

# **NOESIS**

**PHILOSOPHIE DU DROIT COUTUMIER**

**N° 34**

**Printemps 2020**

# NOESIS

Revue philosophique du Centre de Recherches en Histoire des Idées (dirigé par Philippe Audegean) de l'Université Nice Sophia Antipolis

## **Directrice de la publication**

Grégori Jean et Pierre-Yves Quiviger

## **Secrétariat d'édition**

Claire Gaugain

## **Administration**

Laurence Fulconis-Loth

## **Conseil de rédaction**

Florence Albrecht, Philippe Audegean, Michaël Biziou, Christian Bracco, Ondine Bréaud-Holland, Jean Luc Gautero, Pierre Goldstein, Elsa Grasso, Grégori Jean, Hervé Pasqua, Mélanie Plouviez, Sébastien Poinat, Pierre-Yves Quiviger, Jean Robelin, Christine Schmider, Valentina Tirloni

## **Comité scientifique**

Miguel Garcia Barò, Angela Ales Bello, Magali Bessonne, Michel Blay, Olivier Boulnois, Pierre Destrée, Benoît Frydman, Denis Kambouchner, Bruno Karsenti, Jerrold Levinson, Paisley Livingston, Glenn Most, Christian Nadeau, Charles Ramond, Gunnar Skirbekk, Giuseppe Tognon, Franco Trabattoni

## **Diffusion-distribution**

Librairie philosophique J. Vrin  
6, place de la Sorbonne – 75005 Paris

Pour toute correspondance :  
Centre de Recherches en Histoire des Idées  
Faculté des Lettres, arts et sciences humaines  
Université Nice Sophia Antipolis  
98, boulevard Édouard Herriot – BP 3209  
06204 Nice Cedex 3  
Téléphone : (+33) (0)4 93 37 54 15  
Télécopie : (+33) (0)4 93 37 54 81  
Courriel : laurence.fulconis-loth@unice.fr

*Tous droits de reproduction et d'adaptation des textes réservés*

ISSN : 1275-7691

Dépôt légal : 2020

© Revue *Noesis*

# Philosophie du droit coutumier

Volume publié sous la direction  
de Marc Goëtzmann et Edoardo Frezet

<b>Le droit coutumier comme écume normative : un essai de typologie des normes</b>	
Marc Goëtzmann.....	7
<b>Hobbes, la coutume et la <i>Common Law</i></b>	
Christophe Béal.....	29
<b>Habit and Convention at the Foundation of Custom</b>	
James Bernard Murphy.....	43
<b>Forme della volontà e impronte di norme nella formazione della norma consuetudinaria</b>	
Lorenzo Passerini Glazel.....	71
<b>The Quest for <i>Opinio Juris</i>: An Analysis of Customary Law, from Hart's Social Rules to Expectations and Everything in the Middle</b>	
Piero Mattei-Gentili.....	89
<b>La place de la coutume dans la société romaine et dans le droit romain classique</b>	
Arnaud Paturet.....	115
<b>Constitutional Customary Law and Constitutional Sanction: an Antinomy?</b>	
Eleonora Bottini.....	143
<b>The Legacy of Sir Henry Maine in the 21<sup>st</sup> Century</b>	
Andreas Hadjigeorgiou.....	159
<b>La loi du droit non-écrit : la construction épistémologique de la coutume et du droit coutumier en Inde britannique</b>	
Naveen Kanalu.....	193
<b>Conservatism among Merchants? Codification and Customary Mercantile Law Traditions in the Netherlands (19th-20th Century)</b>	
Cornelis Marinus (Marco) in 't Veld.....	217

<b>L'interdiction coutumière de la détention arbitraire en droit international des migrations</b>	
Émilie Rebsomen.....	243
<b>Pourquoi les architectes ont-ils adopté uniquement le droit coutumier comme cadre régulateur de leur profession à l'époque moderne ?</b>	
Robert Carvais.....	267
<b>Résumés.....</b>	289
<b>Les auteurs .....</b>	303
<b>Comité scientifique du numéro .....</b>	307

# Forme della volontà e impronte di norme nella formazione della norma consuetudinaria<sup>1</sup>

Lorenzo Passerini Glazel

Lo specchio infranto  
moltiplica le immagini.  
Amedeo Giovanni Conte

## 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. Scopo di questo articolo non è cercare di ridurre questa complessità al fine di determinare quali siano (se vi sono) le caratteristiche essenziali della consuetudine (quali siano, cioè, le caratteristiche che consentano di determinare univocamente quando una consuetudine v'è o non v'è). Il mio intento sarà piuttosto quello di proporre 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 concetto<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Il presente saggio è la rielaborazione di una relazione tenuta in occasione del convegno «*Lex non scripta*. Giornata di studio sulla consuetudine» organizzato da Paolo Di Lucia e Letizia Mancini e tenutosi il 6 e 7 maggio 2015 presso il Dipartimento di Scienze giuridiche «Cesare Beccaria» dell'Università degli Studi di Milano.

<sup>2</sup> 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. Rosch ha mostrato, muovendo anche dalle osservazioni di Ludwig Wittgenstein sulla definizione del concetto di gioco (cf. L. Wittgenstein, *Philosophical Investigations*, Oxford, Blackwell, 1953, § 66 *sq.*), 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, *La sémantique du prototype*, Paris, PUF, 1991, e a L. Passerini Glazel, *La forza normativa del tipo. Pragmatica dell'atto giuridico e teoria della categorizzazione*, Macerata, Quodlibet, 2005.

