

BRUNO CELANO

Consuetudine: un'analisi concettuale

ABSTRACT

In civil law systems, statutes and other legal texts sometimes refer to “custom”. In international law, it is undisputed that “custom”, alongside with treaties or conventions, is one of the main legal sources. The bulk of this paper is devoted to an attempt at answering a single, simple question: what is custom? What is it that statutes and other legal materials refer to, when they refer to “custom”? In answering this question the beginning of wisdom is to realize that there is no single, unique concept *custom*. “Custom” designates different phenomena, which should be carefully distinguished. It is, then, possible to mould several concepts of custom, and customary rule. In the first, longer section of the paper I provide a series of definitions, of increasing complexity, identifying different (families of) concepts: custom as a mere behavioural regularity, social rules, causal and normative conceptions of custom, customs as strategic interaction phenomena (Lewisian conventions and fair play norms belong to this latter family). In the second, shorter section I argue that, given deep doctrinal disagreements about the features of custom as a source of the law, and the lack of relevant legal provisions, all one can do, in trying to understand what statutes and other legal texts refer to when they speak of “custom”, is to list several different possible meanings of the word – what is done in the first section –, giving up the project of selecting one of them as *the* right relevant meaning. In the concluding subsection of the paper I show that, Hart’s own remarks (in his *Postscript to The Concept of Law*) notwithstanding, Hartian rules of recognition are best understood as customary, *not* as conventional, rules.

Accade talvolta che le fonti scritte (in particolare, la legge, e in alcuni ordinamenti la costituzione) facciano riferimento alla consuetudine. In diritto internazionale, è pacifico che la consuetudine sia fonte di produzione giuridica. In questo scritto, discuterò (con l’eccezione del paragrafo conclusivo) un unico problema: che cosa è la consuetudine? A che cosa fa riferimento il diritto, quando fa riferimento alla consuetudine? In tema di consuetudine, il principio della saggezza consiste nel riconoscere che il

termine “consuetudine” designa non uno soltanto, ma una pluralità di fenomeni, che occorre tenere distinti. È possibile, cioè, ricostruire, o modellare, più concetti di consuetudine. Nella prima parte di questo scritto presento una serie di definizioni, di crescente complessità, che identificano (famiglie di) concetti differenti: consuetudine come mera regolarità di comportamenti, regole sociali, concezioni causali e normative della consuetudine, consuetudini come fenomeni di interazione strategica (le convenzioni di Lewis e le norme di *fair play* appartengono a quest’ultima famiglia). Nella seconda parte, più breve, sostengo che, a causa dei profondi disaccordi dottrinali sui tratti della consuetudine come fonte del diritto e la mancanza di appropriate indicazioni da parte dei testi giuridici, tutto ciò che si può fare per determinare a cosa leggi e altri testi giuridici si riferiscano quando parlano di “consuetudine” è delineare la cornice dei diversi significati ammissibili del termine – ciò che faccio nella prima parte – senza sceglierne alcuno come il migliore, o quello giusto. Nel paragrafo conclusivo mostro infine come, nonostante le osservazioni dello stesso Hart (nel *Postscript a The Concept of Law*), la hartiana regola di riconoscimento debba essere intesa come una regola consuetudinaria, e *non* come una regola convenzionale.

KEYWORDS

custom, convention, customary rules, customary law, rule of recognition (H.L.A. Hart)

consuetudine, convenzioni, norme consuetudinarie, diritto consuetudinario, regola di riconoscimento (H.L.A. Hart)

BRUNO CELANO *

Consuetudine: un'analisi concettuale **

1. *Consuetudine: il concetto* – 1.1. *Premessa* – 1.2. *Consuetudine-regularità* – 1.3. *Regole sociali* – 1.4. *Regole costitutive* – 1.5. *La concezione causale* – 1.6. *Interdipendenza razionale* – 1.6.1. *Concezione normativa* – 1.6.2. *Condizione di dipendenza e ricerca dell'approvazione altrui* – 1.6.3. *Concezione strategica* – 1.6.3.1. *Introduzione* – 1.6.3.2. *Problemi di coordinazione* – 1.6.3.3. *Problemi di fair play* – 1.6.3.4. *Consuetudini, convenzioni* – 1.6.4. *La dimensione strategica generalizzata* – 2. *Consuetudine e diritto* – 2.1. *Consuetudine e legge* – 2.2. *Consuetudine e regola di riconoscimento*.

