopo aver distinto norme *spontanee* e norme *positive*, scrive:

Tutte le norme [...] hanno sede nella coscienza dei membri della società in cui quel sistema è operante: le une vi si trovano perché vi si sono direttamente e spontaneamente formate, le altre perché vi sono penetrate di riflesso come il prodotto di un fatto giudicato come normativo da una norma ivi preesistente.⁴⁶

Proprio l'idea delle norme spontanee di Roberto Ago suggerisce altri possibili campi d'indagine della scienza, della filosofia e, in particolare, della sociologia del diritto nei quali il concetto di noema deontico e l'analisi dell'esperienza normativa possono rivelarsi fecondi.

Ad un sociologo o ad un filosofo del diritto attento ai motivi che determinano l'agire degli individui apparirà evidente, infatti, che vi sono, nella vita del diritto, molti fenomeni nei quali ad essere operante quale norma dell'azione di un agente sono noemi deontici i quali non corrispondono necessariamente a norme espressamente statuite entro un ordinamento.

In questo senso il concetto di noema deontico può illuminare non soltanto l'operanza di norme statuite e l'operanza di fenomeni di diritto

⁴⁵ Per un'analisi più approfondita della originale e feconda teoria dei fatti normativi proposta da Petrażycki, rimando a E. Fittipaldi 2012a; 2012b; e a L. Passerini Glazel [in preparazione].

⁴⁶ R. Ago 1950, p. 81. Il concetto di "fatto giudicato come normativo" in Ago presenta interessanti assonanze con il concetto di "fatto normativo" in Petrażycki ([1909-1910] 2011).

spontaneo o di diritto intuitivo, ma anche fenomeni quali: l'applicazione di norme non statuite, per analogia con altre norme statuite entro un ordinamento, o per generalizzazione a partire da decisioni precedentemente assunte dalle corti; l'operanza del diritto giurisprudenziale⁴⁷ e il rinvenimento (la *inventio*, per usare un termine caro a Paolo Grossi)⁴⁸ di norme "inespresse" o di principi generali non esplicitamente statuiti entro un determinato ordinamento a partire da una pluralità di norme statuite entro quell'ordinamento, o a partire dalla cultura giuridica che quell'ordinamento informa; lo svilupparsi di una *opinio iuris* relativa a norme consuetudinarie (ove la *opinio* verte inizialmente su noemi deontici vissuti, ma non ancora validi nell'ordinamento giuridico)⁴⁹; l'instaurarsi di norme sulla base di comportamenti reiterati o esemplari (ad esempio, nella consuetudine in generale, e nelle consuetudini costituzionali in particolare); l'operanza di criptotipi nelle decisioni giudiziali, come suggerisce Rodolfo Sacco⁵⁰; l'operanza in una società di convinzioni relative al diritto divino, al diritto naturale o ai diritti naturali.

Ancora, il concetto di noema deontico e l'analisi dell'esperienza normativa possono rivelarsi fecondi da un lato, in prospettiva teorica o in sede di storia e di politica del diritto, per il tema dei diritti umani, la cui tutela è spesso preceduta da una fase in cui quei diritti sono vissuti normativamente senza che essi siano positivizzati nell'ordinamento; dall'altro lato posso-

⁴⁷ Ricordo, in particolare, il *Saggio sul diritto giurisprudenziale* di Luigi Lombardi Vallauri (1967).

⁴⁸ Il riferimento è a quella attività di "invenzione del diritto" – concetto forse non immemore della *freie Rechtsfindung* rivendicata, nell'ambito del movimento per il diritto libero, da Eugen Ehrlich ([1903] 1973) – che dà il titolo ad un recente volume di Paolo Grossi (2017), ove il termine "invenzione" è da Grossi inteso nel senso del latino '*inventio*'.

⁴⁹ Attraverso il concetto di noema deontico si può immaginare una possibile replica alla nota critica operata da Bobbio ([1962, 1967] 1994) alla teoria della consuetudine in termini di *opinio iuris*: per Bobbio la *opinio iuris* non può essere il fondamento di validità (e, dunque, di esistenza, come pare sottintendere l'argomento di Bobbio) di una norma che, in quanto oggetto della *opinio*, deve a questa *opinio* pre-esistere. Questa critica potrebbe cadere se si ritenesse che la *opinio iuris* ha ad oggetto (non già una norma valida, uno *status* deontico valido, bensì) un *noema* deontico che si riscontri già operante (per diversi possibili motivi, tra i quali non sono da escludere credenze erronee) sull'azione di una pluralità di agenti. Non v'è qui spazio per un esame più approfondito di questa possibile replica a Bobbio: mi limito ad osservare che questa replica richiederebbe di distinguere l'*opinio* (in origine eventualmente errata) che una norma già *valga*, dalla *opinio* che una norma *debba valere* quale norma giuridica, quale *status* deontico, entro un determinato ordinamento. Mi limito qui a notare che anche il procedimento legislativo non muove dal nulla, ma da un *noema* deontico, il quale viene proposto attraverso una sua formulazione testuale ad un organo legislativo, e viene da questo organo fatto oggetto di votazione e di eventuale approvazione prima di divenire, in virtù di questo procedimento, uno *status* deontico valido entro l'ordinamento. Segnalo che in Petrzycki v'è una interessante teoria della consuetudine, per la quale rimando a E. Fittipaldi - E.V. Timoshina 2017.

⁵⁰ Cfr. R. Sacco 1989; 2015 e *infra*, § 6.3.

no contribuire a rilevare e illuminare quei casi, non ignoti alla sociologia del diritto, in cui alla statuizione di una norma non fa seguito il radicarsi di una corrispondente esperienza normativa; in questi casi può essere utile intervenire allora con strumenti diversi rispetto alla mera attività di normazione (un esempio fra tanti: la pubblicità progresso) per diffondere l'operanza effettiva del noema deontico corrispondente o, al contrario, per sradicare noemi deontici consolidati che siano in contrasto con il diritto statuito. Si pensi, ad esempio, all'abbandono del duello nella società inglese indagato da Kwame A. Appiah⁵¹, o al superamento della giustizia vendicativa durante l'integrazione di comunità indigene nella vita giuridica degli stati moderni⁵².

⁵¹ K.A. Appiah [2010] 2011.

⁵² Cfr., ad esempio, R. Márquez Porras 2019.

5.

LA REAZIONE ALLA VIOLAZIONE DELLA NORMA: DAL NOMOTROPISMO AL NOMOTROFISMO

SOMMARIO: 5.1. Agire nomotropico – 5.2. Agire nomotrofico – 5.3. La valenza nomotrofica della vendetta – 5.4. La valenza nomotrofica del perdono – 5.5. Le presupposizioni della vendetta e del perdono – 5.6. Specificità del perdono come forma di reazione alla violazione d'una norma.

Certainly, in taking revenge, a man is but even with his enemy.

Di certo, nel vendicarsi, un uomo non è che pari al suo nemico.

Sir Francis Bacon ¹

*Es ist menschlich, bloss zu strafen;
Aber göttlich, zu verzeihn.*

Umano è solo punire,
divino è perdonare.

Franz Xaver Huber - Peter von Winter ²

Nel capitolo 4. (*Norme meramente pensate, rappresentazioni di norme ed esperienza normativa*) ho indagato uno dei modi in cui si manifesta la realtà della norma, e ho distinto, in particolare, diversi modi in cui una norma (intesa come noema deontico) può “vivere nella sfera della coscienza” ³.

In questo capitolo indagherò più in dettaglio il modo in cui, secondo Weinberger, la realtà delle norme si manifesta nel fatto che la norma *opera* (*wirkt*) sull'azione.

Il caso prototipico di operanza di una norma è l'adempimento: un agente si rappresenta una norma e agisce in funzione di essa adempiendo ciò che la norma prescrive.

L'adempimento non è, tuttavia, l'unica forma di operanza d'una norma.

¹ Francis Bacon, *On Revenge* [1625], in F. Bacon, *The Essays of Francis Bacon*, Detroit - New York, Gale, [1625] 1597, p. 25.

² Franz Xaver Huber - P. Winter, *Das unterbrochene Opferfest. Eine heroisch-komische Oper in zwey Aufzügen*, Wien, Kurtzbeck, 1795, p. 55.

³ Cfr. O. Weinberger [1970] 2012, p. 34.

5.1. AGIRE NOMOTROPICO

Il concetto di “operanza di una norma sull’azione” è stato recentemente indagato da Amedeo G. Conte e da Paolo Di Lucia in correlazione con il concetto di “agire in funzione di una norma” o “agire nomotropico”.

L’aggettivo ‘nomotropico’ (dal greco ‘νόμος’, “norma”, e ‘τρέπω’, “volgersi verso”) è stato coniato da Conte sul modello di ‘eliotropico’: come il girasole si orienta verso il sole, così l’azione nomotropica è orientata verso una norma, senza che ciò implichi che essa consista nell’adempimento di quella norma, né che essa sia conforme alla norma.

Il concetto di “agire nomotropico” è un concetto della teoria dell’azione; il concetto di “operanza” è, invece, un concetto della teoria della norma, e in particolare della norma quale noema deontico. Ma tra questi due concetti v’è un evidente correlazione: una norma è operante sull’azione di un agente se e solo se l’agente agisce nomotropicamente in funzione di quella norma⁴.

Il concetto di operanza di una norma sull’azione illumina il tradizionale problema dell’efficacia di norme. Ma l’operanza di una norma sull’azione non coincide necessariamente con l’efficacia di quella norma per almeno due ragioni.

Norberto Bobbio definisce il problema dell’efficacia come “il problema se la norma sia o no seguita dalle persone a cui è diretta [...] e, nel caso in cui sia violata, sia fatta valere con mezzi coercitivi dall’autorità che l’ha posta”⁵.

Vi sono, tuttavia, due modi di intendere questo problema, a seconda che si adotti kantianamente il punto di vista della *legalità* o il punto di vista della *moralità*⁶.

Dal punto di vista di ciò che Kant chiama *legalità*, l’efficacia consiste in ciò che Frederick Schauer chiama “conformità con la regola” (*compliance with the rule*), ossia il mero accordo di un’azione con la legge, la mera corrispondenza tra norma e azione⁷. Di Lucia chiama questa concezione “concezione semantica dell’efficacia”⁸.

Per la concezione semantica dell’efficacia, efficacia ed operanza non coincidono perché vi possono essere, ad esempio, casi in cui v’è corrispon-

⁴ Cfr. P. Di Lucia 1996; 2003; 2007.

⁵ N. Bobbio 1993, p. 25.

⁶ L’uso che qui faccio del concetto kantiano di “moralità” non implica alcun riferimento alla morale in quanto sistema di norme etiche: ciò che rileva qui non è la corrispondenza di un’azione con una norma etica, ma semplicemente il fatto che la corrispondenza tra norma e azione dipenda dal fatto che “l’idea del dovere derivante dalla legge” (il noema deontico) sia il “movente dell’azione”, indipendentemente dalla natura etica o giuridica della legge (cfr. I. Kant [1797] 1998, p. 21).

⁷ Cfr. I. Kant [1797] 1998, p. 21; F. Schauer [1991] 2000, p. 185, traduzione modificata.

⁸ Cfr. P. Di Lucia 2007, pp. 165-167.

denza tra norma e azione – e dunque v'è efficacia della norma – ma non v'è operanza della norma sull'azione, perché l'agente non ha agito in funzione di quella norma, ma in funzione di altre ragioni per l'azione.

Dal punto di vista, invece, della kantiana *moralità*, l'efficacia consiste in ciò che Schauer chiama “seguire una regola” (*following a rule*), ossia quel particolare accordo tra norma e azione che è motivato dalla “idea del dovere derivante dalla legge”, ossia dal fatto che l'agente “è guidato dalla regola” (*guided by the rule*) – dal fatto che un noema deontico opera come movente dell'azione e induce l'agente a conformare la propria azione alla norma.

Per questa seconda concezione dell'efficacia – per la quale non conta soltanto la forma dell'azione ma anche l'intenzione nell'azione – non vi può essere efficacia senza operanza, in quanto una norma potrà dirsi efficace solo quando essa sia anche operante sull'azione. Può, tuttavia, accadere l'inverso: può accadere che vi sia operanza senza efficacia della norma. Vi sono, infatti, casi in cui una norma (in quanto noema deontico) opera sull'azione dell'agente, ma non per questo v'è efficacia della norma, in quanto non v'è corrispondenza tra norma e azione.

Ecco un classico esempio tratto da Max Weber: il ladro non conforma la propria azione alle norme del codice penale che vietano e sanzionano il furto, ma nondimeno egli, celando la propria azione, agisce in funzione di quelle norme⁹.

Muovendo dall'esempio del baro, Conte e Di Lucia hanno recentemente mostrato, in primo luogo, che l'agire nomotropico – l'agire in funzione di una norma – non è riducibile all'adempimento di una norma; in secondo luogo, che l'operanza di una norma non è riducibile alla sua efficacia.

Come sottolinea Di Lucia, è solo attraverso il concetto di nomotropismo che si può rendere conto dell'operanza non soltanto di norme che non vengono contingentemente adempite, ma anche di norme che sono strutturalmente inadempibili, come le norme che non prescrivono un comportamento, ma statuiscono delle condizioni di validità di un atto.

È il caso, per esempio, del professore che non si presenta al consiglio di facoltà per far sì che, in assenza del numero legale, non possa essere validamente presa una delibera da lui temuta.

La norma che stabilisce le condizioni di validità delle delibere del consiglio di facoltà verte sulle delibere del consiglio di facoltà, non sul comportamento dei professori, ed è dunque una norma che per il professore è strutturalmente inadempibile¹⁰.

⁹ Cfr. M. Weber 1922, p. 222 (cfr. A.G. Conte 2011a, p. 48).

¹⁰ Oltre a P. Di Lucia 2003; 2007, cfr. anche A.G. Conte 2000; 2011a.

5.2. AGIRE NOMOTROFICO

Tra le diverse forme di agire *nomotropico* (con la ‘p’), mi soffermerò ora su una in particolare, che propongo di chiamare “agire *nomotrofico*” (con la ‘f’).

L’aggettivo ‘nomotrofico’ è derivato dal greco ‘νόμος’, “norma”, e ‘τρέφω’, “nutrire”. Ho chiamato, infatti, “agire nomotrofico” un comportamento che consiste nella reazione alla violazione di una norma al fine di impedire che quella norma possa perdere vitalità, atrofizzarsi e cadere in desuetudine¹¹.

Ad indurmi a riflettere sulle diverse forme di reazione alla violazione d’una norma sono stati due passi del sociologo tedesco Niklas Luhmann.

Nel saggio *Le norme nella prospettiva sociologica* ([1969] 2012) e nel volume *Sociologia del diritto* ([1972] 1977) Luhmann propone di riflettere sull’esempio seguente¹²:

Se ho dato appuntamento ad un amico in un caffè e non ve lo trovo, mi sento ferito [...] nelle mie aspettative normative. Avrebbe dovuto essere qui! A questo punto, una qualche “elaborazione” della delusione dell’aspettativa è richiesta, ma vi sono varie possibilità a mia disposizione, e non tutte hanno il carattere della sanzione.¹³

Ecco alcune delle reazioni ipotizzate da Luhmann:

Posso, rivolgendomi al cameriere, chiedere di lui e dare espressione alla mia norma d’aspettativa [*Erwartungsnorm*] con il tono della delusione, dell’irritazione, della preoccupazione. Posso, in séguito, muovere al mio amico dei rimproveri, ma posso anche strappargli, o mettergli in bocca, delle scuse, le quali presuppongono che la mia aspettativa fosse legittima. Posso anche rimanere seduto al caffè e aspettare all’infinito, per dimostrare l’importanza della norma nella dimensione del mio sacrificio. Ma posso anche andarmene immediatamente e lasciare il ritardatario al proprio danno.

Esistono tecniche consistenti nella notifica e nella divulgazione del caso di delusione, nell’ingigantimento fino allo scandalo e nell’assaporare fino in fondo la risonanza sociale (se non della norma, comunque dello scandalo), tecniche consistenti nel reclamare l’adempimento della norma [*Normerfüllung*], o nell’accettare con tatto le scuse, tecniche consistenti in forme di autolesionismo o di sofferenza ostinata, oppure tecniche consistenti nell’accrescere e nel godere del danno altrui [*Schadensfreude*].¹⁴

“Ognuna delle tecniche menzionate”, scrive Luhmann, “dà alla norma una espressione adatta alla nuova situazione, in modo che anche le nature me-

¹¹ Cfr. L. Passerini Glazel 2013a; 2013b.

¹² Cfr. N. Luhmann [1969] 2012; N. Luhmann [1972] 1977.

¹³ N. Luhmann [1972] 1977, p. 75.

¹⁴ N. Luhmann [1969] 2012, pp. 297-298.

no forti, incapaci da sole di irrogare sanzioni, possano continuare a vivere con le proprie norme”¹⁵.

In altri termini, ognuno dei comportamenti di reazione alla violazione d’una norma menzionati da Luhmann (così come le scuse, le giustificazioni, i pretesti, ecc.) “dà espressione” (Luhmann usa l’espressione tedesca “*Ausdruck geben*”) alla norma violata¹⁶.

Ma la reazione alla violazione d’una norma non si limita, in Luhmann, a “dare espressione” alla norma violata: “è indispensabile che la reazione rappresenti la volontà di tener ferma l’aspettativa” normativa, di riaffermare la norma che è stata violata¹⁷.

Secondo Luhmann, infatti, “una aspettativa normativa che venga continuamente delusa senza che si registri una reazione, sbiadisce e svanisce. Essa viene inavvertitamente dimenticata e, infine, non è più credata”¹⁸.

In altri termini, la possibilità denunciata da Luhmann è che una norma la quale venga ripetutamente violata senza che si registri una reazione alla violazione, si atrofizzi, che essa perda vitalità, fino a divenire non più operante, fino a svanire. Per questo motivo ho chiamato “agire nomotrofico” il comportamento di chi reagisce alla violazione d’una norma.

Indagherò ora il concetto di agire nomotrofico soffermandomi su due fenomeni apparentemente antitetici: il fenomeno della vendetta e il fenomeno del perdono.

¹⁵ N. Luhmann [1972] 1977, p. 77.

¹⁶ In che senso l’agire nomotrofico dà espressione alla norma violata? Vi sono casi in cui l’azione nomotrofica comprende la riformulazione linguistica della norma violata. Se un genitore vede un figlio che ricevendo un dono da qualcuno non ringrazia, lo riprenderà ricordandogli la norma: “Quando si riceve un dono si deve ringraziare”. Un caso estremo di azione nomotrofica che dà espressione in forma linguistica alla norma violata è immaginato da Franz Kafka nel racconto *Nella colonia penale* (1919), nel quale la pena per la violazione della norma: “Onora il tuo superiore” prevede che la norma stessa sia incisa, tramite un erpice, sul corpo del condannato. Vi sono molti altri casi, tuttavia, in cui non è necessario che la norma violata venga espressa in forma linguistica, in quanto essa può essere facilmente evinta dal contesto.

¹⁷ N. Luhmann [1969] 2012, p. 297. Luhmann propone un’analisi del concetto di norma in termini di aspettative normative, ispirandosi alla distinzione tra aspettative cognitive e aspettative normative introdotta da Johan Galtung (1959). Secondo Galtung, le aspettative cognitive sono caratterizzate dal fatto che, nel caso in cui la realtà sia dissonante rispetto all’aspettativa, è l’aspettativa ad essere rivista (se mi aspetto che i cigni siano tutti bianchi, e successivamente incontro dei cigni neri, modifico la mia aspettativa iniziale rispetto al colore del piumaggio dei cigni); le aspettative normative sono caratterizzate, invece, dal fatto che non si è disposti a rivedere l’aspettativa, e si pretende, al contrario, che sia la realtà a conformarsi ad essa, reagendo alla violazione dell’aspettativa (se un debitore non paga il suo debito, il creditore ricorre in giudizio per ottenere ciò che gli spetta).

¹⁸ N. Luhmann [1972] 1977, p. 72.

5.3. LA VALENZA NOMOTROFICA DELLA VENDETTA

Le forme probabilmente più evidenti di reazione alla violazione d'una norma sono quelle che consistono nell'irrogazione d'una sanzione. Tra queste prenderò qui in esame il caso della vendetta¹⁹.

Nella sua ricostruzione del *Codice della vendetta barbaricina*, Antonio Pigliaru così formula l'art. 1:

L'offesa deve essere vendicata. Non è uomo d'onore chi si sottrae al dovere della vendetta, salvo nel caso che, avendo dato con il complesso della sua vita prova della propria virilità, vi rinunci per un superiore motivo morale.²⁰

Questo articolo esprime un principio fondamentale del sistema vendicatorio: vendicare l'offesa non è, per il pastore sardo, una reazione istintiva di autodifesa, ma è un dovere imposto dalle regole della comunità.