Testimone della complessità di questo fenomeno è la semantica stessa del termine *consuetudine*: l'italiano *consuetudine* (così come il francese *coutume*) 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, anche la consuetudine ha necessariamente una durata, e così come l'analisi della frequenza di un suono sfugge 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, Norberto Bobbio, «il comportamento ripetuto, nel caso delle consuetudini sociali e giuridiche, non deve essere di una sola persona, ma di più persone, della maggior parte delle persone che si trovano nella situazione prevista»<sup>3</sup>.

La generalità e l'intrinseca diacronicità del fenomeno della consuetudine sociale 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

---

<sup>3</sup> N. Bobbio, «Consuetudine e fatto normativo», in *id.*, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, Giappichelli, 1994, p. 17-57 (qui p. 21).

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 sembra poter essere determinata soltanto *a posteriori*, ossia soltanto dopo che essa è in qualche modo 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»<sup>4</sup>. 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 associata o riconosciuta una valenza normativa.

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 creata immediatamente (come avviene negli atti di statuizione normativa), ma gradualmente «si aggrega»<sup>5</sup>.

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 : mentre la normatività delle norme statuite può essere ricondotta alla *volontà* di una specifica autorità sociale, in quanto l'autorità esprime in maniera esplicita, attraverso atti linguistici tipici (e in genere tipizzati dall'ordinamento), la propria volontà «nomothetica» (la volontà di statuire una norma), nella formazione di norme attraverso la consuetudine, invece, la formulazione linguistica esplicita di una volontà nomothetica manca per definizione, e pertanto il fenomeno della consuetudine sembra sfuggire ad un'analisi in termini di «volontà».

---

<sup>4</sup> S. Freud, «Lettera a Wilhelm Fliess», 6 dicembre 1896.

<sup>5</sup> 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.

## 2. Il ruolo della volontà nella formazione consuetudinaria di norme

Poiché il fenomeno della consuetudine sembra sfuggire ad un'analisi in termini di «volontà», sembra che esso non possa trovare posto entro quelle forme di positivismo giuridico che identificano il diritto con una creazione intenzionale dell'uomo che si realizza attraverso atti di volontà.

Ma può realmente dirsi che nella formazione di norme attraverso la consuetudine non operi la volontà?

Prima di rispondere a questa domanda, prenderò in esame una tesi formulata da Uberto Scarpelli relativa alla possibilità di includere il diritto consuetudinario entro una teoriagiustificativista del diritto.

In un saggio del 1989, intitolato *Il positivismo giuridico rivisitato*, 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<sup>6</sup>.

Ma se il diritto è creato attraverso atti di volontà (o di deliberazione) dell'uomo, i quali siano «espressi» nelle forme previste dagli «specifici casi di creazione», come può, allora, il diritto consuetudinario, che non pare, secondo Scarpelli, essere «generato da atti di volontà o di deliberazione», far parte del diritto?<sup>7</sup> Ecco la 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<sup>8</sup>.

Questa risposta di Scarpelli suscita due ulteriori domande. La *prima* è la seguente : Scarpelli sembra qui suggerire l'ipotesi che i fatti generativi di

<sup>6</sup> U. Scarpelli, «Il positivismo giuridico rivisitato» [1989], in A. Schiavello e V. Velluzzi (ed.), *Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 104-113, qui p. 104.

<sup>7</sup> 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» (*ibid.*, p. 106).

<sup>8</sup> *Ibid.* (corsivo mio).

diritto consuetudinario siano tali *soltanto a posteriori*, in virtù di una *reinterpretazione* che ascrive ad essi una volontà *che in essi manca* (o in virtù di un rinvio ad essi da parte di una norma positiva). Ma v'è forse una ragione per la quale il fatto generativo di una consuetudine debba necessariamente essere *reinterpretato* quale manifestazione di volontà? Non è possibile invece che, almeno in alcuni casi, nel fatto generativo sia *effettivamente presente* una volontà rilevante per la formazione della norma consuetudinaria, e che questa volontà possa essere rilevata attraverso una mera attività di *interpretazione* o di *inferenza*, piuttosto che ascritta attraverso una *reinterpretazione*? Di questa prima domanda mi occuperò nei paragrafi 3. e 4.

La *seconda* delle due domande è invece la seguente : in che senso Scarpelli parla qui di volontà? È vero che 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 manifesta negli atti di creazione intenzionale del diritto «come espressi negli specifici casi di creazione». Ma non è illecito, e non è forse infecondo, domandarsi se vi possano essere più sensi in cui la volontà sottesa ad una regolarità di comportamento possa incidere sul piano della formazione di una norma consuetudinaria. Nel paragrafo 5. distinguerò, pertanto, *se diverse* forme di volontà che possono essere più o meno rilevanti per la formazione di una norma consuetudinaria, e nel paragrafo 6. indagherò, in particolare, quella forma di volontà che ho proposto di chiamare «volontà nomotrofica».

### 3. L'opacità semantica del comportamento conforme ad una norma

La prima delle due domande suscitate dalla tesi di Scarpelli è, dunque, questa : v'è forse una ragione per la quale il fatto generativo di una consuetudine debba necessariamente essere *reinterpretato* quale manifestazione di volontà? Non è possibile invece che, almeno in alcuni casi, nel fatto generativo sia *già presente* una volontà rilevante per la formazione della norma consuetudinaria, e che questa volontà possa essere rilevata attraverso una mera attività di *interpretazione* o di *inferenza*, piuttosto che ascritta attraverso una *reinterpretazione*?<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> Il fatto che al comportamento che genera una norma consuetudinaria sia sottesa, in alcuni casi, una volontà di far valere quella norma non esclude che, in altri casi, la valenza

La tesi di Scarpelli non è illegittima, e l'ipotesi della *reinterpretazione* sembra essere avvalorata da un'osservazione del comparatista Rodolfo Saccorelativa a ciò che propongo di chiamare «opacità semantica del comportamento conforme a una norma».