* Professore ordinario di Filosofia del diritto, Università di Palermo.
E-mail: bruno.celano@unipa.it.

** In questo scritto riprendo, riformulo e rielaboro le tesi e gli argomenti principali presentati in due miei lavori precedenti (CELANO 1995, 1996), cercando di chiarire alcuni punti oscuri o confusi (e rendere migliore, in questo modo, la mia analisi), replicare ad alcune delle obiezioni che mi sono state mosse (si vedano i contributi di Benvenuti, Canale, Chiassoni, Zorzetto, in ZORZETTO 2008b), e soprattutto di integrare quanto detto a suo tempo mediante la considerazione di fenomeni ulteriori, e sviluppare linee d'indagine a suo tempo trascurate o soltanto abbozzate. Per evitare effetti patetici ("L'avevo già detto allora!"; "Era questo, in realtà, quello che intendevo dire a p. 54", e simili) ridurrò al minimo i riferimenti testuali a questi miei precedenti lavori.

1. *Consuetudine: il concetto*

1.1. *Premessa*

Accade talvolta che il diritto – le fonti scritte (in particolare, la legge, e in alcuni ordinamenti la costituzione) – facciano riferimento alla, richiamino la, o rinviino alla, consuetudine. In diritto internazionale, è pacifico che la consuetudine sia fonte di produzione giuridica. In questo scritto, discuterò (con l’eccezione del paragrafo conclusivo) un unico problema: che cosa è la consuetudine? A che cosa fa riferimento il diritto, quando fa riferimento alla consuetudine? Di che cosa parliamo quando qualifichiamo la consuetudine come fonte di produzione giuridica?

L’indagine sul tema “consuetudine e diritto” (“la consuetudine nel diritto”, ecc.) solleva una molteplicità di problemi ulteriori, generali o specifici (quale sia il posto, o quali siano i posti, della consuetudine nella gerarchia delle fonti; se la desuetudine sia fonte di produzione giuridica; quale sia la differenza fra consuetudini e convenzioni costituzionali; e così via enumerando). Questi ulteriori problemi non saranno qui oggetto di trattazione.

In tema di consuetudine, il principio della saggezza consiste nel riconoscere che il termine “consuetudine” designa non uno soltanto, ma una pluralità di fenomeni, che occorre tenere distinti. È possibile, cioè, ricostruire, o modellare, più concetti di consuetudine – e prima ancora, come vedremo, più famiglie di concetti di consuetudine. In altri termini, se vogliamo ridefinire esplicitamente il significato del termine “consuetudine” dobbiamo fornire non una ma più definizioni esplicative del vocabolo.

Ciò vale sia in generale sia, in particolare, se ciò che ci interessa è la consuetudine come fenomeno giuridico. La diversità delle caratterizzazioni dottrinali in conflitto e, in molti ordinamenti, il silenzio del legislatore impongono di

guardare alla varietà dei fenomeni. La discussione sulla consuetudine è talvolta vanificata dall'assunto, implicito, che si tratti di scoprire la natura di un singolo fenomeno, o di catturare il "vero" concetto di consuetudine. Ma in effetti il disaccordo, meramente verbale, nasce dal fatto che si sta parlando di cose diverse.

Nella prima parte di questo scritto presento una serie di definizioni, seguite da alcune osservazioni. (Le osservazioni sono numerate progressivamente, in modo da poterle richiamare nel prosieguo del testo evitando ripetizioni.) Si tratterà, come vedremo, di definizioni, o concetti, progressivamente più esigenti, determinati, e dunque informativi. Questi concetti, sosterrò, non sono dotati di eguale potere esplicativo: solo alcuni di essi hanno valore paradigmatico. Solo alcuni, cioè, rendono i sensi "focali", centrali, del termine "consuetudine". Altri sono, di contro, periferici, generici e indefiniti – slavati, per così dire. Ma la coerenza e il valore della mia analisi non dipendono dalla correttezza di questa intuizione.