Per Hans Kelsen, la vendetta è la prima forma di sanzione giuridica, e chi compie la vendetta agisce quale "organo della comunità". Per Kelsen, analogamente a quanto sostiene Pigliaru, l'istituto della vendetta non è contrario al diritto, ma costituisce, invece, la prima forma di sanzione giuridica.²¹

Ma in che cosa consiste l'azione della vendetta?

Nel sistema barbaricino non v'è un'azione tipica predeterminata che costituisce la sanzione della vendetta. Ciò risulta evidente dalla formulazione dell'art. 19 del *Codice della vendetta barbaricina*:

Sono mezzi normali di vendetta tutte le azioni prevedute come offensive a condizione che siano condotte in modo da rendere lealmente manifesta la loro natura specifica.²²

In maniera solo apparentemente paradossale, i mezzi di vendetta sono gli stessi mezzi che costituiscono una possibile offesa²³.

¹⁹ La letteratura sulla vendetta è vastissima, e sono molti gli studi che sono stati recentemente dedicati ai sistemi vendicatori. Tra questi, ricordo in particolare P. Di Lucia - L. Mancini (eds.) 2015; G. Lorini - M. Masia (eds.) 2015; P. Di Lucia - R. Mazzola (eds.) 2019; I. Terradas Saborit - R. Márquez Porras - R. Mazzola [in preparazione]. Tra i recenti studi sistematici più approfonditi sull'antropologia dei sistemi vendicatori, segnalo I. Terradas Saborit 2008; 2019. Terradas mette in evidenza il fatto che nei sistemi vendicatori esiste una prelazione a favore della composizione, e che la vendetta è autorizzata solo quando falliscono tutti i tentativi di trovare un accordo sulla composizione.

²⁰ A. Pigliaru 2007, pp. 47-48.

²¹ Sulla teoria della vendetta in Kelsen, cfr. anche P. Di Lucia - L. Passerini Glazel [in preparazione].

²² A. Pigliaru 2007, p. 66.

²³ Sulla vendetta come declinazione del principio del contrappasso, cfr. in particolare H. Kelsen [1946] 1992. Kelsen sottolinea spesso l'apparente paradosso per il quale il diritto regola l'uso della forza instaurando il monopolio dell'uso della forza, e osserva, per esempio, che "l'istituzione della vendetta di sangue [...] indica chiaramente che la morte non solo è il delitto più antico, ma anche la più antica punizione socialmente organizzata" (H. Kelsen [1946] 1992, p. 92). Cfr. anche P. Di Lucia - L. Passerini Glazel

La differenza tra offesa e vendetta *non* si può cogliere, dunque, a livello di *azione materiale*: non è la *natura materiale* dell'azione a distinguere l'azione *vendicatoria* dall'azione *offensiva*.

Ma l'art. 19 stabilisce una differenza fondamentale tra azione che costituisce offesa e azione che costituisce vendetta: una differenza che si colloca a livello di *semantica* dell'azione²⁴. Per poter valere come vendetta, l'azione vendicatoria deve "rendere manifesta" la propria natura di vendetta.

In questo senso l'azione vendicatoria soddisfa il primo requisito dell'agire nomotrofico evidenziato da Luhmann: l'agire nomotrofico deve manifestare la volontà di tener ferma l'aspettativa normativa e, dunque, la norma violata. In altri termini, l'azione nomotrofica deve rendere manifesta (in forma linguistica o in forma non-linguistica) la propria valenza *nomotrofica*, ossia il fatto di essere una reazione alla violazione d'una norma²⁵.

5.4. LA VALENZA NOMOTROFICA DEL PERDONO

Come ho ricordato *supra* (§ 5.2.), Luhmann osserva che non tutte le forme di agire nomotrofico hanno il carattere della sanzione, carattere che invece è evidentemente presente nel caso della vendetta.

Uno dei testi che meglio documentano la struttura di un sistema vendicatorio, la saga islandese di Njal, scritta tra il 1270 e il 1290 (ma le cui vicende sono ambientate nel periodo attorno all'anno 1000), narra una serie di vicende caratterizzate da un susseguirsi di vendette e di composizioni. Uno degli episodi più noti di questa saga mette in risalto una forma di reazione alla violazione di una norma che non ha né il carattere della vendetta

[in preparazione] e H. Kelsen 2015, pp. 76-77. Un discorso analogo viene fatto da Kelsen in relazione alla guerra intesa come sanzione costitutiva del diritto internazionale. Sulla riflessione di Kelsen sui rapporti tra diritto e forza nel diritto internazionale, cfr. C. Nitsch 2012.

²⁴ Nel sintagma 'semantica dell'azione' il termine 'semantica' non ha lo stesso significato che esso ha nella semantica linguistica. Sulla semantica dell'azione ricordo, in particolare, P. Ricœur [1977] 1998.

²⁵ La necessità di manifestare, nell'azione della vendetta, il *senso* di vendetta, rievoca una delle caratteristiche essenziali degli atti sociali (*soziale Akte*) indagati dal fenomenologo tedesco Adolf Reinach: la necessità di essere manifestati ad altri, la *Kundgabefunktion*, che in Reinach è correlata alla necessità che gli atti sociali siano percepiti dagli altri, alla *Vernehmungsbedürftigkeit* degli atti sociali (cfr. A. Reinach [1913] 1990). Questa affinità tra l'atto della vendetta e gli atti sociali indagati da Reinach sembrerebbe una conferma della tesi secondo la quale la vendetta barbaricina è non *azione privata*, ma *atto sociale*. Questa tesi è presente, ad esempio in Loddo 2012, p. 248. Sui caratteri essenziali degli atti sociali, cfr., tra l'altro, F. De Vecchi - L. Passerini Glazel 2012. Per un'analisi più approfondita della componente semantica dell'azione vendicatoria, cfr. Lorini 2015, in particolare i §§ 5. e 6. Nell'azione vendicatoria, accanto alla valenza nomotrofica, v'è spesso anche una valenza "egotrofica", connessa con il concetto di "onore" (cfr. L. Passerini Glazel 2015b, pp. 174-175).

né il carattere della composizione, ma ha all'opposto il carattere del dono e del perdono.

Uno dei protagonisti della saga, Hrút, trova riparo dalla pioggia insieme al fratello Hoskuld in casa di un certo Thjóóstólf. Mentre si trovano in casa di Thjóóstólf, un ragazzino, durante il gioco, fa un'affermazione offensiva nei confronti di Hrút. Hoskuld reagisce con rabbia, colpisce il ragazzino e gli intima di andarsene. Ma Hrút reagisce in maniera diversa: chiama a sé il ragazzino, si sfila un anello dal dito, e glielo dona, esortandolo a non ferire più i sentimenti degli altri. Il ragazzino, allontanandosi, assicura che non dimenticherà mai la nobiltà d'animo di Hrút.

Le reazioni di Hrút e di Hoskuld appaiono opposte: Hoskuld punisce il ragazzino, Hrút lo perdona²⁶.

Eppure, tanto il comportamento di Hrút quanto quello di Hoskuld sono forme di azione nomotrofica: entrambi reagiscono alla violazione di una norma, ed entrambi manifestano la volontà di mantenere ferma la norma.

Anche il perdono, infatti, così come la vendetta, è una forma di agire nomotrofico. Come scrive Olivier Abel in *Tables du pardon*, "il perdono formula sempre un torto subito"²⁷.

E forse è proprio la reazione mite e conciliatoria di Hrút a lasciare maggiormente il segno nel ragazzo.

5.5. LE PRESUPPOSIZIONI DELLA VENDETTA E DEL PERDONO

Che vendetta e perdono siano affini sotto il profilo dell'agire nomotrofico lo si evince anche dalle loro rispettive presupposizioni. Mostrerò l'affinità di vendetta e perdono, in quanto forme di agire nomotrofico, avvalendomi dell'indagine semiotica delle presupposizioni del verbo 'perdonare' compiuta da Maria-Elisabeth Conte²⁸.

Maria-Elisabeth Conte distingue tre differenti presupposizioni del verbo 'perdonare':

- (i) Presupposizione *fattiva*: il perdono presuppone l'*esistenza* del fatto che viene perdonato²⁹.

²⁶ Un altro esempio di perdono è presente alle origini della storia del diritto, nel Codice di Hammurabi (168-169), che prevedeva che "se un uomo decide di diseredare suo figlio e dichiara ai giudici: 'Voglio diseredare mio figlio', i giudici esamineranno il caso, e se il figlio [...] è colpevole nei confronti del padre per un'offesa grave passibile di diseredazione, egli verrà perdonato purché si tratti della prima offesa. Solo in caso di recidiva il padre potrà diseredare il figlio".

²⁷ O. Abel, 1991, p. 220.

²⁸ M.-E. Conte 1992.

²⁹ Il concetto di "fattività" è stato proposto in linguistica da Paul e Carol Kiparsky (1970).

Perdonare, in altri termini, *non* è né negare, né ignorare, né dimenticare il fatto che costituisce torto od offesa: al contrario, il perdono presuppone la verità del fatto che costituisce torto od offesa; si perdona perché qual fatto è accaduto ³⁰.

- (ii) Presupposizione *axiologica*: il perdono presuppone il *disvalore* del fatto che viene perdonato.

Perdonare *non* è, in altri termini, né negare la negatività del torto o dell'offesa, né manifestare indifferenza per il torto o per l'offesa: al contrario, il perdono presuppone la negatività, il disvalore del torto o dell'offesa ³¹.

- (iii) Presupposizione *di responsabilità*: il perdono presuppone la *responsabilità* del perdonato per il fatto che viene perdonato.

Perdonare *non* è, dunque, negare la responsabilità ³².

Ecco ora le tre presupposizioni della vendetta:

- (i) Presupposizione *fattiva*: la vendetta presuppone l'*esistenza* del fatto (l'offesa) per il quale ci si vendica.
- (ii) Presupposizione *axiologica*: la vendetta presuppone il *disvalore* del fatto (l'offesa) per il quale ci si vendica, e presuppone pertanto la norma che qualifica quel fatto come un disvalore.
- (iii) Presupposizione *di responsabilità*: la vendetta presuppone la *responsabilità* di colui (in alcuni contesti, del gruppo di colui) sul quale ci si vendica.

Come si vede, le presupposizioni della vendetta e del perdono sono le stesse. Perdonare, infatti, non è *non reagire* alla violazione di una norma, ma è reagire in modo differente rispetto alla vendetta. Il perdono non è inerzia: chi perdona non rinuncia a mantenere in vita la norma violata. Al contrario, proprio perdonando, egli la manifesta e la ribadisce.

³⁰ Con un gioco di parole suggeritomi da Amedeo G. Conte, si potrebbe, in tedesco, dire: *verzeihen ist verzeichnen* (perdonare è registrare, annotare).

³¹ Vi sono casi in cui si dice di perdonare colui che ritiene di averci arrecato un danno o un'offesa negando che il fatto compiuto da chi chiede il perdono abbia valore di danno o di offesa. In questi casi, tuttavia, non abbiamo a che fare con un vero e proprio perdono quale rinuncia ad una pretesa alla ritorsione, perché pretesa alla ritorsione non v'è: manca, infatti, uno dei presupposti perché pretesa alla ritorsione vi sia (il disvalore del fatto compiuto). A rigore, in questi casi, non v'è perdono, perché non v'è alcun fatto assiologicamente negativo da perdonare.

³² Vi sono casi in cui si dice di perdonare disconoscendo la responsabilità di chi chiede perdono, in quanto, ad esempio, il fatto non è stato compiuto intenzionalmente. Anche in questi casi, tuttavia, non abbiamo a che fare con un vero e proprio perdono quale rinuncia ad una pretesa alla ritorsione, perché pretesa alla ritorsione non v'è: manca, infatti, uno dei presupposti perché pretesa alla ritorsione, nei confronti del "perdonato", vi sia (la responsabilità del "perdonato"). A rigore, anche in questi casi, non v'è perdono, perché non v'è alcun fatto (assiologicamente negativo) da perdonare al "perdonato".

Le stesse presupposizioni della vendetta e del perdono caratterizzano anche la condanna e l'assoluzione religiosa³³.

Gli atti del perdono, dell'assoluzione religiosa, della condanna, e della vendetta sono tutti forme di reazione alla violazione d'una norma, le quali, in virtù delle loro presupposizioni, danno espressione alla norma violata, e alla volontà di farla valere in contrapposizione alla violazione di essa: sono tutte forme di "agire nomotrofico".

5.6. SPECIFICITÀ DEL PERDONO COME FORMA DI REAZIONE ALLA VIOLAZIONE D'UNA NORMA

Ma, se il perdono condivide le stesse presupposizioni, e ha, in relazione alla norma violata, la stessa valenza che hanno la vendetta e la condanna, qual è la specificità del perdono?

Vi sono almeno tre specificità del perdono rispetto alla condanna e alla vendetta.

La *prima specificità* del perdono rispetto alla vendetta e alla condanna riguarda l'effetto del perdono sul piano della realtà istituzionale, e in particolare sul piano delle *entità giuridiche* sulle quali l'atto incide.

Come evidenzia Marco Q. Silvi, l'effetto del perdono sul piano della realtà istituzionale consiste nell'estinzione della pretesa alla rivalsa³⁴.

Da questo punto di vista, il perdono svolge la stessa funzione nomotrofica della vendetta e della condanna, ma in una forma differente: con il perdono non si dà séguito, non si esercita, la pretesa alla rivalsa, ma si rinuncia ad essa (il perdono fa venir meno la pretesa alla rivalsa *non esercitandola*, ma piuttosto *rinunziando ad essa*).

La *seconda specificità* del perdono rispetto alla vendetta e alla condanna, si manifesta *non* sul piano degli *effetti* sulle *entità istituzionali* sulle quali il perdono incide, ma sul piano delle *relazioni sociali* che il perdono influenza.

³³ Non ha, invece, le stesse presupposizioni l'assoluzione giuridica: il giudice che assolve si basa, infatti, su una presupposizione non-fattiva (il fatto non sussiste), su una presupposizione anaxiologica (il fatto non costituisce reato), o su una presupposizione di non-responsabilità (l'imputato non è responsabile del fatto). Riguardo alla condanna, Paolo Becchi ricorda un passo delle *Vorlesungen über Rechtsphilosophie* in cui Hegel esprime il senso nomotrofico della condanna: "Il delitto non deve essere assolto [...], l'assoluzione è posta come diritto e [il delitto] viene visto come permesso [...]. In ciò si trova da un lato la pericolosità dei delitti impuniti per la società, infatti ciò che vale viene preso per diritto; il delitto impunito però vale, viene riconosciuto come diritto. E nella società sviluppata ciò che è valido è un che di valido per tutti, l'esempio del delitto impunito è perciò tanto più pericoloso" (G.W.F. Hegel [1818-1831] 1974, vol. III, p. 662).

³⁴ Ho indagato altrove gli effetti del perdono quale atto sociale (L. Passerini Glazel 2015a). Sulla giuridicità dell'atto del perdono, cfr. M.Q. Silvi 2004.

Mentre la vendetta può portare all'*interruzione* di una relazione sociale tra offeso e offensore (e, in molti casi, tra le famiglie dell'offeso e dell'offensore); mentre la condanna può portare alla *sospensione*, all'interruzione temporanea di una relazione tra il condannato e la società; il perdono, al contrario, tende a *ripristinare* la relazione tra l'offeso e l'offensore, e tra l'offensore e la società (relazioni che, con la violazione della norma rischiano di interrompersi), e lo fa attraverso una riaffermazione e una (auspicata) ricondivisione della norma violata³⁵.

È, questo, l'effetto riconciliativo del perdono di cui parla, ad esempio, M.-E. Conte³⁶. Il perdono mira ad una riconciliazione che ristabilisca le relazioni fra individui di uno stesso gruppo³⁷.

Questa valenza riconciliativa del perdono (la valenza del ripristinare la relazione tra l'offensore e l'offeso, tra colui che ha violato la norma e la società) è specificamente attestata da una particolare declinazione giuridica del perdono presente nel diritto penale canadese. Nel diritto penale canadese esiste una forma di perdono giudiziale la quale interviene *non* in luogo della condanna, ma in séguito ad una condanna, *non* in luogo dell'espiazione della pena, ma in séguito alla completa espiazione della pena. Il perdono giudiziale nel diritto penale canadese ha come effetto quello di annullare, una volta che la pena sia stata completamente espia dal condannato, le conseguenze giuridiche della condanna, ossia quelle conseguenze della condanna che determinano lo *status* giuridico del condannato, e che sono registrate nel casellario giudiziario. In altre parole, il perdono giudiziale canadese esplicitamente ripristina, una volta espia completamente la pena, le relazioni giuridiche e sociali del condannato³⁸.

La *terza specificità* del perdono rispetto alla vendetta e alla condanna si manifesta sul piano dei fattori psicologici che il perdono sfrutta per riaffermare la norma violata: la valenza nomotrofica del perdono (a differenza della vendetta e della condanna) si esercita *non* attraverso una *coazione* nei confronti di chi ha violato la norma, ma piuttosto attraverso la *persuasione*. Il perdono tende non ad *imporre* il *mero rispetto* della norma, ma a *riproporre* la condivisione e l'*adesione* alla norma violata.

³⁵ È forse proprio questo effetto che Hrút vuole suggerire attraverso il dono simbolico dell'anello nella saga di Njal. In merito all'effetto riconciliativo del perdono, Marco Q. Silvi acutamente osserva che si tratta di una *conseguenza tipica*, non di un *effetto essenziale* del perdono (cfr. M.Q. Silvi, 2004, pp. 41-42).

³⁶ Cfr. M.-E. Conte 1992.

³⁷ L'importanza delle azioni di riconciliazione per ristabilire i legami sociali è ampiamente documentata anche tra i primati non umani: cfr., per esempio, i lavori raccolti nel volume F. Aureli - F. de Waal (eds.), *Natural Conflict Resolution*, 2000, e in particolare F. Aureli - M. Cords 2000.

³⁸ Sulla rilevanza dei processi di riconciliazione nell'ambito del diritto si veda la letteratura sulla giustizia riparativa. Mi limito qui a segnalare, tra gli altri, A. Ceretti 2004; A. Ceretti - G. Bertagna - C. Mazzucato (eds.) 2015; F. Viola 2017.

6.

IMPRONTE DI NORME: L'INFERENZA DI NORME DALL'AZIONE

SOMMARIO: 6.1. Regolarità deontica *vs.* regolarità adeontica – 6.2. Indizi di norme – 6.3. Inferibilità di criptòtipi – 6.3.1. L'opacità semantica del comportamento conforme ad una norma – 6.3.2. Il concetto di “criptòtipo” in Rodolfo Sacco: tre esempi di nomotropismo inconsapevole – 6.3.3. Un metodo per l'inferenza di criptòtipi: la comparazione giuridica – 6.4. La salienza epistemologica del comportamento nomotrofico.

*'Tis a custom more honoured in the breach
than in the observance.*

È un'usanza che è rispettata più con la
violazione che con l'osservanza.

James Joyce¹

*When you have eliminated the impossible,
whatever remains, however improbable,
must be the truth.*

Quando tu abbia eliminato l'impossibile,
qualsiasi cosa rimanga, per improbabile
che sia, non può che essere la verità.

Sir Arthur Conan Doyle²

Nel capitolo 5. (*La reazione alla violazione della norma: dal nomotropismo al nomotrofismo*) ho chiamato agire nomotrofico o comportamento nomotrofico il comportamento di colui che reagisce alla violazione di una norma, e attraverso il suo comportamento dà esplicitamente o implicitamente espressione alla norma violata, manifestando con quel comportamento la volontà di mantenere ferma la norma.

In questo capitolo mi domanderò se l'agire nomotrofico, proprio in quanto dà esplicitamente o implicitamente espressione alla norma violata, possa costituire un indizio per inferire norme del comportamento.

Ma è possibile, in generale, inferire norme da comportamenti?

¹ James Joyce, *Ulysses*, Paris, Shakespeare and Company, 1922; London, The Bodley Head, 1958, p. 313.

² Arthur Conan Doyle, *The Sign of Four*, New York, Cosimo, [1890] 2007, p. 42.

A questa domanda rispondono affermativamente Gaetano Carcaterra ed Amedeo G. Conte³.

Sia per Carcaterra, sia per Conte è possibile inferire norme da comportamenti attraverso il ragionamento abduttivo: è attraverso il ragionamento abduttivo, non attraverso un mero ragionamento induttivo, che, da una regolarità di *comportamento* rilevata sul piano dell'*essere*, si può inferire, sul piano del *dover essere*, l'esistenza di una *norma* che a quella regolarità di comportamento è sottesa⁴.