Il comportamento di chi agisce in conformità ad una norma 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.

Scrive 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<sup>10</sup>.

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<sup>11</sup>.

---

normativa di un comportamento sia attribuita esclusivamente *ex post, a posteriori* da chi reinterpreta quel comportamento. Questa possibilità è stata indagata, per esempio, dal filosofo del diritto russo-polacco Leon Petrażycki. Cf. L. Petrażycki, *Law and Morality* [1955], New Brunswick (N.J.), Transaction, 2011; E. Fittipaldi e J. Treviño (ed.), *The Living Legacy of Leon Petrażycki : Contributions to the Social Sciences*, New York, Routledge, forthcoming.

<sup>10</sup> R. Sacco, «Lingua e diritto», *Ars interpretandi*, 2000, n° 5, p. 117-134, qui p. 121.

<sup>11</sup> *Ibid.* 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 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, «Le categorie civilistiche

Chi intenda, dunque, (sia egli giurista, giudice, sociologo o antropologo del diritto) accertare se il comportamento non linguistico abituale di uno o più soggetti sia determinato da una norma consuetudinaria, e quale questa norma sia, non sempre trova nell'osservazione di quelcomportamento un indizio certo della presenza di una norma o di una volontà normativa. Di conseguenza, se si vuole riconoscere in quel comportamento abituale un fatto generativo di una norma consuetudinaria, potrà essere soltanto la reinterpretazione dell'osservatore a fare di quel comportamento una «manifestazione di volontà» rilevante per la formazione della norma consuetudinaria stessa.

#### 4. Il problema epistemologico della possibilità di inferire norme dall'azione

L'osservazione di Saccosi iscrive in un più ampio problema epistemologico : il problema relativo alla possibilità di inferire norme dall'azione, di ricostruire, cioè, l'esistenza di una norma dalle impronte che essa lascia nell'azione.

Questo problema può essere formulato, in relazione al fenomeno della consuetudine, in questi termini : è possibile da una regolarità di comportamento rilevata sul piano dell'*essere* inferire, sul piano del *dover essere*, l'esistenza di una norma sottesa a quella regolarità di comportamento, ossia di una norma che in qualche modo orienti la volontà dell'agente?

Per comprendere meglio questa domanda è opportuno ricordare la distinzione proposta da Theodor Geiger (e ripresa da Amedeo G. Conte e Alberto Febbrajo) tra due distinte specie di regolarità<sup>12</sup> :

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

---

dell'interpretazione», in *id.*, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, seconda edizione riveduta e ampliata da Giuliano Crifò, Milano, Giuffrè, 1971, p. 1-56, qui p. 7).

<sup>12</sup> Cf., in particolare, T. Geiger, *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechtes* [1947], trad. it. *Studi preliminari di sociologia del diritto*, Milano/Udine, Mimesis, 2018, e A. G. Conte, «Validità atetica» [1990], in *id.*, *Filosofia del linguaggio normativo. II. Studi 1984-1995*, Torino, Giappichelli, 1995, p. 409-424.

L'opacità semantica del comportamento conforme ad una norma evidenziata da Sacco sembra rendere impossibile distinguere una mera regolarità *adeontica*, che non dipende dall'esistenza di una norma, da una regolarità *deontica*, la quale invece dipende dall'esistenza di una norma alla quale la volontà dell'agente è orientata.

Tuttavia, come suggerisce Gaetano Carcaterra, oltre alla constatazione di una mera regolarità di comportamento, chi cerchi di inferire norme da un'azione regolare può avvalersi di un ragionamento abduttivo, il quale tenga conto, oltre che della regolarità del comportamento, anche di una serie di condizioni di contorno quali : (i) il fatto che l'ipotesi che la regolarità sia deontica, ossia determinata da una norma, è in partenza più o meno plausibile, (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 notare<sup>13</sup>.

Se si danno alcune, o tutte, queste condizioni di contorno, allora l'ipotesi iniziale relativa alla presenza di una determinata norma risulterà via via più plausibile.

Alle condizioni di contorno indicate da Carcaterra se ne può aggiungere, tuttavia, un'altra particolarmente significativa : il fatto, cioè, che il comportamento deviante rispetto alla regolarità suscita in altri soggetti delle reazioni sanzionatorie, odì disapprovazione, o induce il soggetto deviante a presentare delle scuse o a chiedere perdono. Questo può essere un ulteriore indizio rilevante per inferire che ad una regolarità di comportamento è sottesa una norma, per inferire, cioè, che quella regolarità di comportamento è una regolarità deontica, che i soggetti che in genere tengono quel comportamento orientano la propria volontà in funzione di una determinata norma<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> G. Carcaterra, «Indizi di norme», *Sociologia del diritto*, n° 3, 2002, p. 123-139.

<sup>14</sup> È il fenomeno che altrove ho indagato attraverso il concetto di «agire nomotrofico», e di cui mi occuperò *infra*, al § 6.

Se questa osservazione non è infondata, e se non sono infondate le osservazioni di Carcaterra, allora non è impensabile che, almeno in alcuni casi, date le opportune condizioni di contorno, si possa interpretare (non reinterpretare) un comportamento abituale quale manifestazione di una volontà orientata a norme, e che a partire da quella volontà si possa riconoscere in quel comportamento un fatto generativo di una norma consuetudinaria (o un fatto che quanto meno concorre a generare una norma consuetudinaria).