In questa prima parte non sarà questione della consuetudine come fenomeno giuridico, non si parlerà affatto di diritto; o almeno, non del diritto come sistema normativo dotato di una sua specifica unità e identità, differenziato – com'è il caso del diritto occidentale moderno – da altri sistemi normativi esistenti in un certo contesto storico. Ci si domanderà, piuttosto, che cosa si possa voler dire quando si afferma che presso un certo gruppo sociale esiste una certa consuetudine, o una regola consuetudinaria ("le consuetudini degli X").

La seconda parte, più breve, sarà invece dedicata alla consuetudine come fenomeno giuridico. Sosterrò che nei moderni sistemi di *civil law*, codificati, "consuetudine" designa, in effetti, un'incognita. Tutto ciò che si può fare è delineare la cornice dei diversi significati ammissibili del termine – ciò che si farà nella prima parte – senza sceglierne

alcuno come il migliore, o quello giusto. Seguirà un paragrafo conclusivo nel quale discuterò un problema di teoria del diritto: assumendo, con H.L.A. Hart, che a fondamento di un sistema giuridico sviluppato si trovi una “regola di riconoscimento”, mi domanderò se la regola di riconoscimento sia una regola consuetudinaria, ed eventualmente in che senso lo sia.

1.2. *Consuetudine-regolarità*

Nulla vieta d'intendere con il termine “consuetudine” una semplice regolarità di condotta. Stando a questa prima ipotesi definitoria, che sussista una consuetudine vuol dire che un gruppo di persone, o la maggior parte di esse, «si comportano “di regola” – ossia: *generalmente* – in un particolare modo in certi tipi di circostanze» (sussiste una certa «convergenza tra i comportamenti dei membri di un gruppo sociale»)¹. In breve:

(Df1) dato un gruppo sociale G, un certo tipo di azione A, e un certo tipo di situazione ricorrente S, esiste una consuetudine in G se e solo se:

(C1) i membri di G (o la maggior parte di essi) fanno A in tutte (o quasi tutte) le istanze di S².

¹ Seguo qui HART 1961, 9 s., da cui sono desunte le citazioni.

² D'ora in avanti le due precisazioni fra parentesi resteranno sottintese. Inoltre: (1) il gruppo di individui che praticano una consuetudine può essere, naturalmente, più o meno numeroso; può identificarsi con un'intera “società” (gli italiani di oggi), o essere un gruppo delimitato all'interno di quest'ultima (una famiglia, i tassisti romani), o attraverso più società (i commercianti di diamanti). (2) Gli attori rilevanti – i soggetti della consuetudine – possono non essere singoli esseri umani. Parlerò, genericamente, di “individui”, ma resta inteso

Qualche osservazione su questa prima definizione.

(1) “A” indica un’azione, non un comportamento riflesso (come ad es. chiudere gli occhi in presenza di una forte sorgente luminosa).

(2) Come identificare A? In che modo un osservatore, o i membri del gruppo, possono stabilire che si tratta di un’unica e medesima azione (*action-type*), e di quella particolare azione? Il problema è duplice.

(a) Un unico e medesimo atto può essere colto sotto una pluralità di descrizioni diverse (ad es., “spingere la leva”, “azionare la pompa”, “riempire il serbatoio dell’acqua”, “avvelenare gli abitanti della casa”)³. Ciò che i membri di G fanno in S può essere descritto in modi diversi, in relazione a occasioni spazio-temporali diverse o individui diversi. Come facciamo a dire che cosa fanno, o facciamo, e che fanno, o facciamo, la stessa cosa?

Questo non è un problema che riguarda specificamente la consuetudine. Socializzazione e acculturazione comportano, fra le altre cose, anche questo: impariamo, nel quadro di una certa cultura, o subcultura, a riconoscere le azioni, nostre e altrui; impariamo, fra le altre cose, a riconoscere la, o andare alla ricerca della, descrizione rilevante in un certo contesto. (Con ciò non intendo dire che si tratti di processi di apprendimento facilmente comprensibili, di abilità che non richiedono spiegazione; solo, fornire le spiegazioni necessarie non è un compito specifico di una teoria della consuetudine.) Nulla garantisce che ci riusciremo. Al contrario: equivoci, fraintendimenti, svarioni, sono possibili, e frequenti. È sempre possibile prendere un granchio. È questa la materia di cui è fatta la trama di molte storie (“Ha preso il posto di

che può trattarsi di sindacati, aziende, società, stati, organi dello stato, e così via.