Secondo Carcaterra, infatti, l'abduzione presenta una caratteristica che non è presente nell'induzione: tanto nell'induzione, quanto nell'abduzione la conclusione dice qualcosa di più rispetto alle premesse; ma mentre l'ampliamento di informazione che si ha nell'induzione è meramente quantitativo (nel senso che attraverso l'induzione si predica di molti ciò che si osserva di alcuni), nell'abduzione la differenza tra l'informazione contenuta nella conclusione e quella contenuta nelle premesse può essere anche di tipo qualitativo. Scrive, infatti, Carcaterra:

Nell'abduzione da certi dati (gli indizi) si risale a qualcosa (l'ipotesi) che [a differenza dell'induzione] non è un ampliamento numerico di quei dati: è un *quid* neppure necessariamente omogeneo con i dati, che può essere, e spesso è, di natura ontologicamente diversa da quella dei dati stessi e di cui possiamo avere un genere di esperienza differente e per di più un'idea talvolta appena intuitiva. Dalle impronte risaliamo al delitto, dai comportamenti alla norma.⁵

Ma quali sono gli indizi, sul piano dell'azione, che possono portare a ipotizzare, o a concludere, che esista una norma sottesa ad un comportamento, e quale questa norma sia?

Quali sono, in particolare, le impronte che una norma può lasciare nell'azione?

6.1. REGOLARITÀ DEONTICA VS. REGOLARITÀ ADEONTICA

Il primo indizio che può far ipotizzare l'esistenza di una norma a partire dall'osservazione dei comportamenti è indubbiamente l'osservazione di una

³ Cfr., in particolare, G. Carcaterra 2002; A.G. Conte 2008. Ricordo che Conte ([1983] 1995, p. 301), in relazione al problema, indagato da Ludwig Wittgenstein, dell'inferibilità delle regole degli scacchi dall'osservazione del gioco, nega che le regole degli scacchi, in quanto regole eidetico-costitutive, siano inferibili dal comportamento di chi gioca a scacchi. Sulla critica di Conte a Wittgenstein, cfr. S. Borutti 2012.

⁴ Come noto, il ragionamento abduttivo, indagato da Aristotele nella teoria del sillogismo, è stato fecondamente sviluppato da Charles Sanders Peirce. Sulla rilevanza del ragionamento abduttivo nel diritto, cfr. tra gli altri G. Tuzet 2006; 2010.

⁵ G. Carcaterra 2002, p. 139.

regolarità di comportamento, ossia il fatto che, al verificarsi di determinate condizioni, si osservi l'attuazione regolare di uno stesso comportamento.

Non ad ogni *regolarità* di comportamento sul piano dell'*essere* corrisponde, tuttavia, una *regola* di comportamento sul piano del *dover essere*.

Chi cerchi di inferire norme dal comportamento deve essere consapevole che è necessario distinguere due specie di regolarità di comportamento, che Conte designa rispettivamente con i termini 'regolarità adeontica' e 'regolarità deontica', riformulando la distinzione di Theodor Geiger tra '*Regelhaftigkeit*' e '*Regelmäßigkeit*'⁶.

- (i) Una regolarità *adeontica* (nel lessico di Geiger: *Regelhaftigkeit*) consiste nel mero proseguire in una regolarità, senza che questo proseguire in una regolarità sia determinato da regole o norme;
- (ii) Una regolarità *deontica* (nel lessico di Geiger: *Regelmäßigkeit*) è, invece, una regolarità in funzione di una regola o di una norma, è una regolarità nomotropica, è la regolarità di un comportamento nomotropico.

Solo se una regolarità di comportamento è una regolarità deontica essa può costituire un indizio valido per inferire una norma dall'azione. Ma in che modo è possibile distinguere una regolarità deontica da una regolarità adeontica?

6.2. INDIZI DI NORME

La mera osservazione della regolarità di un comportamento non consente di *concludere* che quel comportamento sia un comportamento nomotropico (ossia un comportamento in funzione di norme), e dunque un comportamento che presuppone l'esistenza di una norma.

L'osservazione della regolarità di un comportamento può costituire soltanto un primo *indizio* per *formulare l'ipotesi* che quel comportamento sia nomotropico, ipotesi che, attraverso ulteriori passaggi del ragionamento abduttivo, deve essere corroborata da altri indizi.

Carcattera propone un'analitica ricostruzione di come un ragionamento abduttivo possa procedere per cercare ulteriori conferme dell'attendibilità dell'ipotesi che una regolarità di comportamento sia una regolarità nomotropica. Queste conferme possono essere cercate, secondo Carcattera, in una serie di possibili "circostanze di contorno", tra le quali:

- (i) il fatto che l'ipotesi che la regolarità sia deontica, ossia determinata da una norma, è in partenza più o meno plausibile;

⁶ Cfr., in particolare, Th. Geiger [1947, 1964] 2018, e A.G. Conte [1990] 1995.

- (ii) il fatto che sia presumibile che la presenza di una determinata norma porti a quella regolarità di comportamento nella maggior parte dei soggetti interessati;
- (iii) il fatto che sia poco credibile che quella regolarità di comportamento si presenti in assenza di quella norma;
- (iv) il fatto che la maggior parte dei soggetti interessati tenga quel comportamento;
- (v) il fatto che chi si discosta da quella regolarità di comportamento eviti di farsi notare;
- (vi) il fatto che in assenza di quella norma non avrebbe senso, per chi si discosti da essa, evitare di farsi notare;
- (vii) il fatto che la maggior parte dei devianti eviti di farsi notare⁷.

Tutte queste circostanze di contorno forniscono ulteriori indizi per corroborare l'ipotesi che la regolarità di comportamento osservata sia determinata da una norma. In altri termini, se si danno alcune, o tutte, queste circostanze di contorno, allora l'ipotesi iniziale relativa alla presenza di una determinata norma risulterà via via più plausibile.

Accanto alle circostanze di contorno elencate da Carcaterra se ne possono, tuttavia, aggiungere almeno altre due, che risultano particolarmente rilevanti nell'indagine dei criptòtipi e delle norme consuetudinarie.

La prima di queste circostanze di contorno è indicata da Rodolfo Sacco, e riguarda in particolare l'indagine dei criptòtipi nell'ambito del diritto comparato.

La seconda di queste circostanze di contorno consiste nell'agire nomotrofico.

6.3. INFERIBILITÀ DI CRIPTÒTIPI

6.3.1. *L'opacità semantica del comportamento conforme ad una norma*

Il problema dell'inferibilità di norme dall'azione è un problema che assume un rilievo particolare nell'ambito delle indagini sulle norme non-verbalizzate e sui criptòtipi.

Se, infatti, una norma è non-verbalizzata, come è possibile conoscerla? In assenza di una formulazione linguistica della norma, l'osservazione del comportamento è l'unico elemento al quale si può fare riferimento per rilevare l'esistenza di una norma.

Rodolfo Sacco mette, tuttavia, in evidenza un possibile ostacolo relativo all'inferenza di norme non-verbalizzate dall'azione. L'ostacolo consi-

⁷ Cfr. G. Carcaterra 2002, pp. 123-139.

ste in questo: il comportamento di chi agisce in conformità ad una norma consuetudinaria può essere un comportamento *semanticamente opaco*, nel senso che esso, a differenza di un comportamento linguistico esplicito che si esprime in fonemi o in grafemi come quello di chi statuisce una norma attraverso un atto linguistico, non intende dire alcunché riguardo alla norma alla quale esso si conforma.

Scrivono Sacco:

Il “gesto” muto di chi si conforma alla consuetudine ha lo scopo d’ eseguire un programma; il fonema ed il grafema mirano a far conoscere, a spiegare. La funzione degli uni e degli altri dunque differisce.⁸

Spiega Sacco:

La qualità dell’atto psicologico che precede o accompagna l’applicazione della regola consuetudinaria è comune all’uomo moderno (che molto sovente non sa verbalizzare la regola), all’uomo che non aveva ancora un linguaggio articolato, così come agli animali aventi un’organizzazione sociale sviluppata e che l’etologia studia oggi in modo approfondito. L’uomo che non sa verbalizzare la propria regola, il nostro antenato privo di parola, l’animale studiato dall’etologo, non utilizzano l’azione come manifestazione del proprio pensiero.⁹

Chi intenda, dunque, accertare se il comportamento non linguistico regolare di uno o più soggetti sia determinato da una norma consuetudinaria, e quale questa norma sia, non sempre trova nell’osservazione di quel comportamento un indizio certo della presenza di una norma o di una volontà.

Sebbene Sacco abbia rilevato l’opacità semantica del comportamento conforme ad una norma, anch’egli concorda con Carcaterra che “un’ipotesi può vantare plausibilità quando concorrono circostanze che la rendono plausibile”¹⁰.

Di fronte al problema dell’indagine dei criptotipi, Sacco individua, in particolare, una circostanza di contorno che può essere evidenziata con il metodo della comparazione giuridica. Ma prima di esaminare questa circostanza di contorno è importante comprendere meglio che cosa Sacco intenda per “criptotipo”¹¹.

⁸ R. Sacco 2000, p. 121.

⁹ R. Sacco 2000, p. 121. A questa tesi di Sacco si contrappone la tesi di Emilio Betti secondo la quale “in ogni forma di attività pratica è insito un valore rappresentativo implicito”; secondo Betti “l’interesse a indagare l’implicito valore rappresentativo di comportamenti pratici sorge con particolare intensità nel giurista [...] massimamente in ordine all’interpretazione di usi e consuetudini, di prassi costituzionali e amministrative, di negozi giuridici, dei quali i comportamenti in questione costituiscono la fattispecie o elementi integranti o chiarificatori, ossia indici [*sic*] di un modo di vedere, e pertanto di un’interpretazione autentica, che gli stessi autori danno col fatto al precetto da loro posto in essere” (E. Betti 1971, p. 7).

¹⁰ R. Sacco 2015, p. 125.

¹¹ Sacco usa la forma ‘crittotipo’; io preferisco la forma ‘criptotipo’.

6.3.2. Il concetto di “criptòtipo” in Rodolfo Sacco: tre esempi di nomotropismo inconsapevole

Nel § 1.2.2. (*Diritto muto in Rodolfo Sacco*), tra i fenomeni indagati nella teoria del diritto muto di Sacco, ho citato il fenomeno dei criptòtipi, ossia di “quelle regole che esistono e sono rilevanti, ma che l’operatore non formula (e che, anche volendo, non saprebbe formulare)”¹². Si tratta, secondo Sacco, di regole che l’uomo pratica senza esserne pienamente consapevole.

Ecco tre esempi di criptòtipi che sono presenti in Sacco¹³:

- (i) la regola linguistica, inconsapevolmente seguita e non verbalizzata, per la quale un parlante italiano non direbbe “Tre scuri abiti” (mentre direbbe “Tre grossi libri”);
- (ii) l’insieme delle regole psico-motorie, inconsapevolmente seguite e non verbalizzate, per andare in bicicletta;
- (iii) la regola giuridica, inconsapevolmente seguita e non verbalizzata, operante nel diritto francese, per la quale la consegna è modo astratto di trasferimento della proprietà mobiliare.

I tre esempi di Sacco sono tre esempi di regole in-funzione-delle quali un agente *inconsapevolmente* agisce, tre esempi di nomotropismo inconsapevole¹⁴.

Mi domando ora: Se l’agente stesso non è consapevole della regola che egli segue, come è possibile per un osservatore esterno inferire norme dalla sua azione? In altri termini: È possibile, da un comportamento *inconsapevolmente* nomotropico, inferire la regola *muta* (il *criptòtipo*) in-funzione-della quale quel comportamento è stato tenuto?

6.3.3. Un metodo per l’inferenza di criptòtipi: la comparazione giuridica

A questa *seconda* domanda risponde implicitamente in modo affermativo Rodolfo Sacco.

Sacco indica, in particolare, uno dei metodi che possono portare all’individuazione di criptòtipi giuridici: il metodo della comparazione giuridica.

¹² R. Sacco 1989, p. 39.

¹³ Cfr. R. Sacco 1989.

¹⁴ Il concetto di “nomotropismo inconsapevole” suscita una domanda: Può l’agire in-funzione-di regole essere inconsapevole? In altri termini: È possibile agire in-funzione-di una norma senza rappresentarsi la norma stessa? A questa domanda non so dare una risposta; ma sicuramente inconsapevole è il tropismo che a Conte ha ispirato il concetto di “nomotropismo”: l’eliotropismo del girasole (*Helianthus annuus*). In alternativa a ‘nomotropismo inconsapevole’, propongo, su suggerimento di Amedeo G. Conte, la variante ‘nomotropismo *subliminale*’.

La comparazione con un sistema giuridico nel quale una regola è stata esplicitata e verbalizzata consente, secondo Sacco, di discernere (o in trasparenza, o per opposizione), in un *secondo* sistema giuridico, il criptotipo che, in questo *secondo* sistema giuridico, è operante in forma non-esplicitata e non-verbalizzata¹⁵.

Scriva Sacco:

La comparazione proverà che, in aree territoriali distinte, leggi identiche danno luogo a soluzioni applicative diverse, soluzioni applicative identiche sono il prodotto di leggi diverse [...]. Ciò implica che, in almeno alcuni dei sistemi considerati, fra la regola legiferata, conoscente e insegnata e la regola applicata si sia inserita una fonte non verbalizzata.¹⁶

Ecco un esempio, proposto da Sacco, di comparazione che ha consentito l'individuazione di un criptotipo giuridico. Si tratta di una regola sulla consegna quale modo astratto di trasferimento della proprietà mobiliare, la quale

- (i) è presente in forma *verbalizzata* nel diritto tedesco,
- (ii) è presente in forma *criptotipica* nel diritto francese.

Spiega Sacco:

L'esame delle soluzioni francesi in tema di dono manuale, ripetizione dell'indebitato e adempimento dell'obbligazione consente di concludere che in Francia opera la regola – verbalizzata in Germania – per cui la consegna è un modo astratto di trasferimento della proprietà mobiliare.¹⁷

La comparazione con la norma verbalizzata nell'ambito del diritto tedesco ha dunque consentito a Sacco di inferire dal comportamento dei giudici e dei giuristi francesi la presenza nel diritto francese di un criptotipo, di una norma non-verbalizzata ma inconsapevolmente seguita.

I passaggi del metodo comparativo indicato da Sacco possono essere scanditi come segue:

¹⁵ La discernibilità, in trasparenza, di un criptotipo (presente in forma muta in un sistema giuridico) attraverso l'individuazione di una regola presente in forma verbalizzata in un secondo sistema giuridico, rievoca l'esercizio, usato nell'insegnamento della geografia, nel quale si sovrappone, ad una carta geografica muta, una seconda carta geografica trasparente, la quale riporti i nomi degli elementi geografici rappresentati nella carta muta. R. Sacco 2015 (p. 123), citando G. Gorla 1973, segnala che il ricorso ad un "luogo vicino" costituisce spesso una delle fonti del diritto muto stesso.

¹⁶ R. Sacco 1989, p. 40.

¹⁷ R. Sacco 1989, p. 39. Parallelamente a 'criptotipi', si potrebbe coniare (sul modello di 'fanerògama'), per le regole che, in un ordinamento, sono presenti in forma *non-criptotipica*, il neologismo: 'faneròtipi'. 'Kryptós', in greco classico, significa "nascosto"; 'phanerós' significa "manifesto". 'Phanerós' è parente di 'fenomeno' e di 'fenomenico'. La norma sulla consegna verbalizzata nel diritto tedesco è il faneròtipo della norma criptotipica operante nel diritto francese.

- (i) in un ordinamento A si rileva la presenza di una norma verbalizzata n ;
- (ii) nell'applicazione delle norme dell'ordinamento A si rileva una regolarità di comportamento r che corrisponde al contenuto della norma verbalizzata n , e che si sa essere determinata dalla presenza della norma verbalizzata n ;
- (iii) anche nell'applicazione delle norme di un secondo ordinamento B si rileva la regolarità di comportamento r ;
- (iv) nell'ordinamento B non si rileva, tuttavia, la presenza di una norma verbalizzata n' analoga ad n ;
- (v) si può ipotizzare (o concludere) che nell'ordinamento B la norma n' , analoga alla norma n , sia operante in forma di criptotipo.

Ecco, dunque, la prima circostanza di contorno che può integrare l'elenco di Carcaterra: la presenza, in un ordinamento vicino a quello studiato, di una norma verbalizzata la quale determini, nell'ordinamento vicino, una regolarità di comportamento analoga a quella rilevata nell'ordinamento che è oggetto di indagine.

Non sempre, tuttavia, è possibile comparare ordinamenti differenti per ricavare norme dal comportamento sociale, e non sempre si troveranno verbalizzate in un ordinamento tutte le norme criptotipiche o non-verbalizzate che operano in un altro ordinamento.

6.4. LA SALIENZA EPISTEMOLOGICA DEL COMPORTAMENTO NOMOTROFICO

Nell'analisi del comportamento nomotrofico che ho condotto nel capitolo 5. ho mostrato che il comportamento nomotrofico di chi reagisce alla violazione di una norma, sia esso linguistico o non-linguistico, manifesta la volontà di mantenere ferma una norma e dà con ciò esplicitamente o implicitamente espressione alla norma violata.

Se questo è vero, allora l'individuazione di un'azione nomotrofica può costituire un ulteriore importante indizio per inferire norme (e in particolare criptotipi e norme non verbalizzate) dall'azione.

Alle condizioni di contorno indicate da Carcaterra se ne può aggiungere, allora, ancora un'altra. Questa condizione di contorno consiste nel fatto che il comportamento deviante rispetto alla regolarità suscita in altri soggetti delle reazioni nomotrofiche.

Queste reazioni nomotrofiche alla deviazione dalla regolarità (siano esse reazioni sanzionatorie, o di mera disapprovazione, o richieste di scuse, o altro), in quanto danno espressione alla norma violata, possono avere una salienza particolare nell'indagine delle norme non-verbalizzate. Esse

potranno, dunque, efficacemente integrare il ragionamento abduttivo per inferire norme dal comportamento regolare.

Chi reagisce (in uno dei diversi modi possibili) alla violazione di una norma, presuppone, nella sua azione, l'esistenza di quella norma, e, attraverso la sua reazione, manifesta la sua volontà di tener ferma quella norma.

Se, da un lato, il comportamento conforme ad una norma può essere semanticamente opaco, dall'altro lato, il comportamento di chi reagisce alla violazione di una norma tende ad essere semanticamente trasparente; la reazione alla violazione d'una norma è, dunque, un indizio epistemologicamente più fecondo dell'esistenza di una norma rispetto al comportamento di chi alla norma semplicemente si conforma¹⁸.

La salienza epistemologica della reazione alla violazione di una norma per l'inferenza di norme dall'azione è stata sottolineata, per esempio, da Theodor Geiger. In un passo dedicato al concetto di norma sussistente (*subsistente Norm*), Geiger scrive:

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

Potrebbe sembrare che a questo ordine reale non corrisponda alcun sistema di norme. Tuttavia, che un sistema di norme vi sia diviene chiaro nello stesso istante in cui un membro della famiglia si discosti o si accinga a discostarsi dal modello $s \rightarrow c$.

In questo caso, insorge nell'agente quella insicurezza interiore che spesso e volentieri viene chiamata "cattiva coscienza" [*schlechtes Gewissen*]. Se egli, nonostante il monito della coscienza, agisce in contrasto con $s \rightarrow c$, coloro che gli stanno attorno si scandalizzano [*nimmt die Urgebung Ärgernis*]. Questo fatto rivela che agenti ed osservatori si rappresentano [*stellen sich vor*] c come la modalità di azione richiesta nella situazione s , come la modalità di azione adeguata a quella situazione; rivela cioè che $s \rightarrow c$, quale rappresentazione normativa [*Normvorstellung*], è viva [*lebendig*].¹⁹

Lo scandalizzarsi di fronte alla deviazione di un comportamento rispetto ad un modello di comportamento invalso è rivelatore della presenza di una norma in quanto è una forma di agire nomotrofico.

Ma nel passo di Geiger v'è una precisazione importante relativa al referente del termine 'norma' che viene rivelato dall'agire nomotrofico. Ciò che viene rilevato dall'agire nomotrofico è la presenza viva di una *Normvorstellung*, della rappresentazione di una norma, ossia di un noema deontico che vive nella coscienza di chi attua il comportamento nomotrofico.

¹⁸ Tanto chi cerca di inferire norme dall'azione conforme a norme, quanto chi cerca di inferire norme dalla reazione alla violazione di norme, vede non direttamente norme, ma impronte di norme.

¹⁹ Th. Geiger [1947] 2018, pp. 139-140, traduzione modificata. Nella formula ' $s \rightarrow c$ ', s sta per 'situazione' [*Situation*], c sta per 'condotta' [*Gebaren*].