## 5. Sei forme della volontà orientata a norme

Torniamo ora, però, alla seconda domanda suscitata dalla tesi di Scarpelli : in che senso Scarpelli parla di volontà? In altri termini : a che tipo di volontà fa riferimento Scarpelli quando afferma che il diritto consuetudinario «può trovare accoglienza nel positivismo giuridico [...], ma alla condizione che il fatto generativo sia reinterpretato esso stesso quale *manifestazione di volontà*»?

Per distinguere le diverse forme di volontà sottese ad un comportamento che possono essere rilevanti per l'indagine del fenomeno della consuetudine mi avvarrò di un noto esempio citato da Geiger : l'esempio dell'antica consuetudine, invalsa presso una tribù germanica, che è stata espressa con la formula *Dreisindfrei* («Tre sono gratuiti»)<sup>15</sup>.

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 dei 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,

---

<sup>15</sup> Cf. T. Geiger, *Vorstudien...*, *op. cit.*, in particolare trad. it. p. 140.

né implica di per sé alcun riferimento a norme, non è orientata a norme. Amedeo G. Conte ha chiamato «agire nomotropico» l'agire in-funzione-di-norme, l'agire orientato a norme<sup>16</sup>. Correlativamente, e simmetricamente, io propongo di chiamare questa forma di volontà, deonticamente neutra, «volontà idiologica non-nomotropica»<sup>17</sup>.

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, chela 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 norma<sup>18</sup>. Bisogna pertanto distinguere, accanto alla

---

<sup>16</sup> Amedeo Giovanni Conte, autore di innovative ricerche sulla deontica, sulle regole costitutive e sull'agire in-funzione-di regole («agire nomotropico»), è nato a Pavia il 24 maggio 1934 ed è morto a Cava Manara, nei pressi di Pavia, il 17 maggio 2019. Sul concetto, e sulle diverse forme, di agire nomotropico, cf. in particolare A. G. Conte, «Nomotropismo. Agire in funzione di regole», *Sociologia del diritto*, n° 1, 2000, p. 7-32 e *Sociologia filosofica del diritto*, Torino, Giappichelli, 2011. È in corso di pubblicazione per Presses de l'Université de Laval, a cura di Pascal Richard e Lorenzo Passerini Glazel, una antologia di scritti di Conte tradotti in francese sotto il titolo: *Recherches sur la philosophie du langage normatif. Anthologie de textes de Amedeo Giovanni Conte*. Conte chiama «agire nomotropico» l'agire in-funzione-di una regola; correlativamente, io chiamo «volontà nomotropica» la volontà di agire che è *orientata a* una regola e, simmetricamente, «volontà non-nomotropica» la volontà di agire che non sia orientata a una regola.

<sup>17</sup> Ringrazio uno dei revisori anonimi di questo articolo per i suggerimenti relativi ai nomi della prima e della seconda forma di volontà da me distinte nella prima stesura.

<sup>18</sup> 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 (cf., per esempio, C. Roversi, «Sul mimetismo istituzionale», *Sociologia del diritto*, n° 2,

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 *Dreisindfrei*. 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 occultare la propria azione, come il famoso ladro di cui parla Max Weber<sup>19</sup>. 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

---

2012, p. 35-51) e, nell'ambito della filosofia morale, G. Mormino, *Per una teoria dell'imitazione*, Milano, Raffaello Cortina, 2016 (che trae ispirazione anche dall'antropologia filosofica di René Girard e dalla sua teoria dell'imitazione).

<sup>19</sup> Cf. M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, Mohr, 1922, p. 222. Questo esempio di Weber è stato indagato in particolare da Amedeo G. Conte in «Nomotropismo...», art. cit.

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 omonomica, così come quella non-omonomica, 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 *Dreisindfrei*, 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 *Dreisindfrei*; 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 di un gruppo sociale. In questo caso, non soltanto la norma lascia un'impronta nell'azione, ma l'azione a sua volta lascia un'impronta nella norma. Illusterò ora il concetto di volontà nomotrofica.

## **6. La valenza semantica «nomotrofica» della reazione alla violazione d'una norma**

Chi reagisce (in uno dei diversi modi possibili) alla violazione di una norma, presuppone, nel proprio agire, l'esistenza della norma violata, e, attraverso la propria reazione, manifesta la volontà che quella norma sia valida e venga applicata.

Se il comportamento conforme ad una norma può essere semanticamente opaco, il comportamento di chi reagisce alla violazione di una norma tende, invece, ad essere semanticamente (o per lo meno pragmaticamente) trasparente<sup>20</sup>. La reazione alla violazione d'una norma è, dunque, un indizio epistemologicamente più fecondo dell'esistenza di una norma rispetto al comportamento di chisemplicemente si conforma alla norma<sup>21</sup>.

La salienza epistemologica della reazione alla violazione di una norma per l'inferenza di norme dall'azione è stata sottolineata da 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 Umgebung Ärgernis*]. Questo fatto rivela che agenti ed osservatori si rappresentano [*stellensichvor*]  $c$  come la modalità di azione richiesta nella situazione  $s$ , come la modalità di azione adeguata a quella situazione; rivela cioè che  $s \rightarrow c$ , quale rappresentazione normativa [*Normvorstellung*], è vivente [*lebendig*]<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> Nel caso del comportamento conforme ad una norma, l'impronta lasciata dalla norma nell'azione può non essere facilmente distinguibile, in assenza di altre circostanze chiarificatrici, dall'impronta che nella stessa azione può essere lasciata da altri possibili moventi per l'azione. Nel caso del comportamento nomotrofico, invece, l'impronta lasciata dalla norma nell'azione (o meglio, dalla reazione) si staglia in modo più evidente.