³ Cfr. ANSCOMBE 1957, da cui è desunto l’esempio.

Laio”; “No: ha ucciso suo padre e sposato sua madre”) e, in particolare, una delle sorgenti del comico.

Un unico e medesimo atto, dunque, può cadere sotto una pluralità di descrizioni. Qual è, nel caso della consuetudine, la descrizione rilevante? Naturalmente, non c’è un’unica risposta a questa domanda: dipende, precisamente, da quale sia la consuetudine presa in considerazione (la consuetudine di spingere la leva o di riempire il serbatoio dell’acqua?). Ma c’è, mi pare, almeno una cosa che si può affermare in generale a titolo di risposta parziale a questo interrogativo. La descrizione rilevante è quella sotto la quale i membri del gruppo – gli attori – vedono le proprie azioni.

Questo è già ciò che si potrebbe denominare un elemento “soggettivo”, “psicologico” o “intenzionale”, della consuetudine. Quella isolata da Df1 non è una nozione puramente comportamentista di consuetudine. Una nozione puramente comportamentista sarebbe, credo, priva di ogni plausibilità: non si tratterebbe di una definizione esplicativa di “consuetudine”, ma di una pura e semplice stipulazione. Dovremmo dire che i cani di Pavlov, in laboratorio, avevano la consuetudine di salivare all’accendersi della luce rossa.

(b) La seconda difficoltà riecheggia l’analisi wittgensteiniano-kripkeana del seguire una regola. Una serie finita di fatti, eventi o azioni passati non determina univocamente quale fatto, evento o azione ne costituisca la prosecuzione corretta. È, piuttosto, compatibile con una pluralità indefinita di serie corrette possibili. Il problema riguarda anche l’identità di una consuetudine⁴. Dato un insieme determinato di azioni individuali passate, che ci appaiono come istanze dello stesso tipo di azione, come facciamo a stabilire quali ulteriori azioni costituiscono la prosecuzione della stessa serie?

⁴ Il problema è discusso in SCHAUER 2007; CANALE 2008.

Anche questo, però, non è un problema che riguardi specificamente la consuetudine. Quale che sia, in termini generali, la soluzione (ammesso che ve ne sia una) del puzzle wittgensteiniano-kripkeano, questa soluzione varrà anche nel caso della consuetudine. O almeno, non vedo perché non dovrebbe.

(3) Le osservazioni che precedono riguardano, in generale, tutte le nozioni di consuetudine che passeremo in rassegna. Questa terza osservazione riguarda invece specificamente il fenomeno identificato da Df1 (dirò, d'ora in avanti, la "consuetudine1", e così via per le nozioni seguenti). Per quanto ne sappiamo, nel caso di una consuetudine1 la convergenza del comportamento dei membri del gruppo – il fatto che tutti facciano A in ogni istanza di S – può essere del tutto casuale. E questo, direi, ci induce a concludere che una consuetudine1 non sia una consuetudine vera e propria: un caso paradigmatico di consuetudine, ovvero una "consuetudine" nel senso focale, o in uno dei sensi focali, del termine⁵. "Casuale", in che senso? Mi pare che la risposta sia: "casuale" nel senso che *ciò che ciascuno fa è indipendente da ciò che fanno gli altri*. O, in altri termini, l'idea che ci conduce verso i casi paradigmatici di consuetudine, o verso i sensi focali del termine "consuetudine", è l'idea che nel caso di una consuetudine il fatto che ciascuno dei membri del gruppo si comporti in un certo modo *dipende dal fatto che gli altri membri del gruppo si comportano – si sono comportati, si comporteranno – nello stesso modo*.

Chiamerò questa condizione ("ciascuno dei membri di G fa A in S perché gli altri membri di G fanno – hanno fatto, faranno – A in S") "condizione di dipendenza" (in breve,

⁵ Che la convergenza possa essere casuale è, secondo HART (1961, 9 s.), ciò che induce a ritenere che sia inappropriato, nel caso di una consuetudine1, parlare di una *regola* sociale.