Se questo noema deontico coincida con, o corrisponda a uno *status* deontico dell'ordinamento, questo dipende in primo luogo dall'esistenza di un ordinamento ai cui *status* deontici il noema possa corrispondere, e in secondo luogo dalle eventuali condizioni di validità di quell'ordinamento. Nel capitolo 7. mi occuperò della possibile rilevanza del fenomeno dell'agire nomotrofico sul piano dell'esistenza delle norme.

Ma prima di passare al capitolo successivo farò ancora due brevi osservazioni sulla rilevanza epistemologica dell'agire nomotrofico.

La rilevanza epistemologica del comportamento nomotrofico può essere paragonata a quella della sostanza reagente che, nella fase di sviluppo di una pellicola fotografica, rivela l'immagine latente che l'esposizione alla luce ha impresso, in forma non immediatamente visibile, sulla pellicola.

Ma come nel caso della pellicola, l'immagine che appare è un'immagine *in negativo* della norma. E come nel caso della pellicola, ciò che si rivela nell'immagine sulla pellicola è *non* la norma, ma l'*impronta* di una norma.

7.

IL FARSI E IL DISFARSI DELLE NORME

SOMMARIO: 7.1. Desuetudine: il muto disfarsi delle norme – 7.2. Agire nomotrofico e genesi della consuetudine – 7.2.1. Cinque ragioni di complessità del fenomeno della consuetudine – 7.2.2. Il luogo della norma consuetudinaria nel giuspositivismo volontaristico – 7.2.2.1. Il problema del rapporto tra norma consuetudinaria e linguaggio – 7.2.2.2. Il problema del rapporto tra norma consuetudinaria e volontà – 7.2.3. Il ruolo della volontà nella formazione della norma consuetudinaria.

Was gelten soll, muß wirken.

Ciò che deve [soll] valere, deve [muß] essere operante.

Johann Wolfgang Goethe¹

Nel capitolo 5. (*La reazione alla violazione d'una norma: dal nomotropismo al nomotrofismo*) ho definito “agire nomotrofico” un comportamento che consiste nella reazione alla violazione di una norma finalizzata a impedire che quella norma possa perdere vitalità, atrofizzarsi e cadere in desuetudine.

Nel capitolo 6. (*L'inferenza di norme dal comportamento*) ho indagato la rilevanza del fenomeno dell'agire nomotrofico sul piano di un'epistemologia delle norme; in particolare ho indagato la possibilità di inferire l'esistenza di norme a partire dall'osservazione del comportamento nomotrofico.

Nel presente capitolo 7. indagherò, invece, l'ipotesi che l'agire nomotrofico possa incidere sull'esistenza stessa delle norme, e in particolare sul farsi e sul disfarsi delle norme, ossia rispettivamente sul fenomeno della consuetudine (al § 7.2.) e sul fenomeno della desuetudine (al § 7.1.).

7.1. DESUETUDINE: IL MUTO DISFARSI DELLE NORME

Il concetto di nomotrofismo è concettualmente correlato con il fenomeno della desuetudine, al quale esso si contrappone.

¹ Johann Wolfgang Goethe, *Torquato Tasso. Ein Schauspiel*, 1790, atto I, scena IV.

Indagando l'agire nomotrofico ho presupposto dunque una tesi non scontata: la tesi secondo la quale una norma può venir meno (può perdere validità) anche per mera desuetudine, indipendentemente da un atto linguistico *thetico* di abrogazione².

Tuttavia, la desuetudine è un fenomeno controverso e problematico nell'ambito della teoria del diritto.

La mia indagine sul comportamento nomotrofico è stata ispirata, come ho detto, dall'osservazione di Niklas Luhmann secondo la quale una aspettativa normativa che viene continuamente delusa senza che si registri una reazione, sbiadisce e svanisce³.

Un'intuizione analoga è presente nelle indagini di John R. Searle sulla realtà sociale: egli osserva infatti che, a differenza di oggetti materiali come le scarpe e le camicie, i fenomeni istituzionali come il matrimonio, la proprietà privata e il denaro non si logorano con l'uso: al contrario, l'uso continuo di queste istituzioni le rafforza. Ad indebolire e logorare i fenomeni istituzionali è non tanto l'uso, quanto il disuso. Secondo Searle, i fenomeni istituzionali vengono mantenuti in vita attraverso il loro uso e attraverso il fatto che, con l'uso, si parli di essi⁴.

Ma vale questo anche per quegli elementi della realtà sociale e istituzionale che sono le norme, e in particolare per le norme giuridiche?

Si può dire, in altri termini, che le norme in generale, e le norme giuridiche in particolare, possano "atrofizzarsi" e che debbano essere "mantenute in vita" attraverso il loro uso e la loro applicazione?

Vi sono numerosi contesti normativi e regolativi nei quali è un fatto banale che le norme o le regole possano scomparire *atheticamente* (senza l'intervento di un atto *anaretico* intenzionale) per desuetudine: si pensi, per esempio, all'evolvere o allo scomparire di una lingua nel tempo, oppure al cadere in disuso di una norma d'abbigliamento o di etichetta. Più controversa è, tuttavia, la questione se ciò possa accadere nel caso delle norme giuridiche.

Una risposta affermativa alle due domande che ho appena formulato appare scontata nell'ambito della sociologia del diritto e delle teorie del "diritto vivente" ("*lebendes Recht*") o del "diritto vissuto" ("*Erlebnisrecht*")⁵.

Ma una risposta affermativa a queste domande è attestata anche in due degli autori che con più convinzione hanno sostenuto, entro una prospettiva normativistica, la necessità di operare una rigorosa distinzione tra validità come esistenza d'una norma da un lato, ed efficacia d'una norma dall'altro⁶.

² Sull'atto *thetico* *anaretico* dell'abrogazione, cfr. A.G. Conte [1988] 1995; 2001.

³ Cfr. N. Luhmann [1972] 1977, p. 72, e *supra*, § 5.2.

⁴ Cfr. J.R. Searle [2010] 2010, p. 137.

⁵ Cfr., ad esempio, E. Ehrlich [1913] 1976; A.G. Conte 2008.

⁶ Sull'atteggiamento normativistico rimando nuovamente a A.G. Conte 2006b.

Nella *Dottrina pura del diritto* del 1960, Hans Kelsen afferma esplicitamente che “una norma può perdere la sua validità per il fatto che costantemente non la si applica né la si obbedisce, cioè per *desuetudine*”⁷.

Questa tesi di Kelsen implica la controversa tesi secondo la quale l'efficacia di una norma è condizione necessaria di validità di quella norma: una norma che sia priva di efficacia perde, infatti, secondo Kelsen, la propria validità⁸.

Il fatto che l'efficacia di una norma sia condizione *necessaria* della validità di essa non implica, tuttavia, che l'efficacia sia anche condizione *sufficiente* di validità della norma. Validità ed efficacia non coincidono. La validità di una norma ha infatti, per Kelsen, una seconda condizione necessaria, che consiste nel fatto che la norma sia stata statuita.

Queste due condizioni della validità delle norme sono stabilite, secondo Kelsen, nella norma fondamentale stessa: “nella norma fondamentale, la statuizione e l'efficacia sono considerate condizioni della validità”⁹.

Kelsen spiega la sua tesi paragonando la statuizione di una norma alla nascita di un uomo (prima condizione necessaria affinché quell'uomo possa vivere), e l'efficacia della norma al nutrirsi (seconda condizione necessaria affinché quell'uomo possa continuare a vivere). Scrive Kelsen:

Così un uomo, per poter vivere, deve nascere; ma per restare in vita devono essere adempite anche altre condizioni; per esempio, deve avere di che nutrirsi. Se non si adempie questa condizione, egli muore; però la sua vita non coincide né con la nascita né con la nutrizione. [...] L'efficacia è una condizione della validità, ma non è la validità stessa.¹⁰

L'importanza della desuetudine nella concezione kelseniana della validità è sottolineata dal fatto che Kelsen adduce proprio il principio della desuetudine (che da Kelsen viene intesa come consuetudine negativa) quale prova del fatto che la “funzione produttrice di diritto della consuetudine” non possa essere esclusa mediante una statuizione positiva, “almeno nella misura in cui si prende in considerazione la funzione negativa della desuetudine”¹¹.

⁷ H. Kelsen [1960] 1966, p. 242. Sulla problematicità del concetto di efficacia rimando al § 5.1. *supra*.

⁸ Sebbene il concetto di desuetudine sia connesso con uno dei problemi più dibattuti nella teoria generale e nella filosofia del diritto, ossia il problema dei rapporti tra validità ed efficacia d'una norma, il fenomeno della desuetudine è stato fatto oggetto di un'indagine specifica in rarissime occasioni. Cfr. A. Morgan 1916; S. Solazzi 1929; M. Levi 1934; R. Meneghelli 1964; J.A.C. Thomas 1966; L. Franchini 2005; L. Perra 2014. Mi permetto inoltre di rimandare ai futuri risultati di una mia ricerca sulla desuetudine ancora in corso.

⁹ H. Kelsen [1960] 1966, p. 241. Si può osservare che statuizione ed efficacia sono due condizioni entrambe necessarie della validità d'una norma, ma che non possono concorrere nello stesso momento: nel momento in cui si dà la statuizione, è impossibile che già si dia anche l'efficacia.

¹⁰ H. Kelsen [1960] 1966, p. 241.

¹¹ H. Kelsen [1960] 1966, pp. 242-243. Per una ricostruzione delle diverse concezioni della desuetudine, cfr. L. Perra 2014.

Anche Norberto Bobbio riconosce la possibilità che una norma perda la propria validità per desuetudine e, analogamente a Kelsen, ricorre alla metafora del nutrimento. Scrive Bobbio:

Ogni regola giuridica, quale che sia la sua provenienza, acquista efficacia attraverso la ripetizione costante dei comportamenti regolati [...]. È certo e non contestato che rispetto ad un ordinamento giuridico nel suo complesso, si può dire che questo esiste solo se è efficace, ed è efficace solo se la maggior parte delle sue norme sono spontaneamente rispettate o fatte rispettare, se in altre parole, si forma quella ripetizione costante, uniforme, generale di comportamenti conformi in cui consiste appunto una consuetudine. A lungo andare un ordinamento sopravvive solo se la maggior parte delle sue norme danno origine a consuetudini conformi. La consuetudine non è solo [...] *optima legum interpret* [...], ma è anche la nutrice e alimentatrice della legge: la consuetudine fa qualche cosa di più che interpretare la legge, la mantiene in vita. Quando alla legge manca l'appoggio di quel consenso tacito, in cui per lunga tradizione i giuristi hanno visto il carattere saliente della consuetudine, si affloscia, viene meno, diventa lettera morta.¹²

Nella prospettiva di Kelsen e di Bobbio, alle norme giuridiche convengono le parole di Johann Wolfgang Goethe:

Was gelten soll, muß wirken.

Ciò che deve [*soll*] valere, deve [*muß*] essere operante.¹³

Nell'ambito della prospettiva delineata da Kelsen e da Bobbio la funzione di ciò che ho chiamato agire nomotrofico, nelle sue diverse forme, è proprio quella di mantenere viva l'operanza delle norme, e con essa la loro specifica esistenza in termini di validità.

7.2. AGIRE NOMOTROFICO E GENESI DELLA CONSUETUDINE

Nel § 7.1. ho mostrato in che senso l'agire nomotrofico incide sul piano dell'esistenza delle norme contrastando il fenomeno della desuetudine.

Nel presente § 7.2. mi domanderò, invece, se l'agire nomotrofico possa incidere sul piano dell'esistenza delle norme anche favorendo il formarsi di una consuetudine.

7.2.1. Cinque ragioni di complessità del fenomeno della consuetudine

Il fenomeno della consuetudine è un fenomeno complesso, e complesse sono le ragioni della sua complessità. Non intendo qui cercare di ridurre questa complessità al fine di determinare quali siano (se vi sono) le carat-

¹² N. Bobbio [1962, 1967] 1994, p. 45.

¹³ J.W. Goethe, *Torquato Tasso* ([1790] 1994), atto I, scena IV.

teristiche essenziali della consuetudine (quali siano, cioè, le caratteristiche che consentano di determinare univocamente quando una consuetudine v'è o non v'è); cercherò nondimeno di proporre alcune categorie per illuminare la complessità del fenomeno della consuetudine, distinguendo aspetti di questo fenomeno che, pur non essendo necessariamente presenti in ogni occorrenza, ne costituiscono nondimeno degli aspetti tipici, o prototipici, che contribuiscono a delinearne il concetto¹⁴.

Testimone della complessità del fenomeno della consuetudine è la semantica stessa del termine 'consuetudine': l'italiano 'consuetudine' designa alternamente (ma non alternativamente) fenomeni eterogenei. A volte esso designa un fenomeno appartenente al mondo dell'*essere*, e in particolare il ripetersi regolare di un determinato *comportamento*; altre volte esso designa un fenomeno appartenente al mondo del *dover essere*, ossia una *norma* che a quella regolarità di comportamento si ritiene sottesa, o che da quella regolarità di comportamento si ritiene prodotta.

La semantica del termine *consuetudine* mette in evidenza una *prima* ragione della complessità del fenomeno della consuetudine: esso si colloca all'intersezione tra il piano *ontico* dell'essere (della regolarità di comportamenti) e il piano *deontico* del dover essere, della normatività. Nel fenomeno della consuetudine essere e dover essere, ontico e deontico, s'intrecciano e riverberano l'uno nell'altro.

Una *seconda* ragione della complessità del fenomeno della consuetudine è data dalla sua intrinseca *diacronicità*. La consuetudine è un fenomeno intrinsecamente *diacronico*, così come è un fenomeno intrinsecamente *diacronico* un suono. Come il suono, così anche la consuetudine si dà necessariamente in una durata, e così come l'analisi della frequenza di un suono sfugge inevitabilmente ad un'analisi puntuale e sincronica, anche l'analisi della consuetudine sfugge ad un'analisi puntuale e sincronica.

Una *terza* ragione di complessità del fenomeno della consuetudine riguarda in particolare le consuetudini sociali e le consuetudini giuridiche: tra i requisiti che i giuristi hanno attribuito alla consuetudine sociale e giuridica v'è la *generalità*. Come spiega, per esempio, Bobbio, "il comportamento ripetuto, nel caso delle consuetudini sociali e giuridiche, non deve

¹⁴ Il mio approccio non è qui quello della categorizzazione "aristotelica" basata sull'individuazione delle proprietà essenziali, ma piuttosto quello della categorizzazione "per prototipi", indagata dalla psicologa cognitivista Eleanor Rosch (cfr., ad esempio, E. Rosch - C.B. Mervis 1975; E. Rosch 1978). Rosch ha mostrato, muovendo anche dalle osservazioni di Ludwig Wittgenstein sulla definizione del concetto di gioco (cfr. L. Wittgenstein [1953] 2017, §§ 66 ss.), che spesso le nostre categorizzazioni dei fenomeni si fondano sull'evidenziazione degli aspetti tipici di un fenomeno, piuttosto che sull'individuazione delle sue proprietà essenziali o di un insieme di condizioni univocamente necessarie e sufficienti per determinarne l'appartenenza ad una categoria. Per un'analisi della teoria dei prototipi rimando, tra gli altri, a G. Kleiber 1990 e a L. Passerini Glazel 2005.

essere di una sola persona, ma di più persone: della maggior parte delle persone che si trovano nella situazione prevista”¹⁵.

La generalità e l'intrinseca diacronicità del fenomeno della consuetudine giuridica fanno sì che esso soggiaccia (duplicemente) al paradosso del sorite: così come non è possibile determinare in modo univoco quanti granelli di sabbia siano necessari per costituire un mucchio, allo stesso modo non è possibile determinare in modo univoco quanti individui debbano tenere lo stesso comportamento, e per quanto tempo, affinché si possa dire che si è formata una consuetudine.

Alla intrinseca diacronicità e alla generalità della consuetudine è correlata una *quarta* ragione di complessità del fenomeno della consuetudine: la normatività della consuetudine, a differenza di quella degli atti thetici di normazione, sembra poter essere determinata soltanto *a posteriori*, ossia soltanto dopo che essa è in qualche modo almeno parzialmente invalsa. La normatività della consuetudine si presenta, in altri termini, come un fenomeno *après-coup*, nel senso della freudiana *Nachträglichkeit*. Freud ipotizza che “il nostro apparato psichico [sia] formato da stratificazioni: i materiali presenti sotto forma di tracce mnestiche subiscono un po' alla volta, in funzione di nuove condizioni, una riorganizzazione, una riscrittura”¹⁶. Io ipotizzo che nell'instaurarsi di una norma consuetudinaria le tracce mnestiche di una regolarità di comportamento entro un gruppo sociale possano subire una riorganizzazione, una “riscrittura”, nella quale ad esse viene ascritta una valenza normativa¹⁷.

Ma poiché anche questa riorganizzazione può avvenire, entro il gruppo sociale, per gradi, essa soggiace, a sua volta, al paradosso del sorite. Nella consuetudine la normatività non è, dunque, creata immediatamente (come avviene invece negli atti di statuizione normativa): essa gradualmente “si aggrega”¹⁸.

Il fatto che nella consuetudine la normatività si aggregi gradualmente in virtù di reinterpretazioni *a posteriori* è connesso con una *quinta* ragione di complessità del fenomeno della consuetudine. La normatività delle norme statuite può essere ricondotta alla *volontà* di una specifica autorità sociale in quanto quella autorità esprime in maniera esplicita, attraverso atti linguistici tipici (e in genere tipizzati dall'ordinamento), la propria vo-

¹⁵ N. Bobbio [1962, 1967] 1994, p. 21.

¹⁶ S. Freud, Lettera a Wilhelm Fliess, 6 dicembre 1896.

¹⁷ Cfr., ad esempio, la tesi di Uberto Scarpelli che discuterò *infra*, al § 7.2.2.

¹⁸ Si può ipotizzare, alla luce della distinzione dei referenti di 'norma', che l'aggregarsi della normatività corrisponda al diffondersi in una comunità dell'esperienza normativa d'un noema deontico. Non è forse improprio paragonare il graduale aggregarsi della normatività nella consuetudine al graduale aggregarsi della materia che dà origine ad un pianeta, ove l'accrescimento della massa aumenta l'attrazione gravitazionale, e di conseguenza la quantità di materia che viene successivamente aggregata. Un fenomeno analogo è indagato in economia della comunicazione attraverso il concetto di “*network effect*” o di “economia di rete” attribuito a Robert Metcalfe.

lontà “nomothetica” (la volontà di statuire una norma). Nella formazione di una norma attraverso la consuetudine, invece, la formulazione linguistica esplicita di una volontà nomothetica manca per definizione. Per questa ragione, il fenomeno della consuetudine sembra sfuggire ad un’analisi in termini di “volontà”.

Di fronte a questa quinta ragione di complessità della consuetudine si possono percorrere due strade.

La prima delle due strade consiste nel concepire la consuetudine come un mero fatto normativo, “un fatto naturale che si svolge nel tempo”¹⁹, che in quanto tale non presuppone alcun riferimento alla volontà. È questa la via percorsa dal giovane Bobbio nel libro *La consuetudine come fatto normativo* del 1942, in cui egli rivendica l’autonomia della consuetudine rispetto al diritto di formazione legislativa²⁰.

La seconda strada consiste, invece, nel cercare nei fenomeni che danno origine ad una consuetudine una manifestazione della volontà che sia interpretabile come una volontà normativa. È questa la via percorsa, ad esempio, da Uberto Scarpelli nell’ambito di una forma di giuspositivismo strettamente volontaristico, che cerca di ricondurre anche il diritto consuetudinario alla concezione secondo la quale il diritto è prodotto di atti di volontà.

7.2.2. Il luogo della norma consuetudinaria nel giuspositivismo volontaristico

Uberto Scarpelli, in due fasi distinte della sua opera, si è esplicitamente interrogato su quale possa essere il luogo della norma consuetudinaria in quella concezione della norma giuridica incentrata sul linguaggio e sulla volontà che caratterizza il giuspositivismo.

In una prima fase (nel 1953 e nel 1955), Scarpelli si è soffermato, in particolare, sul problema posto dalle norme consuetudinarie per una concezione *linguistica* del diritto; in una seconda fase (nel 1989), egli si è soffermato, invece, più direttamente sul problema da esse posto per una concezione *volontaristica* del diritto.

7.2.2.1. Il problema del rapporto tra norma consuetudinaria e linguaggio

Nel volume *Filosofia analitica e giurisprudenza*, del 1953, Scarpelli si domanda come il diritto consuetudinario possa trovare posto in un modello normativistico del diritto, e risponde:

¹⁹ N. Bobbio [1942] 2010, p. 33.

²⁰ N. Bobbio [1942] 2010. Come ricorda Paolo Grossi nell’*Introduzione* alla nuova edizione del libro di Bobbio, la posizione assunta in gioventù da Bobbio verrà abbandonata negli scritti della maturità (cfr. P. Grossi 2010, pp. XXVIII ss.).