<sup>21</sup> In realtà, tanto chi cerchi di inferire norme dall'azione nomotrofica conforme a norme, quanto chi cerchi di inferire norme dalla reazione nomotrofica alla violazione di norme, vede non direttamente norme, ma impronte di norme.

<sup>22</sup> T. Geiger, *Vorstudien...*, op. cit., trad. it. p. 139-140. Nella formula « $s \rightarrow c$ »,  $s$  sta per «situazione» [*Situation*],  $c$  sta per «condotta» [*Gebaren*]. Del concetto di *Normvorstellung* mi sono occupato in L. Passerini Glazel, «Norme vissute e norme meramente pensate : noema deontico

La forma forse più evidente di reazione alla violazione d'una norma è l'irrogazione di una sanzione. Tuttavia, nella gamma delle possibili forme di reazione alla violazione d'una norma, l'irrogazione d'una sanzione non è che un caso particolare.

Che le forme di reazione alla violazione di una norma non siano riducibili all'irrogazione di una sanzione è segnalato da Niklas Luhmann, il quale propone il seguente esempio :

Se ho dato appuntamento ad un amico in un caffè e non ve lo trovo, mi sento ferito [...] nelle mie aspettative normative. Avrebbe dovuto essere qui! A questo punto, una qualche «elaborazione» della delusione dell'aspettativa è richiesta, ma vi sono varie possibilità a mia disposizione, e non tutte hanno il carattere della sanzione<sup>23</sup>.

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 abbandonare il ritardatario al proprio danno.

Esistono tecniche consistenti nella notifica e nella divulgazione del caso di delusione, nell'ingigantimento fino allo scandalo e nell'assaporare fino in fondo la risonanza sociale (se non della norma, comunque dello scandalo), tecniche consistenti nel reclamare l'adempimento della norma [*Normerfüllung*], o nell'accettare con tatto le scuse, tecniche consistenti in forme di autolesionismo o di sofferenza ostinata, oppure tecniche consistenti nell'accrescere e nel godere del danno altrui [*Schadensfreude*]<sup>24</sup>.

---

ed esperienza normativa in Kelsen, Weber, Petrażycki e Weinberger», *Sociologia del diritto*, n° 1, 2018, p. 7-28, e in L. Passerini Glazel, «Normative Experience : Dontic Noema and Deontic Noesis», *Phenomenology and Mind*, n° 13, 2017, p. 96-107.

<sup>23</sup> N. Luhmann, *Rechtssoziologie*, Reinbeck, Rowohlt, 1972, trad. it. di A. Febbrajo, *Sociologia del diritto*, Roma/Bari, Laterza, 1977, p. 75.

<sup>24</sup> N. Luhmann, «Normen in soziologischer Perspektive» [1969], trad. it. parziali di E. Fittipaldi e L. Passerini Glazel, «Aspettative e norme», in G. Lorini e L. Passerini Glazel (ed.), *Filosofie della norma*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 283-298, qui p. 297-298.

Ognuna delle tecniche menzionate, scrive Luhmann, «dà alla norma una espressione adatta alla nuova situazione, in modo che anche le nature meno forti, incapaci da sole di irrogare sanzioni, possano continuare a vivere con le proprie norme»<sup>25</sup>. Chi adotti una di queste tecniche manifesta, dunque, il fatto che il suo comportamento presuppone una norma (la norma violata).

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

Secondo Luhmann, infatti, «una aspettativa [normativa] che viene continuamente delusa senza che si registri una reazione, sbiadisce e svanisce. Essa viene inavvertitamente dimenticata e, infine, non è più creduta»<sup>26</sup>. In altri termini, il rischio che corre una norma che venga ripetutamente violata è che essa perda vitalità, fino a divenire non più operante, fino a svanire, fino ad atrofizzarsi completamente.

Le differenti forme di reazione alla violazione di una norma menzionate da Luhmann sono tutte tecniche volte ad impedire che la norma si atrofizzi e svanisca.

Tutte le diverse forme di reazione alla violazione d'una norma hanno, dunque, una duplice valenza semantica : esse da un lato danno implicitamente o esplicitamente espressione alla norma violata<sup>27</sup>; dall'altro lato manifestano la volontà di far valere quella norma, di riaffermarla di fronte alla sua violazione, di impedirne l'atrofizzazione.

---

<sup>25</sup> N. Luhmann, *Rechtssoziologie*, *op. cit.*, trad. it. p. 77. Che vi sia una componente semantica nelle reazioni alla violazione d'una norma (e che le reazioni alla violazione d'una norma possano essere indagate sotto il profilo di una semiotica dell'azione) è suggerito anche dall'articolo 19 del Codice della vendetta barbaricina, così come è stato (nomograficamente) redatto dal filosofo del diritto sardo Antonio Pigliaru : «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» (cf. A. Pigliaru, *La vendetta barbaricina come ordinamento giuridico*, Milano, Giuffrè, 1959). La vendetta barbaricina non è (così come altre forme di reazione alla violazione d'una norma, e a differenza, ad esempio, della condanna o del perdono) un atto linguistico ; essa ha, tuttavia, secondo Pigliaru, una necessaria componente semantica che consiste nella manifestazione del senso di vendetta, senso in cui è implicito il riferimento alla norma violata.

<sup>26</sup> N. Luhmann, *Rechtssoziologie*, *op. cit.*, trad. it. p. 72.