CD). Una regolarità di condotta è un caso paradigmatico di consuetudine – “consuetudine” in senso focale – solo se soddisfa CD⁶.

CD, però, può essere costruita in modi diversi, a seconda di come si intenda la nozione di dipendenza – a seconda di come venga inteso il “perché” (“ciascuno fa A *perché* lo fanno gli altri”). Distinguerò fra breve tra un nesso causale e un nesso razionale.

(4) Una delle ambiguità del termine “consuetudine” è quella fra “consuetudine” come *regola* (“regola consuetudinaria”) e “consuetudine” come *ciò in virtù di cui* viene ad esistenza una regola, una regola che, precisamente per questa ragione, la sua origine, qualifichiamo come consuetudinaria. Df1, ovviamente, non si attaglia alla prima di queste due accezioni: una regolarità di condotta non è, come tale, una regola. Ma può, forse, attagliarsi alla seconda. Tornerò più avanti su questo punto.

1.3. Regole sociali

Se ora guardiamo alla consuetudine come regola di condotta, una prima nozione è questa;

(Df2) dato un gruppo sociale G, un certo tipo di azione A, e un certo tipo di situazione ricorrente S, esiste una consuetudine (una regola consuetudinaria: la regola di fare A in S) in G se e solo se:

(C1) i membri di G fanno A in S;

(C2) ciascuno dei membri di G ritiene di dover fare A in S⁷.

⁶ CELANO 1995, par 2.2.1.

⁷ È inteso che C1 e C2 non sono irrelate: ciascuno fa A in S *perché* ritiene di dover fare A in S. (Non è accidentale che, guarda caso,

Anche in questo caso, sono opportune alcune osservazioni (valgono inoltre, come si è detto, le osservazioni (1) e (2)).

(5) Anzitutto, due precisazioni a proposito di C2.

(a) C2, copre, con una formulazione semplificata, svariate possibilità: ciascuno ritiene che si debba, o che sia obbligatorio, o che sia giusto, che sia corretto, che sia appropriato, che sia confacente, e così via, fare A in S. Non è necessario, ai nostri fini attuali, distinguere (ma un'importante precisazione verrà introdotta fra breve, *sub* (11)). Si tratta, nuovamente, di un requisito soggettivo, o psicologico, Stipuliamo di chiamarlo, in generale, "*opinio*".

(b) Una versione alternativa di C2 potrebbe essere: "Ciascuno ritiene che si debba fare A in S" (dove il "si" fa riferimento, almeno, ai membri di G). Privilegio la versione "Ciascuno ritiene di dover fare A in S" per due ragioni. In primo luogo, ciò che ci interessa, prima di ogni altra cosa, è il modo in cui la consuetudine "funziona" (la pratica: il movimento degli ingranaggi), e la consuetudine (regola o regolarità, non importa) non funzionerebbe se il contenuto dell'*opinio* non fosse, anzitutto, questo. In questo senso, la versione privilegiata è più fondamentale – concettualmente prioritaria – rispetto a quella in termini impersonali. In secondo luogo, l'incidenza dell'*opinio* altrui (nella fattispecie, che gli altri ritengano che si debba fare A in S) sul funzionamento della consuetudine può essere resa mediante una condizione ulteriore, che introdurrò più avanti (*sub* (18)). Per quanto invece riguarda, specificamente, le consuetudini², la versione alternativa va altrettanto bene, purché ovviamente la si intenda in maniera tale che essa implichi la versione privilegiata.

faccia proprio ciò che ritiene di dover fare.) D'ora in avanti, anche questa precisazione resterà sottintesa.

(6) Un ulteriore ampliamento dell'ambito dei contenuti possibili dell'*opinio*: possono costituire parte del contenuto dell'*opinio*, oltre alla qualificazione deontica "obbligatorio" (o in generale la qualificazione di un certo tipo di comportamento come un comportamento che *deve* essere tenuto), anche le altre qualificazioni deontiche (permesso, vietato, facoltativo), o posizioni normative soggettive (pretesa, libertà, potere, immunità, ecc.). In altri termini, può accadere che l'*opinio* abbia la forma "Ciascuno ritiene che sia vietato fare A in S", o "Ciascuno ritiene di avere il diritto di fare A in S", e così via. Per semplicità, d'ora in avanti userò, per fare riferimento a tutte queste possibilità, il termine-ombrello "dovere"⁸.