Il diritto consuetudinario trova posto nel modello normativistico quando esista una proposizione normativa che attribuisca validità ad una proposizione normativa, da chiunque enunciata, purché però abbia un certo contenuto, contenga cioè una prescrizione corrispondente alla descrizione di un comportamento abituale nella società, oppure corrispondente alla prescrizione contenuta in un giudizio normativo abituale ai membri della società.²¹

In questo passo, Scarpelli individua due possibili momenti genetici del diritto consuetudinario:

- (i) l'esistenza di un *comportamento abituale* nella società;
- (ii) l'esistenza di un *giudizio normativo abituale* nella società.

Né l'esistenza di un *comportamento abituale*, né l'esistenza di un *giudizio normativo abituale* sono, tuttavia, di per sé sufficienti affinché una norma consuetudinaria sia *valida* entro un ordinamento giuridico.

Affinché una norma consuetudinaria sia valida entro (in e per) un ordinamento giuridico devono essere soddisfatte, secondo il modello normativistico proposto da Scarpelli, due ulteriori condizioni: una condizione *linguistica* e una condizione *metanormativa*.

- (i) Condizione *linguistica*: deve esistere una *proposizione normativa* che abbia quale contenuto una prescrizione corrispondente o alla descrizione del comportamento abituale o alla prescrizione contenuta nel giudizio normativo abituale che costituisce il momento genetico della norma consuetudinaria.
- (ii) Condizione *metanormativa*: deve esistere un'ulteriore *proposizione normativa*, distinta dalla precedente, che attribuisca validità ad essa.

Secondo Scarpelli, dunque, l'elemento consuetudinario, il quale non è necessariamente un *quid* di linguistico (non è necessariamente un *quid* di linguistico un *comportamento abituale*, e non è necessariamente un *quid* di linguistico un *giudizio normativo abituale*), può entrare a far parte del diritto valido soltanto attraverso la mediazione di una proposizione normativa (di una entità linguistica) che dia espressione all'elemento consuetudinario.

Due anni più tardi, nel 1955, nel saggio *Il problema della definizione e il concetto di diritto*, Scarpelli insiste nuovamente sulla necessaria mediazione linguistica dell'elemento consuetudinario.

Anche in quest'opera Scarpelli si interroga sul luogo del diritto consuetudinario nell'ambito di un diritto definito in termini di norma, e si domanda:

È capace, una definizione del diritto in termini di norma, di includere il diritto consuetudinario?²²

²¹ U. Scarpelli 1953, p. 75.

²² U. Scarpelli 1955, p. 90.

La risposta di Scarpelli a questa domanda è, ancora una volta, affermativa.

Ed anche in questo caso Scarpelli sostiene che si possa parlare di diritto consuetudinario solo quando vi sia un elemento linguistico che “medi” l’inclusione degli elementi consuetudinari entro l’ordinamento giuridico positivo.

L’elemento linguistico non è più inteso, in questo passo, come proposizione normativa, bensì come “uso del linguaggio prescrittivo”, come enunciazione di norme²³:

Anche nel caso del diritto consuetudinario abbiamo il fenomeno dell’uso del linguaggio prescrittivo, della norma: i giudici, accertando e applicando il diritto consuetudinario, enunciano norme, enuncia norme ogni organo che provveda a realizzare tale diritto, ed enunciano norme i giuristi che lo accertano e determinano in sede teorica.²⁴

Come nell’opera precedente, l’attenzione di Scarpelli è qui rivolta non tanto al momento genetico della norma consuetudinaria, bensì al momento della mediazione linguistica in virtù della quale una norma consuetudinaria può entrare a far parte di un ordinamento giuridico: il problema che Scarpelli si pone non è quello dell’individuazione e dell’inferibilità delle norme consuetudinarie, ma quello della inclusione delle norme consuetudinarie entro un ordinamento giuridico, quello della giuridicità delle norme consuetudinarie.

Sebbene egli precisi, infatti, che l’elemento genetico della norma consuetudinaria vada inteso non come mero fatto, bensì come fatto normativo (“La consuetudine non è [...] rilevante come fatto, ma come fatto normativo, come fatto onde derivano norme”)²⁵, Scarpelli non prende posizione in merito alla controversa questione se la normatività vada ricercata nell’elemento consuetudinario in sé, o nella mediazione linguistica in virtù della quale l’elemento consuetudinario diviene *norma giuridica*. Scrive, infatti, Scarpelli:

Si potrà dire che le norme sono già nella consuetudine e non si fa altro che trovarvele, oppure sostenere che le norme sono create dal giudice e dal giurista, sia pure in relazione a certi dati oggettivi riguardanti eventi consuetudinari; comunque però anche qui, come per il diritto di posizione legislativa, abbiamo usi linguistici prescrittivi, produzione di norme.²⁶

Il diritto consuetudinario può, dunque, essere accertato e applicato; ma la sua inclusione in un ordinamento giuridico positivo è sempre mediata dal-

²³ Non v’è spazio in questa sede per indagare le ragioni per le quali Scarpelli, rivelando una crescente attenzione per la dimensione pragmatica del linguaggio normativo, dal riferimento a *proposizioni normative* sia passato al riferimento all’*uso del linguaggio prescrittivo* e alla *enunciazione di norme*.

²⁴ U. Scarpelli 1955, p. 90.

²⁵ U. Scarpelli 1955, p. 90.

²⁶ U. Scarpelli 1955, p. 90.

la formulazione linguistica delle norme che sono oggetto di accertamento e di applicazione (siano esse già presenti in quanto norme nell'elemento consuetudinario o siano esse create dal giudice o dal giurista che interpretano gli eventi consuetudinari).

7.2.2.2. Il problema del rapporto tra norma consuetudinaria e volontà

Trentaquattro anni più tardi, nel 1989, in *Il positivismo giuridico rivisitato*, Scarpelli torna ancora una volta ad interrogarsi sul luogo del diritto consuetudinario entro una prospettiva giuspositivistica.

Scarpelli così riassume la tesi fondamentale del positivismo giuridico:

Nella prospettiva giuspositivistica il diritto [...] è una creazione intenzionale dell'uomo. La creazione procede attraverso atti di volontà: chi vuol sapere che sia diritto deve pertanto guardare ad atti di volontà come espressi negli specifici casi di creazione.²⁷

Ma se il diritto è sempre “diritto fatto con atti di volontà” (o di deliberazione)²⁸, i quali siano “espressi” nelle forme previste dagli “specifici casi di creazione”, come può allora far parte del diritto il diritto consuetudinario, che non parrebbe, come suggerisce Scarpelli, essere “generato da atti di volontà o di deliberazione” espressi nelle forme previste?

Ecco la nuova risposta di Scarpelli a questa domanda:

Può trovare accoglienza nel positivismo giuridico il diritto non generato da atti di volontà o di deliberazione, per esempio il diritto consuetudinario, ma alla condizione che il fatto generativo *sia reinterpretato esso stesso quale manifestazione di volontà*, o che vi sia un rinvio da parte di una norma positiva.²⁹

In questo saggio Scarpelli pone l'accento non tanto sulla necessaria mediazione linguistica della norma consuetudinaria, quanto sulla necessaria *manifestazione di volontà* che deve poter essere rinvenuta nel fatto generativo stesso (nel momento genetico stesso) della norma consuetudinaria.

Questa risposta di Scarpelli suscita, tuttavia, un'ulteriore domanda: in che senso Scarpelli parla qui di volontà? Il contesto in cui si colloca questa tesi di Scarpelli, ossia il contesto in cui egli si interroga sul luogo del diritto consuetudinario entro una prospettiva giuspositivistica, fa propendere per l'ipotesi che egli intenda per “volontà” quella stessa volontà nomothetica (ossia la volontà di porre theticamente, di statuire una norma) che si ma-

²⁷ U. Scarpelli [1989] 2005, p. 104.

²⁸ Scarpelli precisa che “quando le competenze siano distribuite fra molteplici organi e persone [...] l'atto di volontà si riduce a un atto di deliberazione, ossia a un atto di prescrizione compiuto nel processo, nei modi e con le forme prescritte: il contenuto dell'atto di volontà viene a identificarsi con il significato attribuibile all'espressione risultante dalla deliberazione” (U. Scarpelli [1989] 2005, p. 106).

²⁹ U. Scarpelli [1989] 2005, p. 106 (corsivo mio).

nifesta negli atti di creazione intenzionale del diritto “come espressi negli specifici casi di creazione”.

Non è tuttavia illecito, e non è forse infecondo, domandarsi se vi possano essere più modi in cui la volontà sottesa ad una regolarità di comportamento possa incidere sul piano della formazione di una norma giuridica consuetudinaria.

Nel § 7.2.3. distinguerò sei diverse forme di volontà che possono essere sottese ad un comportamento che venga ritenuto rilevante per la formazione di una norma giuridica consuetudinaria, e illustrerò, in particolare, il ruolo che può avere nella formazione della norma consuetudinaria quella forma di volontà che, in correlazione con il concetto di agire nomotrofico, propongo di chiamare “volontà nomotrofica”.

7.2.3. Il ruolo della volontà nella formazione della norma consuetudinaria

Distinguerò sei diverse forme di volontà che possono essere sottese ad un comportamento ritenuto rilevante per la formazione di una norma consuetudinaria avvalendomi di un noto esempio citato da Geiger: l'esempio dell'antica consuetudine, invalsa presso una tribù germanica, che è stata espressa con la formula “*Drei sind frei*” (“Tre sono gratuiti”)³⁰.

Questa consuetudine consisteva nel fatto che i viandanti, durante il loro cammino, potessero cogliere alcuni frutti (tre, secondo la formula) dagli alberi e dai campi, al fine di consumarli sul posto per il sostentamento proprio e del proprio cavallo. Sarebbe parso sconveniente, secondo la ricostruzione di Geiger, se il proprietario dell'albero o del campo avesse impedito al viandante di prendere ciò che gli fosse necessario per quel sostentamento, o se il viandante avesse preso più di quanto potesse consumare sul posto.

Quali sono, mi domando ora, le forme di volontà che potevano essere sottese ai comportamenti che hanno dato origine a questa norma consuetudinaria?

La *prima forma* di volontà che può essere sottesa ad un comportamento rilevante per la formazione di questa norma consuetudinaria consiste nel fatto che il viandante che coglie tre frutti *vuole* cogliere tre frutti (altrimenti non li coglierebbe). Ma questa banale volontà di cogliere tre frutti è una volontà deonticamente neutra, essa non presuppone di per sé alcuna norma, né implica di per sé alcun riferimento a norme, non è orientata a norme. Come ho ricordato nel capitolo 5., Amedeo G. Conte ha chiamato “agire nomotropico” l'agire in-funzione-di norme, l'agire orientato a norme³¹. Correlativamente, e simmetricamente, io propongo di chiamare

³⁰ Cfr. Th. Geiger [1947] 2018, p. 140.

³¹ Sull'agire nomotropico in Conte, cfr. in particolare *supra*, § 5.1.

questa forma di volontà, deonticamente neutra, “volontà idiologica non-nomotropica”.

La *seconda forma* di volontà che può essere sottesa ad un comportamento rilevante per la formazione di questa norma consuetudinaria consiste nel fatto che il viandante, nel cogliere tre frutti, possa volontariamente imitare il comportamento di altri viandanti. Propongo di chiamare questa forma di volontà “volontà mimetica”. Anche questa volontà di imitare gli altri può essere deonticamente neutra: il viandante, quando imita il comportamento degli altri viandanti, può non presupporre alcuna norma. In questo caso, si avrà una volontà mimetica non-nomotropica. È anche possibile, tuttavia, che la volontà di imitare gli altri viandanti abbia una componente nomotropica, e si fondi su due ipotesi (formulate dal viandante) che hanno rilevanza deontica: l’ipotesi che una norma vi sia (sebbene il viandante non sappia quale essa sia), e l’ipotesi che il comportamento degli altri viandanti sia conforme a quella presunta norma³². Bisogna pertanto distinguere, accanto alla volontà mimetica non-nomotropica, anche una *terza forma* di volontà, che chiamerò “volontà mimetica nomotropica”.

La componente nomotropica costituisce un tratto essenziale della *quarta forma* di volontà che può essere sottesa al comportamento rilevante per la formazione della norma consuetudinaria: il viandante, prendendo tre frutti ma astenendosi dal prenderne più di tre, può farlo proprio per rispettare la norma *Drei sind frei*. In questo caso egli volontariamente orienta la propria azione a una norma, e correlativamente la norma lascia un’impronta nella sua azione. In altri termini, al comportamento del viandante è qui sottesa non soltanto la (deonticamente neutra) volontà di raccogliere tre frutti, ma anche la (deonticamente condizionata) volontà di rispettare una specifica norma. Quest’ultima volontà è una forma prototipica di volontà “nomotropica”; e in questo caso, in particolare, la volontà del viandante è esempio di una particolare specie di volontà nomotropica che, ricorrendo ancora una volta al lessico di Conte, si potrebbe chiamare volontà nomonomica”, in quanto essa è volontà di agire (kantianamente) *per* una regola: è volontà di conformare il proprio comportamento alla regola.

Sarebbe, invece, volontà nomotropica, ma non nomonomica, quella di un viandante che cogliesse più di tre frutti, cercando al tempo stesso di

³² In altri termini, il viandante può imitare gli altri viandanti sulla base del seguente ragionamento: se una norma v’è, è probabile che il comportamento degli altri viandanti sia conforme a questa norma; se mi comporto come loro, non dovrei dunque violare la norma, qualunque essa sia. Non è possibile in questa sede indagare analiticamente il modo in cui i processi imitativi, oggi molto studiati nell’ambito delle neuroscienze e dell’etologia, possano essere rilevanti, nell’ambito della deontica e della filosofia della normatività, nella formazione di norme. Mi limito a segnalare le ricerche sul mimetismo istituzionale di Corrado Roversi (cfr., per esempio, C. Roversi 2012, pp. 35-51) e, nell’ambito della filosofia morale, G. Mormino 2016 (che trae ispirazione anche dall’antropologia filosofica di René Girard e dalla sua teoria dell’imitazione).

occultare la propria azione, come il ladro di cui parla Weber³³. È questa la *quinta forma* di volontà che può essere sottesa a un comportamento rilevante per la formazione di una norma consuetudinaria. Questo viandante non vuole evidentemente conformare la propria azione alla norma; egli, tuttavia, agendo di nascosto, orienta comunque la propria azione alla norma, perché vuole evitare le conseguenze spiacevoli che dall'esistenza di quella norma possono per lui derivare. Chiamo questa *quinta forma* di volontà "volontà nomotropica non-nomonomica". Anche in questo caso la norma lascia, *ex negativo*, la propria impronta nell'azione.

In entrambe le sue forme, la volontà nomotropica degli esempi precedenti è, come ho detto, volontà orientata a norme. Ma, mi domando ora, è sufficiente la presenza di questo tipo di volontà nomotropica per accogliere nel diritto la norma alla quale questa volontà è orientata? E può, questa volontà nomotropica, essere considerata analoga alla volontà normativa che si manifesta negli atti espliciti di statuizione di norme?

Alla prima di queste due domande rispondono affermativamente quelle teorie della consuetudine basate sul concetto di *opinio iuris ac necessitatis*, ossia sulla convinzione che il comportamento tenuto sia un comportamento giuridicamente dovuto.

Tuttavia, tra queste forme di volontà nomotropica e la volontà normativa nomothetica che si esprime in espliciti atti di statuizione non v'è omogeneità: la volontà nomotropica nomonomica, così come quella non-nomonomica, ha sì *per presupposto* una norma, ma non è volontà di *porre* quella norma. Colui che si conforma ad una norma *presuppone*, infatti, che quella norma esista, e vuole che la sua azione sia ad essa conforme; ma egli non necessariamente *vuole* che quella norma esista e che essa sia valida.

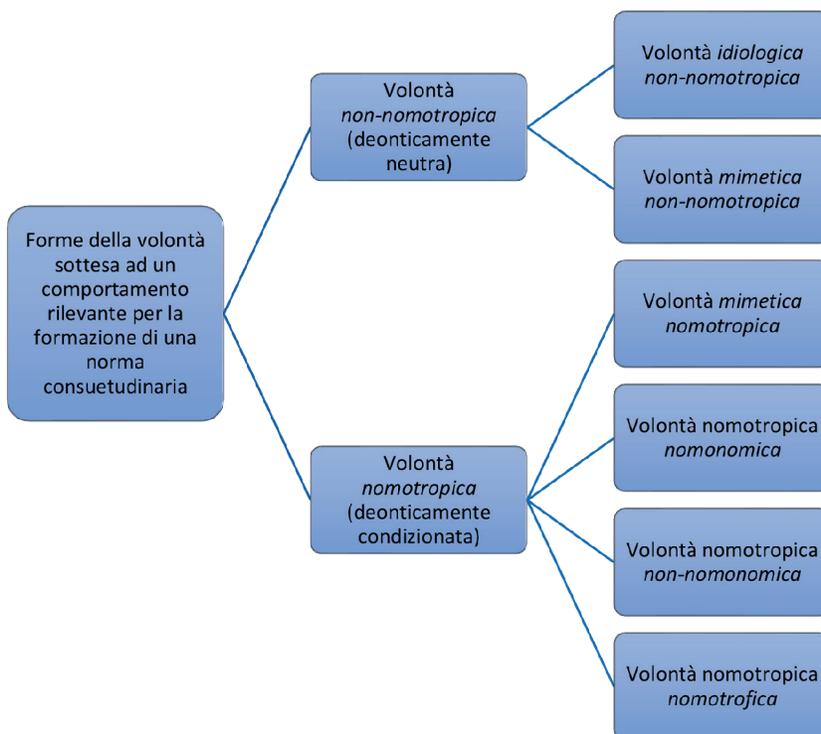
V'è, tuttavia, almeno una *sesta forma* di volontà che può essere sottesa a un comportamento rilevante per la formazione di una norma consuetudinaria, ed è una forma di volontà per certi aspetti più vicina alla volontà nomothetica.

Tornando all'esempio del *Drei sind frei*, se il proprietario del campo si accorgesse che un viandante ha colto più di tre frutti, e reagisse protestando per farsi restituire i frutti, allora la volontà sottesa a questo suo comportamento non sarebbe soltanto volontà *nomotropica* (con la 'p'), ossia orientata alla norma *Drei sind frei*; essa sarebbe una particolare forma di volontà nomotropica, che ho proposto di chiamare "volontà *nomotrofica*" (con la 'f'): la volontà nomotrofica non è mera volontà (nomonomica) di conformarsi ad una norma, ma è volontà che quella norma esista, che essa sia valida, e che sia rispettata e applicata non solo dal soggetto che agisce, ma anche dagli altri membri del gruppo sociale. In questo caso, non sol-

³³ Cfr. M. Weber 1922, p. 222, e *supra*, § 5.1.

tanto la norma lascia un'impronta nell'azione, ma l'azione a sua volta lascia un'impronta nella norma.

Riepilogo ora le sei forme di volontà che possono essere sottese ad un comportamento ritenuto rilevante per la formazione d'una norma consuetudinaria attraverso il seguente schema:



Sei forme della volontà sottesa ad un comportamento rilevante per la formazione di una norma consuetudinaria.

È la volontà nomotrofica, a me pare, la forma di volontà che può svolgere un ruolo più incisivo e allo stesso tempo più evidente nella formazione di una norma consuetudinaria.

È vero, infatti, che la volontà normativa che si manifesta nella reazione alla violazione d'una norma non è volontà *nomothetica*, non è, cioè, volontà di *porre* una norma tramite un atto linguistico di normazione nell'ambito dell'esercizio di uno specifico *potere*; ma, in quanto volontà *nomotrofica*, essa è comunque volontà di *far valere*, di *consolidare*, una norma tramite l'esercizio di un'*influenza*³⁴.

³⁴ Riprendo la distinzione tra *potere* e *influenza* da N. Bobbio [1967] 2012.

In maniera apparentemente paradossale, inoltre, possono darsi anche casi in cui l'agire nomotrofico non si limiti a far valere una norma ritenuta preesistente, ma miri a introdurre una norma nuova. Si può immaginare, ad esempio, un agire nomotrofico *am Phantasma* nel quale la norma presupposta dall'azione nomotrofica sia una norma non già preesistente nella società, ma immaginata e proposta dall'agente³⁵. In questo caso, la volontà nomotrofica può essere paragonata all'*animus inducendi consuetudinem*, ossia alla volontà di instaurare col proprio comportamento una consuetudine³⁶.

Qualora l'azione nomotrofica eserciti un'influenza sufficiente sulla società, il noema deontico intenzionato nell'azione nomotrofica può gradualmente divenire una norma operante in quella società senza mai essere stata "posta" attraverso un atto di statuizione normativa.