<sup>27</sup> Un caso limite di reazione alla violazione d'una norma in cui la norma violata trova un'espressione esplicita nella reazione alla violazione d'una norma è il caso immaginato da Franz Kafka nel racconto *Nella colonia penale*, in cui l'esecuzione della sanzione è affidata ad un macchinario che, tramite un erpice, incide sul corpo del condannato il comando da lui non rispettato.

Propongo di chiamare questa valenza semantica della reazione alla violazione d'una norma «valenza nomotrofica» (nomotrofica con la *f*)<sup>28</sup>.

È proprio questa valenza semantica nomotrofica, in cui si trova implicitamente o esplicitamente espressa la norma violata, insieme con la volontà normativa di mantenere valida la norma violata, a far sì che l'osservazione delle reazioni alla violazione d'una norma possa costituire un indizio più fecondo per inferire norme consuetudinarie dall'azione rispetto all'osservazione delle mere regolarità di comportamento.

Mi domando ora : è sufficiente, nella prospettiva giuspositivista di Scarpelli, la presenza di questa volontà nomotrofica per accogliere nell'ambito del diritto una norma di formazione consuetudinaria?

A questa domanda risponderebbero affermativamente quelle teorie della consuetudine che si fondano sull'idea dell'*animus inducendi consuetudinem*, ossia della volontà di instaurare col proprio comportamento una consuetudine<sup>29</sup>.

È vero, infatti, che la volontà normativa che si manifesta nella reazione alla violazione d'una norma non è volontà *nomothetica*, non è volontà di *porre, ex nihilo*, una norma tramite l'esercizio di uno specifico *potere* (volontà *nomothetica* come quella che si manifesta negli atti di statuizione normativa); ma, in quanto volontà *nomotrofica*, essa è comunque volontà di *far valere*, di *consolidare*, una norma, non necessariamente tramite un atto di statuizione, ma tramite l'esercizio di un'*influenza*<sup>30</sup>.

In maniera apparentemente paradossale, inoltre, possono darsi anche casi in cui l'agire nomotrofico è produttivo di *nuove* norme. Si può immaginare, ad esempio, un agire nomotrofico *am Phantasma*, nel quale la norma presupp-

<sup>28</sup> L'aggettivo *nomotrofico* è coniato a partire dal greco νόμος *nómos* («norma») e τρέφω *tréphō* («nutrire»). Sul concetto di «agire nomotrofico» cf. anche L. Passerini Glazel, «Disused Norms : Norms Atrophy and Nomotrophic Behaviour», in C. Stancati, A. Givigliano, E. Fadda e G. Cosenza (ed.), *The Nature of Social Reality*, Newcastle upon Tyne, Cambridge Scholars, 2013, p. 55-64; *id.*, «Nomotrophism in Niklas Luhmann», in S. Colloca (ed.), *The Value of Truth, the Truth of Value. Proceedings of the International Seminar Nomologics 1, Pavia, Residenza Golgi, 14<sup>th</sup>-16<sup>th</sup> Jul 2011*, Milano, LED, p. 159-168; e *id.*, «Il perdono come atto nomotrofico», in S. Biancu e A. Bondolfi (ed.), *Perdono. Negazione o compimento della giustizia?*, Trento, FBK Press, 2015, p. 49-67.

<sup>29</sup> Cf. N. Bobbio, *La consuetudine come fatto normativo* [1942], Torino, Giappichelli, 2010, p. 63-65.

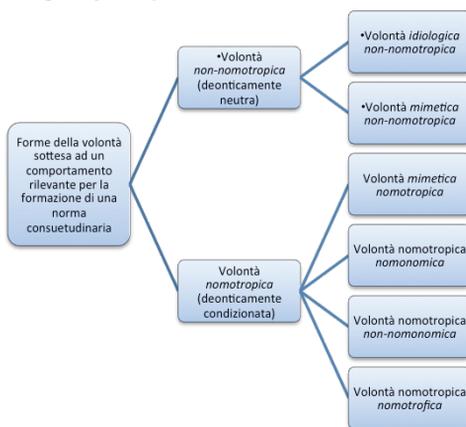
<sup>30</sup> Riprendo la distinzione tra *potere* e *influenza* da N. Bobbio, «Essere e dover essere nella scienza giuridica», in T. Greco (dir.), *Studi per una teoria generale del diritto* [1970], Torino, Giappichelli, 2012, p. 119-148.

posta dall'azione nomotrofica sia una norma non già operante nella società, mai deata dall'agente<sup>31</sup>. In questo caso, la volontà nomotrofica è indirizzata a far valere una norma inedita, ed interviene dunque già nel momento della genesi della norma, prima del momento della sua consolidazione. Se l'azione nomotrofica riesce ad esercitare un'influenza sufficiente nella società, la norma presupposta può, attraverso la consuetudine, divenire norma vigente in una quella società, senza che essa sia mai stata «posta» attraverso un atto di statuizione normativa.

## 7. Forme della volontà e interpretazione del comportamento

Concludo riepilogando le sei forme di volontà che possono essere sottese ad un comportamento rilevante per la formazione di una consuetudine (due deonticamente neutre : volontà idiologica non-nomotropica e volontà mimetica non-nomotropica ; quattro deonticamente condizionate : volontà mimetica nomotropica, volontà nomotropica nomonomica, volontà nomotropica non-nonomonica, volontà nomotropica nomotrofica)<sup>32</sup> attraverso il seguente schema 1. :

*Schema 1. Sei forme della volontà sottesa ad un comportamento rilevante per la formazione di una norma consuetudinaria*



<sup>31</sup> L'idea di un agire nomotropico *am Phantasma* (ispirata al concetto di «*deixisam Phantasma*» indagato Karl Bühler) è presente anche in A. G. Conte «Filosofia del baro», *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, n° 4, 2003, p. 679-745. Cf. anche K. Bühler, *Sprachtheorie*, Jena, Fischer, 1934.