³⁵ L'idea di un agire nomotropico *am Phantasma* (ispirata al concetto di "*deixis am Phantasma*" indagato Karl Bühler) è presente anche in A.G. Conte 2003. Cfr. K. Bühler 1934.

³⁶ Cfr. N. Bobbio [1942] 2010, pp. 63-65.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- Abel, Olivier. 1991. "Tables du pardon. Géographie des dilemmes et parcours bibliographiques". In Olivier Abel (ed.), *Le pardon. Briser la dette et l'oubli*, 226-255. Paris: Édition Autrement.
- Ago, Roberto. 1950. *Scienza giuridica e diritto internazionale*. Milano: Giuffrè.
- Alchourrón, Carlos E. - Eugenio Bulygin. 1979. *Sobre la existencia de las normas jurídicas*. Valencia (Venezuela): Oficina latinoamericana de investigaciones jurídicas y sociales.
- Alchourrón, Carlos E. - Eugenio Bulygin. 1993. "On the Logic of Normative Systems". In Herbert Stachowiak (ed.), *Pragmatik. Handbuch pragmatischen Denkens*. Bd. 4: *Sprachphilosophie, Sprachpragmatik und formative Pragmatik*, 273-294. Hamburg: Meiner.
- Alchourrón, Carlos E. - Eugenio Bulygin. 2015a. "The Expressive Conception of Norms (1981)*". In Eugenio Bulygin, *Essays in Legal Philosophy*, 146-170. Oxford: Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198729365.003.0011>.
- Alchourrón, Carlos E. - Eugenio Bulygin. 2015b. "Von Wright on Deontic Logic and the Philosophy of Law (1973/89)*". In Eugenio Bulygin, *Essays in Legal Philosophy*, 88-116. Oxford: Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198729365.003.0007>.
- Alves, Pedro M.S. 2015. "Giudizi e norme". *Rivista internazionale di Filosofia del diritto* 92: 25-54.
- Alves, Pedro M.S. 2017. "Vers une phénoménologie de la normativité. Une circoscription préliminaire du domaine". *Phenomenology and Mind* 13: 66-85.
- Amselek, Paul. [1993] 2012. "Les règles juridiques en tant qu'objets mentaux". *ARSP: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy* 79 (3): 311-320. Traduzione italiana parziale: "Le regole come oggetti mentali". In Giuseppe Lorini - Lorenzo Passerini Glazel (eds.), *Filosofie della norma*, 37-47. Torino: Giappichelli.
- Andrews, Kristin. 2009. "Understanding Norms without a Theory of Mind". *Inquiry* 52 (5): 433-448. <https://doi.org/10.1080/00201740903302584>.
- Appiah, Kwame Anthony. [2011] 2011. *Honor Code. How Moral Revolutions Happen*. New York - London: Norton. Traduzione italiana: *Il codice d'onore. Come cambia la morale*. Milano: Raffaello Cortina.
- Ascoli, Max. 1928. *La interpretazione delle leggi. Saggio di filosofia del diritto*. Roma: Athenaeum.
- Associazione italiana di studi semiotici. 1976. *Intorno al codice. Atti del III Convegno della Associazione italiana di studi semiotici, AISS. Pavia, 26-27 settembre 1975*. Firenze: La Nuova Italia.

- Aureli, Filippo - Marina Cords. 2000. "Reconciliation and Relationship Qualities". In Filippo Aureli - Frans B.M. de Waal (eds.), *Natural Conflict Resolution*, 177-198. Berkeley: University of California Press.
- Aureli, Filippo - Frans B.M. de Waal (eds.). 2000. *Natural Conflict Resolution*. Berkeley: University of California Press.
- Austin, John Langshaw. [1962] 1987. *How to Do Things with Words. The "William James Lectures" Delivered at Harvard University in 1955*. Oxford: Clarendon Press. Traduzione italiana: *Come fare cose con le parole. Le "William James Lectures" tenute alla Harvard University nel 1955*. A cura di Carlo Penco - Marina Sbisà. Tradotto da Carla Villata. Genova: Marietti.
- Ayer, Alfred J. [1936] 1946. *Language, Truth and Logic*. London: Penguin.
- Bacon, Francis. [1625] 2010. *The Essays of Francis Bacon*. Detroit - New York: Gale.
- Barberis, Mauro. 1981. "La norma senza qualità. Appunti su 'validità' in Hans Kelsen". *Materiali per una storia della cultura giuridica* 11: 405-438.
- Battaglia, Felice. 1932. *Diritto e filosofia della pratica. Saggio su alcuni problemi dell'idealismo contemporaneo*. Firenze: La Nuova Italia.
- Bertagna, Guido - Adolfo Ceretti - Claudia Mazzucato (eds.). 2015. *Il libro dell'incontro: vittime e responsabili della lotta armata a confronto*. Milano: il Saggiatore.
- Betti, Emilio. [1950] 2002. *Teoria generale del negozio giuridico*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- Betti, Emilio. 1971. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*. Seconda edizione riveduta e ampliata. Milano: Giuffrè.
- Bobbio, Norberto. [1942] 2010. *La consuetudine come fatto normativo*. Torino: Giappichelli.
- Bobbio, Norberto. [1952] 1994. "Scienza del diritto e analisi del linguaggio". *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* 4 (2): 342-267. Ora in Norberto Bobbio, *Contributi ad un dizionario giuridico*, 335-365. Torino: Giappichelli.
- Bobbio, Norberto. [1962, 1967] 1994. "Consuetudine e fatto normativo". In Norberto Bobbio, *Contributi ad un dizionario giuridico*, 17-57. Torino: Giappichelli.
- Bobbio, Norberto. [1964] 1994. "Norma giuridica". In Norberto Bobbio, *Contributi ad un dizionario giuridico*, 215-232. Torino: Giappichelli.
- Bobbio, Norberto. [1967] 2012. "Essere e dover essere nella scienza giuridica". *Rivista di filosofia* 58 (3): 235-262. Ora in Norberto Bobbio, *Studi per una teoria generale del diritto*. A cura di Tommaso Greco, 139-173. Torino: Giappichelli.
- Bobbio, Norberto. 1993. *Teoria generale del diritto*. Torino: Giappichelli.
- Borutti, Silvana. 1999. *Filosofia delle scienze umane. Le categorie dell'Antropologia e della Sociologia*. Milano: Bruno Mondadori.
- Borutti, Silvana. 2012. *Regole e fatti. Amedeo Giovanni Conte e Ludwig Wittgenstein* [Manoscritto]. Residenza Golgi, Pavia.
- Bühler, Karl. 1934. *Sprachtheorie*. Jena: Fischer.
- Campanella, Tommaso. [1834] 2008. *Poesie filosofiche*. A cura di Gio. Gaspare Orelli. Lugano: Giuseppe Ruggia & C. Nuova edizione, Locri: F. Pancallo.

- Capograssi, Giuseppe. 1932. *Studi sull'esperienza giuridica*. Roma: Maglione.
- Capograssi, Giuseppe. 1937. *Il problema della scienza del diritto*. Milano: Giuffrè.
- Carcattera, Gaetano. 2002. "Indizi di norme". *Sociologia del diritto* 3: 123-139.
- Castañeda, Hector-Neri. 1982. *Thinking and Doing. The Philosophical Foundations of Institutions*. Seconda edizione. Dordrecht: Reidel.
- Caterina, Raffaele (ed.). 2009. *La dimensione tacita del diritto*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- Celano, Bruno. 2017. "Ragionamento giuridico, particolarismo. In difesa di un approccio psicologicistico". *Rivista di filosofia del diritto* 2: 315-344. <https://doi.org/10.4477/88282>.
- Ceretti, Adolfo. 2004. "Riparazione, riconciliazione, ubuntu, amnistia, perdono. Alcune brevi riflessioni intorno alla Commissione per la Verità e la Riconciliazione Sudafricana". *Ars interpretandi* 9: 47-67.
- Cesarini Sforza, Widar. 1934. "Oggettività ed astrattezza nell'esperienza giuridica". *Rivista italiana per le scienze giuridiche* 9 (1): 98-143.
- Conte, Amedeo Giovanni. [1962] 1997. *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*. Torino: Giappichelli. Ora in Amedeo Giovanni Conte, *Filosofia dell'ordinamento normativo. Studi 1957-1968*, 71-302. Torino: Giappichelli.
- Conte, Amedeo Giovanni. [1970] 1995. "Studio per una teoria della validità". *Rivista internazionale di Filosofia del diritto* 47: 331-354. Ora in Amedeo Giovanni Conte, *Filosofia del linguaggio normativo*. Vol. I: *Studi 1965-1981*. Seconda edizione, 55-74. Torino: Giappichelli.
- Conte, Amedeo Giovanni. 1977. "Aspekte der Semantik der deontischen Sprache". In Amedeo Giovanni Conte - Risto Hilpinen - Georg Henrik von Wright (eds.), *Deontische Logik und Semantik*, 59-73. Wiesbaden: Athenaion.
- Conte, Amedeo Giovanni. [1983] 1995. "Paradigmi d'analisi della regola in Wittgenstein". In *Wittgenstein. Momenti di una critica del sapere*. A cura di Rosaria Egidi, 37-82. Napoli: Guida. Ora in Amedeo Giovanni Conte, *Filosofia del linguaggio normativo*. Vol. II: *Studi 1982-1994*, 265-312. Torino: Giappichelli.
- Conte, Amedeo Giovanni. [1988] 1995. "Minima deontica". *Rivista internazionale di Filosofia del diritto* 65: 427-475. Ora in Amedeo Giovanni Conte, *Filosofia del linguaggio normativo*. Vol. II: *Studi 1982-1994*, 355-407. Torino: Giappichelli.
- Conte, Amedeo Giovanni. [1990] 1995. "Validità atthetica". In *Studi in memoria di Giovanni Tarello*. A cura di Silvana Castignone. Vol. II, 163-176. Milano: Giuffrè. Ora in Amedeo Giovanni Conte, *Filosofia del linguaggio normativo*. Vol. II: *Studi 1984-1995*, 409-424. Torino: Giappichelli.
- Conte, Amedeo Giovanni. 2000. "Nomotropismo: agire in funzione di regole". *Sociologia del diritto* 1 (1): 1-26. <https://doi.org/10.1400/67523>.
- Conte, Amedeo Giovanni. 2001. "Il linguaggio dell'atto". In Amedeo Giovanni Conte, *Filosofia del linguaggio normativo*. Vol. III: *Studi 1995-2001*, 947-986. Torino: Giappichelli.
- Conte, Amedeo Giovanni. 2003. "Filosofia del baro". *Rivista internazionale di Filosofia del diritto* 80 (4): 679-745.

- Conte, Amedeo Giovanni. 2006a. "Norma". In *Enciclopedia filosofica*. Nuova edizione interamente rivista e ampliata. Vol. 8, 7945-7948. Milano: Fondazione Centro studi filosofici di Gallarate - Bompiani.
- Conte, Amedeo Giovanni. 2006b. "Normativismo". In *Enciclopedia filosofica*. Nuova edizione interamente rivista e ampliata. Vol. 8, 7949-7950. Milano: Fondazione Centro studi filosofici di Gallarate - Bompiani.
- Conte, Amedeo Giovanni. 2007a. "Due specie di ambiguità nel linguaggio normativo. Ambiguità semantica vs. ambivalenza pragmatica". In Amedeo Giovanni Conte - Paolo Di Lucia - Antonio Incampo - Giuseppe Lorini - Wojciech Żełanec, *Ricerche di Filosofia del diritto*. A cura di Lorenzo Passerini Glazel, 91-201. Torino: Giappichelli.
- Conte, Amedeo Giovanni. 2007b. "Norma: cinque referenti". In Amedeo Giovanni Conte - Paolo Di Lucia - Antonio Incampo - Giuseppe Lorini - Wojciech Żełanec, *Ricerche di Filosofia del diritto*. A cura di Lorenzo Passerini Glazel, 27-35. Torino: Giappichelli.
- Conte, Amedeo Giovanni. 2008. "Erlebnisrecht. Diritto vissuto/esperienziale nell'antropologia filosofica di Rodolfo Sacco". *Rivista internazionale di Filosofia del diritto* 85: 405-424.
- Conte, Amedeo Giovanni. 2011a. *Sociologia filosofica del diritto*. Torino: Giappichelli.
- Conte, Amedeo Giovanni. 2011b. "Where the Norm Is Unspoken". *Lexique et philosophie. Cahiers de lexicologie* 99 (2): 189-192.
- Conte, Amedeo Giovanni. 2012. "Norma: cinque referenti". In Giuseppe Lorini - Lorenzo Passerini Glazel (eds.), *Filosofie della norma*, 57-65. Torino: Giappichelli.
- Conte, Amedeo Giovanni - Paolo Di Lucia - Antonio Incampo - Giuseppe Lorini - Wojciech Żełanec. 2007. *Ricerche di Filosofia del diritto*. A cura di Lorenzo Passerini Glazel. Torino: Giappichelli.
- Conte, Maria-Elisabeth. 1992. "Semantica del predicato "perdonare". In Giuseppe Galli (ed.), *Interpretazione e perdono*, 13-21. Genova: Marietti.
- Crisafulli, Vezio. 1964. "Disposizione (e norma)". In *Enciclopedia del diritto*. Vol. XII, 195-209. Milano: Giuffrè.
- De Vecchi, Francesca - Lorenzo Passerini Glazel. 2012. "Gli atti sociali nella tipologia degli *Erlebnisse* e degli atti spontanei in Adolf Reinach (1913)". In Francesca De Vecchi (ed.), *Eidetica del diritto e ontologia sociale. Il realismo di Adolf Reinach*, 261-280. Milano - Udine: Mimesis.
- Di Lucia, Paolo. 1994. "Tre opposizioni per lo studio dei rapporti tra diritto e linguaggio". In Uberto Scarpelli - Paolo Di Lucia (eds.), *Il linguaggio del diritto*, 9-23. Milano: LED.
- Di Lucia, Paolo. 1996. "Agire secondo una norma, agire per una norma, agire in funzione di una norma". In Paolo Comanducci - Riccardo Guastini (eds.), *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, 37-45. Torino: Giappichelli.
- Di Lucia, Paolo. 2002. "Efficacia senza adempimento". *Sociologia del diritto* 29 (3): 73-103.
- Di Lucia, Paolo. 2003. *Normatività. Diritto, linguaggio, azione*. Torino: Giappichelli.

- Di Lucia, Paolo. 2007. "Agire in-funzione-di norme". In Amedeo G. Conte - Paolo Di Lucia - Antonio Incampo - Giuseppe Lorini - Wojciech Żelaniec, *Ricerche di Filosofia del diritto*. A cura di Lorenzo Passerini Glazel, 164-178. Torino: Giappichelli.
- Di Lucia, Paolo. 2008. "Ermeneutica dell'atto muto". In *Cooperazione, conflitti e interventi pubblici, con riguardo ai fattori produttivi agricoli e alla gestione del territorio*, 51-65. Milano: Giuffrè.
- Di Lucia, Paolo. 2011. "Il nullo e il nulla". *Lexique et philosophie. Cahiers de lexicologie* 99 (2): 179-188.
- Di Lucia, Paolo - Letizia Mancini (eds.). 2015. *La giustizia vendicativa*. Pisa: ETS.
- Di Lucia, Paolo - Riccardo Mazzola. 2019. *Vindicta: studi e testi sulla giustizia vendicativa*. Milano: LED.
- Di Lucia, Paolo - Lorenzo Passerini Glazel. 2015. "Norma forma: Hans Kelsen oltre il formalismo". In Hans Kelsen, *Che cos'è la giustizia? Lezioni americane*. A cura di Paolo Di Lucia - Lorenzo Passerini Glazel, 157-206. Macerata: Quodlibet.
- Di Lucia, Paolo - Lorenzo Passerini Glazel. 2017. "Two Semiotic Shifts in the Philosophy of Norms: Meaning Shift and Referent Shift". *Phenomenology and Mind* 13: 10-18. https://doi.org/10.13128/Phe_Mi-22425.
- Di Lucia, Paolo - Lorenzo Passerini Glazel. 2018. "Norm and action. A cento anni dalla nascita di Georg Henrik von Wright (1916-2003)". *Notizie di Politeia* 34 (130): 56-59.
- Di Lucia, Paolo - Lorenzo Passerini Glazel. 2020a. "Amedeo G. Conte filosofo della validità". *Rivista di filosofia del diritto* 9 (1): 11-26. <https://doi.org/10.4477/97016>.
- Di Lucia, Paolo - Lorenzo Passerini Glazel. 2020b. "L'illusione della giustizia e il valore della verità. Hans Kelsen e la filosofia sociale di Platone". In Mauro Bonazzi - Raffaella Colombo (eds.), *Sotto il segno di Platone. Il conflitto delle interpretazioni nella Germania del Novecento*, 111-132. Roma: Carocci.
- Di Lucia, Paolo - Lorenzo Passerini Glazel. [In preparazione]. "Hans Kelsen's Theory of Revenge". In Ignasi Terradas Saborit - Raúl Márquez Porras - Riccardo Mazzola (eds.), *Vindicatory Justice, beyond Revenge and Law*. Basel: Springer Nature.
- di Robilant, Enrico. 1968. *Modelli nella filosofia del diritto*. Bologna: il Mulino.
- Ehrlich, Eugen. [1903] 1973. *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*. Leipzig: Hirschfeld.
- Ehrlich, Eugen. [1913] 1976. *Grundlegung der Soziologie des Rechts*. Berlin: Duncker & Humblot. Traduzione italiana: *I fondamenti della sociologia del diritto*. A cura di Alberto Febbrajo. Milano: Giuffrè.
- Erodoto. 1984. *Storie*. Tradotto da Augusta Izzo d'Accinni. Milano: Rizzoli.
- Faralli, Carla. 1987. *Diritto e magia. Il realismo di Hägerström e il positivismo filosofico*. Bologna: CLUEB.
- Ferrajoli, Luigi. 1970. *Teoria assiomaticizzata del diritto. Parte generale*. Milano: Giuffrè.

- Ferrajoli, Luigi. 2016. *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*. Bari: Laterza.
- Ferrajoli, Luigi, et al. 2020. *Il dover essere del diritto. Un dibattito teorico sul diritto illegittimo a partire da Kelsen*. A cura di Paolo Di Lucia - Lorenzo Passerini Glazel. Torino: Giappichelli.
- Ferrara, Alessandro. 2008. *La forza dell'esempio. Il paradigma del giudizio*. Milano: Feltrinelli.
- Fittipaldi, Edoardo. 2012a. *Everyday Legal Ontology. A Psychological and Linguistic Investigation within the Framework of Leon Petrażycki's Theory of Law*. Milano: LED.
- Fittipaldi, Edoardo. 2012b. *Psicologia giuridica e realismo: Leon Petrażycki*. Milano: LED.
- Fittipaldi, Edoardo. 2016a. "Introduction: Continental Legal Realism". In Enrico Pattaro - Corrado Roversi (eds.), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*. Vol. 12: *Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World*. Tome 2: *Main Orientations and Topics*, 1361-1382. Dordrecht: Springer Netherlands. https://doi.org/10.1007/978-94-007-1479-3_40.
- Fittipaldi, Edoardo. 2016b. "Leon Petrażycki's Theory of Law". In Enrico Pattaro - Corrado Roversi (eds.), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*. Vol. 12: *Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World*. Tome 2: *Main Orientations and Topics*, 1509-1569. Dordrecht: Springer. https://doi.org/10.1007/978-94-007-1479-3_46.
- Fittipaldi, Edoardo - Elena V. Timoshina. 2017. "Theory of Custom, Dogmatics of Custom, Policy of Custom: On the Threefold Approach of Polish-Russian Legal Realism". *Ratio juris* 30 (1): 105-122.
- Fittipaldi, Edoardo - A. Javier Treviño (eds.). [In preparazione]. *The Living Legacy of Leon Petrażycki. Contributions to Social Sciences*. New York: Routledge.
- Franchini, Lorenzo. 2005. *La desuetudine delle XII tavole nell'età arcaica*. Milano: Vita & Pensiero.
- Galtung, Johan. 1959. "Expectations and Interaction Processes". *Inquiry* 2: 213-234.
- Geiger, Theodor. [1947, 1964] 2018. *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*. A cura di Paul Trappe. Seconda edizione. Neuwied am Rhein: Luchterhand. Traduzione italiana: *Studi preliminari di sociologia del diritto*. A cura di Morris L. Ghezzi - Nicoletta Bersier Ladavac. Milano - Udine: Mimesis.
- Ginsborg, Hannah. 2011. "Primitive Normativity and Skepticism about Rules". *The Journal of Philosophy* 108 (5): 227-254.
- Goethe, Johann Wolfgang von. [1790] 1994. *Torquato Tasso. Ein Schauspiel*. Leipzig: Göschen. Traduzione italiana: *Torquato Tasso*. A cura di Eugenio Bernardi. Tradotto da Cesare Lievi. Seconda edizione. Venezia: Marsilio.
- Gorla, Gino. 1973. "Il ricorso alla legge di un 'luogo vicino' nell'ambito del diritto comune europeo". *Foro italiano* 96 (parte V): coll. 89-107.
- Grossi, Paolo. 2010. "Introduzione". In Norberto Bobbio, *La consuetudine come fatto normativo*, VII-XXXI. Torino: Giappichelli.