<sup>32</sup> La distinzione di queste sei forme di volontà ha funzione esplicativa, ma non ha la pretesa di essere esaustiva.

Qualora ad un comportamento abituale sia sottesa soltanto una volontà *idiologica* non-nomotropica, o una mera volontà mimetica non-nomotropica, è evidente che l'eventuale normatività attribuita a quella regolarità di comportamento sarebbe soltanto il prodotto di una *reinterpretazione a posteriori*, e che la volontà normativa risiederebbe soltanto in colui che reinterpreta quel comportamento abituale come fatto generativo di una norma consuetudinaria.

Qualora, invece, ad un comportamento abituale sia sottesa una volontà *nomonomica*, allora la normatività del comportamento sarebbe già *presupposta* dalla volontà dell'agente : il comportamento potrebbe così essere interpretato (non reinterpretato) come *fonte di cognizione* dell'esistenza di una norma consuetudinaria già in un certo grado invalsa (o ritenuta tale dall'agente), e potrebbe contribuire alla *consolidazione* della sua validità.

Qualora, infine, ad un comportamento abituale sia sottesa una volontà *nomotrofica*, allora il comportamento racchiuderebbe in sé, e manifesterebbe, una particolare forma di volontà normativa, ossia la volontà che la norma interessata rimanga o divenga valida, e potrebbe così non solo contribuire alla *consolidazione* della validità di quella norma (qualora essa sia già in certo grado invalsa), ma potrebbe anche contribuire alla *genesì* di una norma consuetudinaria, qualora si tratti di una norma fino ad allora inedita.

trer comment la coutume fait le lien entre la nature humaine et les normes sociales. Je soutiens que la coutume doit être analysée doublement, du point de vue de l'habitude et de celui la convention. La coutume est une convention habituelle et une habitude conventionnelle. Aristote a été le pionnier de cette approche en utilisant deux mots pour décrire ce que nous appelons la coutume : *ethos* (habitude ou coutume) et *nomos* (coutume ou loi). L'*ethos* concentre notre attention sur la dimension habituelle de la coutume tandis que le *nomos* concentre notre attention sur sa dimension conventionnelle. Je soutiens que la fonction du droit est de remédier aux lacunes de la coutume : le droit est l'instrument sur lequel la coutume s'appuie pour donner forme à sa propre évolution.

**Mots-clés :** coutume, droit coutumier, convention, habitude, Aristote

### **Forme della volontà e impronta di norme nella formazione della norma consuetudinaria**

Lorenzo Passerini

**Abstract:** Custom is a complex phenomenon, and one that is hardly given a satisfying account, especially if it is assumed, as many legal positivists do, that law is only produced through acts of will. After examining five main reasons for the complexity of custom, I will consider Uberto Scarpelli's thesis that customary law can be given an account within legal positivism through a reinterpretation of norm-generating facts as the manifestations of a will. But what kind of will is implied here, and how can the underlying norm be inferred? I will first briefly examine Gaetano Carcaterra's analysis of abduction as a method to infer norms from behaviors, and then distinguish six different forms of will possibly implied in a behavior which is relevant for the formation of a customary norm. I will finally focus on norm-oriented, or *nomotropic* will, and especially on *nomotrophic* will, that is, the will –implied and expressed in the reaction to the violation of a norm– that the infringed norm be valid.

**Keywords:** custom, customary norms, deontic regularity (*Regelmäßigkeit*), inference of norms, legal positivism, normative will, nomotrophic will, Max Weber, Uberto Scarpelli, Niklas Luhmann, Amedeo G. Conte

**Résumé :** La coutume est un phénomène complexe et il ne trouve apparemment pas de place dans les théories positivistes du droit qui présupposent que le droit est nécessairement le produit d'un acte de volonté. Après avoir examiné cinq raisons de la complexité de la coutume, j'examinerai la thèse d'Uberto Scarpelli selon laquelle le droit coutumier peut être accueilli dans le droit positif pourvu que les faits générant la norme coutumière soient

réinterprétés comme la manifestation d'une volonté. Mais de quel type de volonté s'agit-il? Et comment est-il possible d'inférer la norme présupposée par une certaine conduite? J'examinerai l'analyse de l'abduction en tant que méthode pour inférer des normes, conduite par Gaetano Carcaterra, et je distinguerai six formes possibles de volonté impliquées dans une conduite qui soit pertinente pour la formation d'une norme coutumière. Je me focaliserai finalement sur la volonté *nomotrophique*, c'est-à-dire sur la volonté, impliquée et exprimée dans les réactions à la violation d'une norme, que la norme violée soit valide.

**Mots-clés :** coutume, droit coutumier, régularité déontique (*Regelmäßigkeit*), inférence de normes, positivisme juridique, volonté normative, volonté nomotrophique, Max Weber, Uberto ScarPELLI, Niklas Luhmann, Amedeo G. Conte

### The Quest for *Opinio Juris*: An Analysis of Customary Law, from Hart's Social Rules to Expectations and Everything in the Middle

Piero Mattei-Gentili

**Abstract:** The present essay addresses the conceptual structure of customary law, understood as a set of customary rules. More specifically, it deals with the core question of what *opinio juris* entails as a constituent element of customary law. The work will begin with an analysis of samples of common strategies in contemporary legal theory that deal with *opinio juris* when analyzing the structure of customary law. Subsequently, following Hart's notion about what constitutes social rules, and introducing explanatory features from Game Theory applied to social philosophy and some insights from Behavioral Economics, the goal of the present study is to propose a different conceptual path for analyzing and identifying customary law with what could be understood as "*opinio juris*", given the conceptual necessity of finding the normative element that lies within the *usus*, or social practices.