- Grossi, Paolo. 2017. *L'invenzione del diritto*. Roma - Bari: Laterza.
- Guastini, Riccardo. 1989. "Disposizione vs. norma". *Giurisprudenza costituzionale* 34 (1, parte seconda): 3-14.
- Guastini, Riccardo. 1993. *Le fonti del diritto e l'interpretazione*. Milano: Giuffrè.
- Guastini, Riccardo. 2010. "Defettibilità, lacune assiologiche, e interpretazione". *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law / Revija za ustavno teorijo in filozofijo prava* 14 (Dec.): 57-72. <https://doi.org/10.4000/revus.1342>.
- Guastini, Riccardo. 2017. *Saggi scettici sull'interpretazione*. Torino: Giappichelli.
- Guastini, Riccardo. 2018. "Dos concepciones de las normas". *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law / Revija za ustavno teorijo in filozofijo prava* 35 (Nov.). <https://doi.org/10.4000/revus.3810>.
- Gurvitch, Georges. 1935. *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*. Paris: Pedone.
- Hage, Jaap. 2005. *Studies in Legal Logic*. Dordrecht (The Netherlands): Springer.
- Hart, Herbert L.A. [1961] 1991. *The Concept of Law*. New York: Oxford University Press. Traduzione italiana: *Il concetto di diritto*. Tradotto da Mario A. Cattaneo. Torino: Einaudi.
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich. [1818-1831] 1973-1974. *Vorlesungen über Rechtsphilosophie*. Stuttgart - Bad Cannstatt: Frommann-Holzboog.
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich. [1807] 1973. *Phänomenologie des Geistes*. Bamberg - Würzburg: Joseph Anton Goebhardt. Traduzione italiana: *Fenomenologia dello spirito*. Firenze: La Nuova Italia.
- Huber, Franz Xaver - Peter Winter. 1795. *Das unterbrochene Opferfest. Eine heroisch-komische Oper in zwey Aufzügen*. Wien: Kurtzbeck.
- Husserl, Edmund. [1913] 2002. "Ideen zu einer reinen Phänomenologie und phänomenologischen Philosophie". *Jahrbuch für Philosophie und phänomenologische Forschung* 1 (1): 1-323. Traduzione italiana: *Idee per una fenomenologia pura e per una filosofia fenomenologica*. Vol. I. A cura di Vincenzo Costa - Elio Franzini. Torino: Einaudi.
- Kant, Immanuel. [1797] 1998. *Die Metaphysik der Sitten*. Königsberg: Friedrich Nicolovius. Traduzione italiana: *La metafisica dei costumi*. Roma - Bari: Laterza.
- Kelsen, Hans. [1925] 2013. *Allgemeine Staatslehre*. Berlin: Springer. Traduzione italiana: *Dottrina generale dello Stato*. A cura di Jörg Luther. Tradotto da Enrico Daly. Milano: Giuffrè.
- Kelsen, Hans. [1926] 1932. *Grundriß einer allgemeinen Theorie des Staates*. Wien: Rohrer. Traduzione italiana: *Lineamenti di una teoria generale dello stato e altri scritti*. Roma: Anonima Romana Editoriale.
- Kelsen, Hans. [1934] 2000. *Reine Rechtslehre. Einleitung in die Rechtswissenschaftliche Problematik*. Leipzig - Wien: F. Deuticke. Traduzione italiana: *Lineamenti di dottrina pura del diritto*. Tradotto da Renato Treves. Torino: Einaudi.
- Kelsen, Hans. [1945] 2000. *General Theory of Law and State*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press. Traduzione italiana: *Teoria generale del diritto e dello stato*. Milano: Etas-Kompass.

- Kelsen, Hans. [1946] 1992. *Society and Nature. A Sociological Inquiry*. London: Kegan Paul, Trench, Trubner & Co. Traduzione italiana: *Società e natura. Ricerca sociologica*. Torino: Bollati Boringhieri.
- Kelsen, Hans. 1948. "Law, State and Justice in the Pure Theory of Law". *The Yale Law Journal* 57 (3): 377-390.
- Kelsen, Hans. [1960] 1966. *Reine Rechtslehre*. Seconda edizione. Wien: F. Deuticke. Traduzione italiana: *La dottrina pura del diritto*. Tradotto da Mario G. Losano. Torino: Einaudi.
- Kelsen, Hans. [1965] 1990. "Eine phänomenologische Rechtstheorie". *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht* 15: 353-409. Traduzione italiana: *Una teoria fenomenologica del diritto*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- Kelsen, Hans. [1979] 1985. *Allgemeine Theorie Der Normen*. A cura di Kurt Ringhofer - Robert Walter. Wien: Manz. Traduzione italiana: *Teoria generale delle norme*. A cura di Mario G. Losano. Tradotto da Mirella Torre. Torino: Einaudi.
- Kelsen, Hans. 2015. *Che cos'è la giustizia? Lezioni americane*. A cura di Paolo Di Lucia - Lorenzo Passerini Glazel. Macerata: Quodlibet.
- Kiparsky, Paul - Carol Kiparsky. 1970. "Fact". In Manfred Bierwisch - Karl Erich Heidolph (eds.), *Progress in Linguistics*, 143-173. The Hague: Mouton.
- Kleiber, Georges. 1990. *La sémantique du prototype. Catégories et sens lexical*. Paris: Presses Universitaires de France.
- Leibniz, Gottfried Wilhelm. [1765] 1968. *Nouveaux essais sur l'entendement humain*. Traduzione italiana: "Nuovi saggi sull'intelletto umano". In Gottfried Wilhelm Leibniz, *Scritti filosofici*. A cura di Domenico Omero Bianca. Vol. II, 151-676. Torino: UTET.
- Levi, Mario. 1934. *Consuetudine e desuetudine (a proposito dei cosiddetti usi di Genova)*. Roma: U.S.I.L.A.
- Lewis, Michael - Jeannette M. Haviland-Jones - Lisa Feldman Barrett (eds.). 2010. *Handbook of Emotions*. Terza edizione. New York: Guilford Press.
- Loddo, Olimpia G. 2012. "Percezione vs. recezione dell'atto giuridico in Adolf Reinach e Ernst Zitelmann". In Francesca De Vecchi (ed.), *Eidetica del diritto e ontologia sociale. Il realismo di Adolf Reinach*, 245-260. Milano - Udine: Mimesis.
- Lombardi Vallauri, Luigi. 1967. *Saggio sul diritto giurisprudenziale*. Milano: Giuffrè.
- Lombardi Vallauri, Luigi. 2006. "Diritto". In *Enciclopedia filosofica*. Vol. 3, 2938-2945. Milano: Fondazione Centro studi filosofici di Gallarate - Bompiani.
- Lorini, Giuseppe. 2015. "Il linguaggio muto della vendetta". In Giuseppe Lorini - Michelina Masia (eds.), *Antropologia della vendetta*, 155-167. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- Lorini, Giuseppe. 2017. "Il comportamento nomico di animali non-umani". *Sociologia del diritto* 44 (3): 77-105.
- Lorini, Giuseppe. 2018. "Animal Norms: An Investigation of Normativity in the Non-Human Social World". *Law, Culture and the Humanities*. <https://doi.org/10.1177/1743872118800008>.

- Lorini, Giuseppe - Micheline Masia (eds.). 2015. *Antropologia della vendetta*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- Lorini, Giuseppe - Stefano Moroni. 2020. "Ruling without Rules: Not Only Nudges. Regulation beyond Normativity". *Global Jurist*. <https://doi.org/10.1515/gj-2019-0051>.
- Lorini, Giuseppe - Lorenzo Passerini Glazel. 2012. "Norma: la parola e le cose". In Giuseppe Lorini - Lorenzo Passerini Glazel (eds.), *Filosofie della norma*, XIII-XVIII. Torino: Giappichelli.
- Lorini, Giuseppe - Lorenzo Passerini Glazel (eds.). 2012. *Filosofie della norma*. Torino: Giappichelli.
- Losano, Mario G. 1981. *Forma e realtà in Kelsen*. Milano: Edizioni di Comunità.
- Luhmann, Niklas. [1969] 2012. "Normen in soziologischer Perspektive". *Soziale Welt* 20: 28-48. Traduzione italiana parziale: "Aspettative e norme". In Giuseppe Lorini - Lorenzo Passerini Glazel (eds.), *Filosofie della norma*, 283-298. Torino: Giappichelli.
- Luhmann, Niklas. [1972] 1977. *Rechtssoziologie*. Reinbek bei Hamburg: Rowohlt. Traduzione italiana: *Sociologia del diritto*. Bari: Laterza.
- MacCormick, Neil - Ota Weinberger. 1990. *Il diritto come istituzione*. A cura di Massimo La Torre. Milano: Giuffrè.
- Márquez Porras, Raúl. 2019. "Vindictory Justice and the State: Accounts from Yolngu and Shuar Ethnographies". *Sociologia del diritto* 45 (3): 71-94.
- McGrath, Matthew - Frank Devlin. 2018. "Propositions". In *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Metaphysics Research Lab, Stanford University. <https://plato.stanford.edu/entries/propositions/#history>.
- Meneghelli, Ruggero. 1964. *Intorno al problema della desuetudine*. Padova: CEDAM.
- Morgan, Appleton. 1916. "American Law and the Desuetudo". *American Law Review* 50: 815-826.
- Mormino, Gianfranco. 2016. *Per una teoria dell'imitazione*. Milano: Raffaello Cortina.
- Moro, Paolo. 2013. "Sul valore tipico del precedente giudiziale". In Claudio Sarra - Daniele Velo Dalbrenta (eds.), *Res iudicata. Figure della positività nell'esperienza contemporanea*, 177-207. Padova: Padova University Press.
- Needham, Rodney. 1975. "Polythetic Classification: Convergence and Consequences". *Man* n.s. 10 (3): 349-369.
- Nietzsche, Friedrich. 1975. "Frammenti postumi 1885-1887". In *Opere di Friedrich Nietzsche*. A cura di Giorgio Colli - Mazzino Montinari. Vol. 8.1. Milano: Adelphi.
- Nitsch, Carlo. 2012. *Diritto e forza nella comunità degli Stati. Studi su Hans Kelsen e la teoria del diritto internazionale*. Napoli: Satura.
- Opocher, Enrico. 1947. *Il valore dell'esperienza giuridica*. Treviso: Tipografia Crivellari.
- Opocher, Enrico. 1976. "La filosofia dell'esperienza giuridica". In *La filosofia del diritto in Italia nel secolo XX*. A cura di Rinaldo Orecchia. Vol. I. Milano: Giuffrè.

- Oppenheim, Felix E. 1944. "Outline of a Logical Analysis of Law". *Philosophy of Science* 11: 142-160.
- Owens, David. 2012. *Shaping the Normative Landscape*. Oxford: Oxford University Press.
- Palma, Adriano (ed.). 2014. *Castañeda and His Guises: Essays on the Work of Hector-Neri Castañeda*. Vol. 58: *Philosophische Analyse / Philosophical Analysis*. Boston - Berlin: De Gruyter.
- Passerini Glazel, Lorenzo. 2005. *La forza normativa del tipo. Pragmatica dell'atto giuridico e teoria della categorizzazione*. Macerata: Quodlibet.
- Passerini Glazel, Lorenzo. 2009. "Decriptare criptotipi". In Raffaele Caterina (ed.), *La dimensione tacita del diritto*, 139-145. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- Passerini Glazel, Lorenzo. 2012a. "Due fenomenologie dell'atto giuridico: Adolf Reinach vs. Czesław Znamierowski". In Francesca De Vecchi (ed.), *Eidetica del diritto e ontologia sociale. Il realismo di Adolf Reinach*, 281-297. Milano - Udine: Mimesis.
- Passerini Glazel, Lorenzo. 2012b. "Operanza di norme". In Giuseppe Lorini - Lorenzo Passerini Glazel (eds.), *Filosofie della norma*, 237-244. Torino: Giappichelli.
- Passerini Glazel, Lorenzo. 2013a. "Disused Norms: Norm Atrophy and Nomotrophic Behaviour". In Emanuele Fadda - Alfredo Givigliano - Claudia Stancati (eds.), *The Nature of Social Reality*, 55-64. Newcastle upon Tyne: Cambridge Scholars Publishing.
- Passerini Glazel, Lorenzo. 2013b. "Norm Atrophy and Nomotrophic Behaviour. On a Mode of Inexistence of Norms". In Stefano Colloca (ed.), *The Value of Truth, The Truth of Value. Proceedings of the International Seminar Nomologics 1, Pavia, Residenza Golgi, 14th-16th July 2011*, 159-168. Milano: LED.
- Passerini Glazel, Lorenzo. 2014. "Diritto consuetudinario e volontà normativa nel positivismo giuridico di Uberto Scarpelli". In Patrizia Borsellino - Silvia Salardi - Michele Saporiti (eds.), *L'eredità di Uberto Scarpelli*, 143-152. Torino: Giappichelli.
- Passerini Glazel, Lorenzo. 2015a. "Il perdono come atto nomotrofico". In Stefano Biancu - Alberto Bondolfi (eds.), *Perdono: negazione o compimento della giustizia?*, 49-67. Trento: FBK Press.
- Passerini Glazel, Lorenzo. 2015b. "La semantica nomotrofica della vendetta". In Giuseppe Lorini - Michelina Masia (eds.), *Antropologia della vendetta*, 169-179. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- Passerini Glazel, Lorenzo. 2015c. "Shared Norms and Nomotrophic Behaviour". *Phenomenology and Mind* 9: 148-159. https://doi.org/10.13128/Phe_Mi-18160.
- Passerini Glazel, Lorenzo. 2017a. "L'aporia del concetto kelseniano di 'norma'. Tre livelli di interpretazione del senso d'una norma giuridica". *Notizie di Politeia* 33: 172-178.
- Passerini Glazel, Lorenzo. 2017b. "Normative Experience: Deontic Noema and Deontic Noesis". *Phenomenology and Mind* 13: 96-107. https://doi.org/10.13128/Phe_Mi-22432.

- Passerini Glazel, Lorenzo. 2018. “Norme vissute e norme meramente pensate: noema deontico ed esperienza normativa in Kelsen, Weber, Petrażycki e Weinberger”. *Sociologia del diritto* 45: 7-28. <https://doi.org/10.3280/SD2018-001-001>.
- Passerini Glazel, Lorenzo. 2019. “Deontic Noema. A Contribution to a Theoretical Analysis of Normative Experience”. In Oleksiy Stovba - Natalia Satokhina - Ricardo Evandro Santos Martins (eds.), *The Experience of Law. Collection of Articles and Essays*, 59-77. Kharkiv: Oleg Miroshnychenko.
- Passerini Glazel, Lorenzo. 2020a. “L’aporia del concetto kelseniano di ‘norma’”. In Luigi Ferrajoli *et al.*, *Il dover essere del diritto. Un dibattito teorico sul diritto illegittimo a partire da Kelsen*. A cura di Paolo Di Lucia - Lorenzo Passerini Glazel, 249-259. Torino: Giappichelli.
- Passerini Glazel, Lorenzo. 2020b. “Forme della volontà e impronte di norme nella formazione della norma consuetudinaria”. *Noesis* 34: 71-88.
- Passerini Glazel, Lorenzo. [In preparazione]. “Leon Petrażycki’s Reconstruction of Normative Experiences”. In Edoardo Fittipaldi - A. Javier Treviño (eds.), *The Living Legacy of Leon Petrażycki. Contributions to Social Sciences*. New York: Routledge.
- Pattaro, Enrico. 1976. “Il positivismo giuridico italiano dalla rinascita alla crisi”. In Uberto Scarpelli (ed.), *Diritto e analisi del linguaggio*, 451-487. Milano: Edizioni di Comunità.
- Pattaro, Enrico - Corrado Roversi (eds.). 2016. *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*. Vol. 12: *Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World*. Tome 2: *Main Orientations and Topics*. Dordrecht: Springer.
- Perra, Livio. 2014. “Il puzzle della desuetudine”. *Sociologia del diritto* 41 (3): 47-63.
- Petrażycki, Leon. [1908, 1909-1910] 2011. *Law and Morality*. New Brunswick - London: Transaction.
- Petrażycki, Leon. 2012. “La concezione psicologista della norma”. In Giuseppe Lorini - Lorenzo Passerini Glazel (eds.), *Filosofie della norma*, 263-273. Torino: Giappichelli.
- Pigliaru, Antonio. 1959. *La vendetta barbaricina come ordinamento giuridico*. Milano: Giuffrè.
- Pigliaru, Antonio. 2000. *Il banditismo in Sardegna: la vendetta barbaricina*. Nuoro: Il maestrale.
- Pigliaru, Antonio. 2007. *Il codice della vendetta barbaricina*. A cura di Benedetto Meloni. Nuoro: Il maestrale.
- Plutarco. 1981. *Vite parallele*. Introduzione, traduzione e note di Carlo Carena. 3 voll. Milano: Arnoldo Mondadori.
- Ratti, Giovanni Battista. 2009. *Norme, principi e logica*. Roma: Aracne.
- Reinach, Adolf. [1913] 1990. “Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechtes”. *Jahrbuch für Philosophie und phänomenologische Forschung* 1: 685-847. Traduzione italiana: *I fondamenti a priori del diritto civile*. Milano: Giuffrè.
- Ricœur, Paul. [1977] 1998. *La sémantique de l’action*. A cura di Dorian Tiffeneau. Paris: Éditions du Centre national de la recherche scientifique. Tra-

- duzione italiana: *La semantica dell'azione. Discorso e azione*. Tradotto da Antonio Pieretti. Milano: Jaca Book.
- Rosch, Eleanor. 1978. "Principles of Categorization". In Eleanor Rosch - Barbara Bloom Lloyd (eds.), *Cognition and Categorization*, 27-48. Hillsdale (NJ): Erlbaum.
- Rosch, Eleanor - Carolyn B. Mervis. 1975. "Family Resemblances: Studies in the Internal Structure of Categories". *Cognitive Psychology* 7: 573-605.
- Roversi, Corrado. 2012. "Sul mimetismo istituzionale". *Sociologia del diritto* 2: 35-51.
- Roversi, Corrado. 2014. "Conceptualizing Institutions". *Phenomenology and the Cognitive Sciences* 13: 201-215.
- Rozin, Paul - Jonathan Haidt - Clark R. McCauley. 2010. "Disgust". In Michael Lewis - Jeannette M. Haviland-Jones - Lisa Feldman Barrett (eds.), *Handbook of Emotions*. Terza edizione, 757-776. New York: Guilford Press.
- Sacco, Rodolfo. 1989. "Crittotipo". *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione civile V*: 39-40.
- Sacco, Rodolfo. 2000. "Lingua e diritto". *Ars interpretandi* 5: 117-134.
- Sacco, Rodolfo. 2015. *Il diritto muto. Neuroscienze, conoscenza tacita, valori condivisi*. Bologna: il Mulino.
- Sander, Fritz. 1921. *Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung? Kritische Studie zur Rechtslehre Hans Kelsens*. Wien: Deuticke.
- Sander, Fritz. 1926-1927. "Das Rechtserlebnis". *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts* 1: 100-119.
- Scarpelli, Uberto. 1953. *Filosofia analitica e giurisprudenza*. Milano: Istituto Editoriale Cisalpino.
- Scarpelli, Uberto. 1955. *Il problema della definizione e il concetto di diritto*. Milano: Istituto Editoriale Cisalpino.
- Scarpelli, Uberto. [1989] 2005. "Il positivismo giuridico rivisitato". *Rivista di filosofia* 80: 461-475. Nuova edizione in *Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia*. A cura di Aldo Schiavello - Vito Velluzzi, 104-113. Torino: Giappichelli.
- Schauer, Frederick. [1991] 2000. *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*. Oxford (UK) - New York: Clarendon Press - Oxford University Press. Traduzione italiana: *Le regole del gioco. Un'analisi filosofica delle decisioni prese secondo le regole nel diritto e nella vita quotidiana*. Bologna: il Mulino.
- Searle, John R. [1969] 1992. *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*. Cambridge: Cambridge University Press. Traduzione italiana: *Atti linguistici. Saggio di filosofia del linguaggio*. Torino: Bollati Boringhieri.
- Searle, John R. [1995] 2006. *The Construction of Social Reality*. New York: Free Press. Traduzione italiana: *La costruzione della realtà sociale*. Torino: Einaudi.
- Searle, John R. [2010] 2010. *Making the Social World: The Structure of Human Civilization*. Oxford: Oxford University Press. Traduzione italiana: *Creare il mondo sociale: la struttura della civiltà umana*. A cura di Paolo Di Lucia. Tradotto da Guglielmo Feis. Milano: Raffaello Cortina.

- Searle, John R. 2019. *Il mistero della realtà*. Tradotto da Paolo Di Lucia - Lorenzo Passerini Glazel. Milano: Raffaello Cortina.
- Shapiro, Scott J. 2006. "What Is the Internal Point of View?". *Fordham Law Review* 75 (3): 1157-1170.
- Silvi, Marco Q. 2004. *Struttura giuridica del perdono*. Milano: Franco Angeli.
- Silvi, Marco Q. 2013. *Atto giuridico e documento informatico: forma orale, forma scritta, forma informatica*. Milano: Ledizioni.
- Silvi, Marco Q. 2020. "Diritto muto?". *Rivista di filosofia del diritto* 9 (1): 197-217. <https://doi.org/10.4477/97027>.
- Solazzi, Siro. 1929. *La desuetudine della legge*. Modena: Tipografia modenese.
- Tanzi, Aristide. 1999. *L'antiformalismo giuridico. Un percorso antologico*. Milano: Raffaello Cortina.
- Tarello, Giovanni. 1974. *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*. Bologna: il Mulino.
- Terradas Saborit, Ignasi. 2008. *Justicia vindicatoria. De la ofensa e indefensión a la imprecación y el oráculo, la vindicta y el talión, la ordalía y el juramento, la composición y la reconciliación*. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas.
- Terradas Saborit, Ignasi. 2019. *La justicia más antigua. Teoría y cultura del ordenamiento vindicatorio*. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas.
- Terradas Saborit, Ignasi - Raúl Márquez Porras - Riccardo Mazzola (eds.). [In preparazione]. *Vindictory Justice, beyond Revenge and Law*. Basel: Springer Nature.
- Thaler, Richard H. - Cass R. Sunstein. [2009] 2014. *Nudge. Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*. Edizione rivista e ampliata. New York: Penguin Books. Traduzione italiana: *Nudge: la spinta gentile*. Milano: Feltrinelli.
- Thomas, J.A.C. 1966. "Desuetudo". *Jus. Rivista di scienze giuridiche* 17: 53-65.
- Thomas, Yan. [1995] 2016. "Fictio legis. L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévasles". *Droits* 21: 17-63. Traduzione italiana: *Fictio legis: la finzione romana e i suoi limiti medievali*. A cura di Michele Spanò. Macerata: Quodlibet.
- Treves, Renato. 1938. *Il problema dell'esperienza giuridica e la filosofia dell'immanenza di G. Schuppe*. Milano: Giuffrè.
- Treves, Renato. 1947. "Diritto e cultura". In *Il diritto come relazione. Saggi di Filosofia della cultura*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- Tuzet, Giovanni. 2006. *La prima inferenza: l'abduzione di C.S. Peirce fra scienza e diritto*. Torino: Giappichelli.
- Tuzet, Giovanni. 2010. *Dover decidere. Diritto, incertezza e ragionamento*. Roma: Carocci.
- Vaihinger, Hans. [1922] 1967. *Die Philosophie des Als Ob. System der theoretischen, praktischen und religiösen Fiktionen der Menschheit auf Grund eines idealistischen Positivismus*. Leipzig: Meiner. Traduzione italiana: *La filosofia del come se. Sistema delle finzioni scientifiche, etico-pratiche e religiose del genere umano*. Roma: Ubaldini.

- Villa, Vittorio. 2018. "La distinzione fra disposizione e norma nella teoria giuridica di Tarello". *Diritto & questioni pubbliche* 18 (1): 225-232.
- Viola, Francesco. 2017. "Il perdono nella giustizia di transizione". In Rossana Ragonese (ed.), *Fraternità ferita e riconciliazione*, 106-118. Milano: Ancora.
- Waal, Frans B.M. de. 2014a. "Natural Normativity: The 'Is' and 'Ought' of Animal Behavior". *Behaviour* 151 (2-3): 185-204. <https://doi.org/10.1163/1568539X-00003146>.
- Weber, Max. [1907] 2012. "R. Stammlers 'Überwindung' der materialistischen Geschichtsauffassung". *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* 24: 94-151. Traduzione italiana parziale: "Regole e azione". In Giuseppe Lorini - Lorenzo Passerini Glazel (eds.), *Filosofie della norma*, 253-261. Torino: Giappichelli.
- Weber, Max. 1922. *Wirtschaft und Gesellschaft*. Tübingen: Mohr.
- Weinberger, Ota. [1970] 2012. "Die Norm als Gedanke und Realität". *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht* 20: 203-216. Traduzione italiana: "La norma come idea e come realtà". In Neil MacCormick - Ota Weinberger, *Il diritto come istituzione*. A cura di Massimo La Torre, 39-58. Milano: Giuffrè. Nuova traduzione italiana parziale: "Norma come pensiero vs. norma come realtà". In Giuseppe Lorini - Lorenzo Passerini Glazel (eds.), *Filosofie della norma*, 27-35. Torino: Giappichelli.
- Weinberger, Ota. 1986. "The Norm as Thought and as Reality". In Neil MacCormick - Ota Weinberger, *An Institutional Theory of Law*, 31-48. Dordrecht: Springer Netherlands (Law and Philosophy Library). <https://doi.org/10.1007/978-94-015-7727-4>.
- Whorf, Benjamin Lee. 1956. *Language, Thought, and Reality. Selected Writings of Benjamin Lee Whorf*. A cura di John B. Carroll. New York - London: The Technology Press of Massachusetts Institute of Technology - John Wiley & Sons.
- Wittgenstein, Ludwig. [1998] 2017. *Philosophical Investigations / Philosophische Untersuchungen*. Tradotto da G.E.M. Anscombe. Seconda edizione, ristampa. Cambridge (Mass.): Blackwell. Traduzione italiana: *Ricerche filosofiche*. A cura di Mario Trinchero. Torino: Einaudi.
- Wright, Georg Henrik von. [1963] 1989. *Norm and Action. A Logical Enquiry*. London: Routledge & Kegan Paul. Traduzione italiana: *Norma e azione. Un'analisi logica*. Tradotto da Alberto Emiliani. Bologna: il Mulino.
- Znamierowski, Czesław. [1924] 2012. *Podstawowe pojęcia teorii prawa*. Poznań: Górski i Tetzlaw. Traduzione italiana parziale: "Atti psicofisici vs. atti teorici". In Giuseppe Lorini - Lorenzo Passerini Glazel (eds.), *Filosofie della norma*, 145-151. Torino: Giappichelli.
- Znamierowski, Czesław. [1927] 2012. "Z nauki o normie postępowania". *Przełag Filozoficzny* 30: 348-349. Traduzione italiana parziale: "Norme costruttive vs. norme imperative". In Giuseppe Lorini - Lorenzo Passerini Glazel (eds.), *Filosofie della norma*, 87-89. Torino: Giappichelli.

INDICE DEI NOMI

- Abel, Olivier 80, 111
Ago, Roberto 60, 70, 111
Alchourrón, Carlos E. [Carlos Eduardo] 34-35, 111
Alessandro III di Macedonia, Magno 43
Alves, Pedro M.S. 13, 29, 111
Amselek, Paul 10, 13, 16-17, 19, 30, 52, 111
Andrews, Kristin 26, 42, 111
Anscombe, G.E.M. [Gertrude Elizabeth Margaret] 124
Appiah, Kwame A. [Kwame Anthony] 72, 111
Appleton, Morgan: *vide* Morgan, Appleton
Aristotele di Stagira 55, 86, 99
Ascoli, Max 63, 111
Aureli, Filippo 83, 112
Austin, John 34
Austin, John Langshaw 34, 38, 112
Ayer, A.J. [Alfred Julius] 66, 112
- Bacon, Francis, Viscount of St. Alban, Baron of Verulam 73, 112
Barberis, Mauro 32, 47, 112
Barrett, Lisa Feldman 118, 122
Battaglia, Felice 63, 112
Becchi, Paolo 82
Bentham, Jeremy 34
Bernardi, Eugenio 116
Bersier Ladavac, Nicoletta 116
Bertagna, Guido 83, 112
Betti, Emilio 22, 89, 112
Bianca, Domenico Omero 118
Biancu, Stefano 120
Bierwisch, Manfred 118
Bloom Lloyd, Barbara: *vide* Lloyd, Barbara Bloom
Bobbio, Norberto 15, 25, 29, 35-36, 61, 64, 71, 74, 98-101, 108-109, 112, 116
Bonazzi, Mauro 115
- Bondolfi, Alberto 120
Borsellino, Patrizia 120
Borutti, Silvana 13, 33, 86, 112
Bühler, Karl [Karl Ludwig] 109, 112
Bulygin, Eugenio 34-35, 111
- Ca' da Mosto *vel* Cadamosto, Alvise da [in portoghese: Luís Cadamosto] 22
Campanella, Tommaso 15, 112
Capograssi, Giuseppe 63, 113
Carcattera, Gaetano 86-89, 92, 113
Carena, Carlo 121
Carroll, John B. 124
Castañeda [Castañeda Calderón], Hector-Neri 35, 41, 113, 120
Castignone, Silvana 113
Caterina, Raffaele 20, 113, 120
Cattaneo, Mario A. [Mario Alessandro] 117
Celano, Bruno 41, 113
Ceretti, Adolfo 83, 112-113
Cesarini Sforza, Widar 63, 113
Colli, Giorgio 119
Colloca, Stefano 120
Colombo, Raffaella 115
Comanducci, Paolo 114
Conan Doyle, Arthur, Sir: *vide* Doyle, Arthur Conan, Sir
Conte, Amedeo Giovanni 7, 10-13, 18, 24, 26, 32-39, 41-43, 46-47, 50, 53, 55-56, 59, 63, 69, 74-75, 81, 86-87, 90, 96, 105-106, 109, 112-115
Conte, Maria-Elisabeth 80, 83, 114
Cords, Marina 83, 112
Cossu, Giovanni 40
Costa, Vincenzo 117
Crisafulli, Vezio 31, 36, 114
- D'Accinni, Augusta Izzo: *vide* Izzo D'Accinni, Augusta
Dalbrenta, Daniele Velo: *vide* Velo Dalbrenta, Daniele

- Daly, Enrico 117
De Monticelli, Roberta 13
De Vecchi, Francesca 13, 79, 114, 118, 120
Devin, Frank 35, 41, 119
de Waal, Frans B.M.: *vide* Waal, Frans B.M. de
Di Lucia, Paolo 12-13, 16, 20, 22, 25, 28-30, 38, 46, 48, 56, 58-60, 74-75, 78, 114-116, 118, 121-123
di Robilant, Enrico *vel* Enrico Nicolis di 43, 115
Doyle, Arthur Conan [Arthur Ignatius Conan], Sir 85
- Egidi, Rosaria 113
Ehrlich, Eugen 71, 96, 115
Eike von Repgow 36-37, 39
Emiliani, Alberto 124
Eracle: *vide* Ercole
Ercole 22
Erodoto di Alicarnasso 22-23, 115
- Fadda, Emanuele 120
Faralli, Carla 17, 115
Febbrajo, Alberto 115
Feis, Guglielmo 122
Feldman Barrett, Lisa: *vide* Barrett, Lisa Feldman
Fenaroli, Erica 13
Ferrajoli, Luigi 11, 13, 47-48, 51-52, 115-116, 121
Ferrara, Alessandro 43, 116
Fittipaldi, Edoardo 13, 63, 65-66, 70-71, 116, 121
Fliess, Wilhelm 100
Franchini, Lorenzo 97, 116
Franzini, Elio 117
Freud, Sigmund [Sigmund Schlo-
mo] 100
- Galli, Giuseppe 114
Galtung, Johan [Johan Vincent] 77, 116
Geiger, Theodor [Theodor Julius] 19, 24, 87, 93, 105, 116
Gesù Cristo 43
Ginsborg, Hannah 26, 42, 116
Girard, René 106
Givigliano, Alfredo 120
- Glazel, Lorenzo Passerini: *vide* Passe-
rini Glazel, Lorenzo
Goethe, Johann Wolfgang von 95, 98, 116
Gorla, Gino 91, 116
Greco, Tommaso 112
Grossi, Paolo 71, 101, 116-117
Guastini, Riccardo 29, 31-32, 36, 114, 117
Gurvič, Georgij Davidovič: *vide* Gur-
vitch, Georges [Gurvič, Georgij Da-
vidovič]
Gurvitch, Georges [Gurvič, Georgij
Davidovič] 63, 117
- Hage, Jaap 32, 117
Hägerström, Axel 17, 63, 115
Haidt, Jonathan 65, 122
Hammurabi 80
Hart, Herbert L. A. [Herbert Lionel
Adolphus] 69, 117
Haviland-Jones, Jeannette M. 118, 122
Hegel, Georg Wilhelm Friedrich 9, 27, 30, 82, 117
Heidolph, Karl Erich 118
Hilpinen, Risto [Ilkka Risto Juhani] 113
Hoskuld 80
Hrút 80, 83
Huber, Franz Xaver 73, 117
Husserl, Edmund [Edmund Gustav
Albrecht] 17, 63, 117
- Incampo, Antonio 114-115
Izzo D'Accinni, Augusta 115
- Joyce, James 85
- Kafka, Franz 77
Kant, Immanuel 62, 74-75, 106, 117
Kelsen, Hans 5, 11, 17-18, 29, 32, 45-53, 55-62, 67-68, 70, 78-79, 97-98, 112, 115-119, 120-121
Kiparsky, Carol 80, 118
Kiparsky, Paul 80, 118
Kleiber, Georges 99, 118
- Ladavac, Nicoletta Bersier: *vide* Bersier
Ladavac, Nicoletta
Lande, Jerzy 63

- La Torre, Massimo 119, 124
 Leibniz, Gottfried Wilhelm von 55, 118
 Levi, Mario 97, 118
 Lewis, Michael 118, 122
 Lievi, Cesare 116
 Lloyd, Barbara Bloom 122
 Loddo, Olimpia G. [Olimpia Giuliana] 13, 79, 118
 Lombardi Vallauri, Luigi 20, 71, 118
 Lorini, Giuseppe 13, 23, 29, 31, 40, 42, 67, 69, 78-79, 111, 114-115, 118-121, 124
 Losano, Mario G. 13, 48, 118-119
 Luhmann, Niklas 76-77, 79, 96, 119
 Luther, Jörg 117
- MacCormick, Neil [Neil David] 119, 124
 Malinowski, Bronisław 66
 Mancini, Letizia 78, 115
 Márquez Porras, Raúl 72, 78, 115, 119, 123
 Martins, Ricardo Evandro Santos 121
 Masia, Michelina 40, 78, 118-120
 Mattarella, Sergio 39
 Mazzaresse, Tecla 13
 Mazzola, Riccardo 78, 115, 123
 Mazzucato, Claudia 83, 112
 McCauley, Clark R. 65, 122
 McGrath, Matthew 35, 41, 119
 Meloni, Benedetto 121
 Meneghelli, Ruggero 97, 119
 Mervis, Carolyn B. 99, 122
 Metcalfe, Robert 100
 Montinari, Mazzino 119
 Morgan, Appleton 97, 119
 Mormino, Gianfranco 43, 106, 119
 Moro, Paolo 43, 119
 Moroni, Stefano 29, 119
- Needham, Rodney 28, 119
 Nietzsche, Friedrich Wilhelm 45, 119
 Nitsch, Carlo 79, 119
 Njal [Njáll Þorgeirsson] 79, 83
- Opocher, Enrico 63, 119
 Oppenheim, Felix Errera 25, 119
 Orecchia, Rinaldo 119
 Orelli, Giovanni Gaspare 15, 112
 Owens, David 16, 120
- Palma, Adriano 120
 Passerini Glazel, Andrea 13
 Passerini Glazel, Francesco 13
 Passerini Glazel, Lorenzo 3, 28-31, 38, 46, 48, 58, 70, 76, 78-79, 82, 99, 111, 114-116, 118-121, 123-124
 Pattaro, Enrico 32, 116, 121
 Peirce, Charles Sanders 86, 123
 Penco, Carlo 112
 Pericle 30
 Perra, Livio 97, 121
 Petrażycki, Leon 5, 12-13, 43, 55-56, 61, 63-67, 69-71, 116, 121
 Pieretti, Antonio 122
 Pigliaru, Antonio 39-40, 78, 121
 Platone di Atene 115
 Plutarco di Cheronea 30, 121
 Polialce 30
 Polyakov, Andrey V. 63
 Popper, Karl Raimund 17
 Porras, Raúl Márquez: *vide* Márquez Porras, Raúl
 Prandi, Michele 13
- Ragonese, Rossana 124
 Ratti, Giovanni Battista 121
 Reinach, Adolf [Adolf Bernhard Philipp] 53, 79, 114, 118, 120-121
 Repgow, Eike von: *vide* Eike von Repgow
 Richard, Pascal 13
 Ricœur, Paul 79, 121
 Rilke, Rainer Maria 13
 Ringhofer, Kurt 118
 Rosch, Eleanor 28, 99, 122
 Ross, Alf [Alf Niels Christian] 29, 34
 Rossetti, Andrea 13
 Roversi, Corrado 53, 106, 116, 121-122
 Rozin, Paul 65, 122
- Saborit, Ignasi Terradas: *vide* Terradas Saborit, Ignasi
 Sacco, Rodolfo 5-6, 12, 15, 19-24, 42, 71, 85, 88-91, 114, 122
 Salardi, Silvia 120
 Sander, Fritz 63, 122
 Santos Martins, Ricardo Evandro: *vide* Martins, Ricardo Evandro Santos
 Saporiti, Michele 120

- Sarra, Claudio 119
Satokhina, Natalia 121
Sbisà, Marina 112
Scarpelli, Uberto 25, 100-104, 114, 120-122
Schauer, Frederick 74-75, 122
Schiavello, Aldo 122
Schuppe, Wilhelm 123
Searle, John R. [John Rogers] 19, 26, 53, 96, 122-123
Sforza, Widar Cesarini: *vide* Cesarini Sforza, Widar
Shapiro, Scott J. 69, 123
Silvi, Marco Q. 13, 25, 82-83, 123
Solazzi, Siro 97, 123
Spanò, Michele 123
Stachowiak, Herbert 111
Stammler, Rudolf [Karl Eduard Julius Theodor Rudolf] 124
Stancati, Claudia 120
Stovba, Oleksiy 121
Sunstein, Cass R. [Cass Robert] 29, 123

Tanzi, Aristide 63, 123
Tarello, Giovanni 31-32, 36, 113, 123-124
Tasso, Torquato 95, 98, 116
Terradas Saborit, Ignasi 13, 78, 115, 123
Thaler, Richard H. 29, 123
Thjóóstólf 80
Thomas, J. A. C. 97, 123
Thomas, Yan 123
Tiffenau, Dorian 121
Timoshina, Elena V. 63, 71, 116
Torre, Mirella 118
Treves, Renato 63, 117, 123
Treviño, A. Javier 63, 116, 121
Trinchero, Mario 124

Tuzet, Giovanni 86, 123

Vaihinger, Hans 58, 123
Vallauri, Luigi Lombardi: *vide* Lombardi Vallauri, Luigi
Velluzzi, Vito 122
Velo Dalbrenta, Daniele 119
Villa, Vittorio 124
Villata, Carla 112
Viola, Francesco 83, 124
von Goethe, Johann Wolfgang: *vide* Goethe, Johann Wolfgang von
von Winter, Peter: *vide* Winter, Peter von
von Wright, Georg Henrik: *vide* Wright, Georg Henrik von

Waal, Frans B. M. [Fransiscus Bernardus Maria] de 23, 83, 112, 124
Walter, Robert 118
Weber, Max [Maximilian Carl Emil] 5, 11, 55-56, 59-61, 68, 70, 75, 107, 121, 124
Wedberg, Anders 60
Weinberger, Ota 10, 16-19, 30, 53, 68-69, 73, 119, 121, 124
Whorf, Benjamin Lee 20, 124
Winter, Peter von 73, 117
Wittgenstein, Ludwig [Ludwig Josef Johann] 19, 28, 86, 99, 112-113, 124
Woleński, Jan 65
Wright, Georg Henrik von 23, 26, 28, 111, 113, 115, 124

Zauner, Adolf 40
Żelaniec, Wojciech 13, 114-115
Zitelmann, Ernst 118
Znamierowski, Czesław 38, 53, 120, 124