**Keywords:** customary law, *opinio juris*, social rules, conventions, Behavioral Economics, Game Theory, expectations

**Résumé :** Le présent essai traite de la structure conceptuelle du droit coutumier, compris comme un ensemble de règles coutumières. Plus précisément, il traite de la question fondamentale de ce que l'*opinio juris* implique comme élément constitutif du droit coutumier. Nous commençons par une analyse d'exemples de stratégies typiques d'explication du rôle de l'*opinio juris* de la théorie juridique contemporaine. Par la suite, s'appuyant sur la conception des normes sociales de Hart, sur la théorie du jeu appliquée à la

joint PhD on the philosophy of international law by the University of Groningen (NL) and the University of Antwerp (BE), while also training as a lawyer at the General Attorney's Office in Cyprus. In November 2019 he was appointed Director of Studies for the Cypriot branch of the International Law Association.

**Naveen Kanalu** est doctorant en histoire à l'Université de Californie, Los Angeles (UCLA). Ses recherches portent sur l'histoire politique et juridique de l'Empire Moghol en Inde au XVII<sup>e</sup> siècle. Ses articles sont parus dans les revues *Bulletin d'études indiennes* et *Manuscript Studies* ainsi que dans des ouvrages collectifs.

**Cornelis Marinus (Marco) in 't Veld** est doctorant à la Vrije Universiteit de Bruxelles. Il travaille actuellement sur un projet portant sur les règles de commerces informelles à Amsterdam et Lyon pendant le XVIII<sup>e</sup> siècle. Il a aussi publié des travaux sur l'histoire du droit commercial aux XVII<sup>e</sup> et XIX<sup>e</sup> siècles.

**Piero Mattei-Gentili** is a fellow of the research group Càtedra de Cultura Jurídica from the University of Girona, and a member of the Barcelona Institute of Analytic Philosophy (BIAP). He holds an LL.M from the National Autonomous University of Mexico (UNAM) with *Magna cum laude* and is currently a Ph.D. candidate at the University of Girona, developing a dissertation in *Jurisprudence* about the conceptual implications and problems of Customary Law.

**James Bernard Murphy** is a Professor of Government at Dartmouth College. His work originally focuses on the intricate relationship between nature, habit and reason. Using the works of Aristotle, he formulated a theory of development, articulating natural resources, social customs and stipulated law that he put forward in *The Moral Economy of Labor: Aristotelian Themes in Economic Theory*. He later applied this framework to the development of law, from natural to customary to positive law in several books: *The Philosophy of Positive Law* and *The Philosophy of Customary Law*.

**Lorenzo Passerini Glazel** est chercheur en Philosophie du droit et professeur agrégé en Théories de l'interprétation à l'Université de Milano – Bicocca. Il est membre de l'Ateneo di Brescia – Accademia di Scienze Lettere ed Arti. En 2017, il a été professeur invité à l'Université de Toulon. Ses recherches ont pour objet la théorie des systèmes juridiques, la théorie de la catégorisation, l'ontologie sociale, l'ontologie des normes, la philosophie du langage normatif, l'expérience normative et l'agir en fonction de normes. Il a publié plusieurs articles sur ces sujets, ainsi que deux ouvrages : *La forza normativa del tipo. Pragmatica dell'atto giuridico e teoria della*

*categorizzazione* (Macerata, Quodlibet, 2005) et *Atto norma tipo. Tra pragmatica e ontologia del diritto* (Roma, Aracne, 2012).

**Arnaud Paturet**, juriste privatiste et historien antiquisant de formation, est chercheur au CNRS (UMR 7074 Centre de théorie et analyse du droit/ENS/Paris Nanterre) et enseignant dans divers établissements (ENS Paris; Université Clermont-Auvergne; Centre national de la fonction publique territoriale; École nationale supérieure de Police; Institut du travail social de la région Auvergne etc.). En tant qu'historien du droit, il s'intéresse en particulier au droit romain comme discipline historique, mais aussi et surtout à sa projection comme matrice des droits occidentaux voire des images mentales modernes. Ses principaux thèmes de recherches, à savoir la mort et les rituels funéraires, le suicide, les concepts et catégories juridiques, la religion, l'esclavage, les corps, la différenciation sexuée, la déficience physique, le handicap ou encore la figure paternelle recèlent une forte connotation sociétale qui dépasse la seule technique juridique. Il en résulte une méthode de travail spécifique mêlant la sociologie historique et l'anthropologie aux sciences du droit.

**Émilie Rebsomen** est doctorante en droit international public à l'Aix-Marseille Université, et rattachée à l'Institut d'études humanitaires internationales (IEHI). Sa thèse de doctorat porte que les déplacements contraints en droit international. En parallèle de ses recherches scientifiques, elle bénéficie de cinq ans d'expériences professionnelles dans le domaine des droits de l'homme, ainsi que la protection des réfugiés, en France ou à l'étranger.

Cet ouvrage a été achevé d'imprimer en juin 2020  
par l'atelier de reprographie de l'UNS  
28, avenue de Valrose – 06108 Nice cedex 2  
Tél. : 04 89 15 11 91