(7) Df2 è, evidentemente, reminiscente dell'analisi fornita da H.L.A. Hart del fenomeno che egli denomina "esistenza di una regola sociale"⁹. In particolare, il requisito dell'*opinio*, C2, corrisponde, grosso modo, a ciò che Hart chiama "aspetto interno" di una regola sociale.

(8) In che senso un'istanza del fenomeno identificato da Df2 – una consuetudine² – è una *regola* sociale? Non nel senso che chi constati che, in un certo contesto, le condizioni specificate da Df2 sono soddisfatte (cioè, chi constati che, presso un certo gruppo sociale, esiste una consuetudine²), o chiunque faccia parte del gruppo sociale, sia tenuto a fare A in S. Semplicemente, per chi condivide l'*opinio* è una regola che si debba fare A in S: costoro

⁸ Un caso particolarmente importante è quello del permesso: gli esseri umani sembrano avere un'inclinazione naturale a inferire, dal fatto che tutti facciano o abbiano sempre fatto una certa cosa, la conclusione che si possa – ossia, sia permesso – farla ("Lo fanno tutti, si è sempre fatto così, e il cielo non ci è caduto sulla testa; dunque, si può fare"). Questo tipo di inferenza sarà oggetto di esame *infra*, 1.6.1.

⁹ HART 1961, 9-11, 54-56.

ritengono che si debba fare A in S, tutto qui. Da ciò non segue che essi, o chiunque altro, debba fare A in S.

(9) C1 statuisce che una consuetudine² è, per definizione, efficace. L'efficacia – ossia, che i membri del gruppo si comportino effettivamente così come essa dice di comportarsi: facciano A in S – è condizione necessaria dell'esistenza di una regola sociale (nel senso definito). Per la verità, sono immaginabili, e sono effettivamente documentate da resoconti etnografici, situazioni che non possono essere costrette nel letto di Procuste di Df2, nel senso seguente: situazioni nelle quali è soddisfatta C2, non è soddisfatta C1, e tuttavia sarebbe ben poco plausibile negare che esista una regola sociale che impone di fare A in S. Si tratta di situazioni nelle quali il comportamento dei membri del gruppo è guidato dall'intento di evitare situazioni del tipo rilevante, proprio allo scopo di evitare di trovarsi soggetti agli obblighi che ne scaturirebbero¹⁰: ciascuno ritiene di dover fare A in S (vale C2), farebbe A se si trovasse in una situazione del tipo S, e proprio per questa ragione evita situazioni del tipo S (ad es., evita di farsi prestare aiuto nella caccia, per non essere soggetto all'obbligo di reciprocare). Questi sono, però, casi limite. In casi del genere, direi, si può, tutto sommato, affermare che esiste, presso il gruppo sociale oggetto di considerazione, la regola di fare A in S. (Anche questo, però, è dubbio: che dire se tutti i membri del gruppo riuscissero, sempre, a evitare il prodursi di situazioni del tipo rilevante? La regola sarebbe, in effetti, *questa*: evita situazioni del tipo S!) Comunque sia, in casi del genere non avrebbe molto senso, mi pare, affermare che fare A in S è una *consuetudine* dei membri del gruppo. Comunque se ne costruisca il significato, il termine “consuetudine” implica, mi pare, l'idea

¹⁰ BICCHIERI 2006, 9.

della ripetizione costante, regolare, di un certo tipo di comportamento – ciò che tradizionalmente è stato denominato, in teoria del diritto, “*usus*”. (Nulla vieta, ovviamente, di stipulare il contrario, discostandosi così dal campo semantico corrente del termine, e *a fortiori* dai suoi usi paradigmatici.)

Nel caso delle regole consuetudinarie, dunque, l’efficacia è condizione necessaria di validità¹¹.

(10) Anche nel caso di una consuetudine², come già nel caso di una consuetudine¹ (vedi *supra*, 1.2, *sub* (3)), per quanto ne sappiamo, la convergenza del comportamento dei membri del gruppo – il fatto che tutti facciano A in S – può essere del tutto casuale: *ciò che ciascuno fa, e opina, è (per quanto ne sappiamo) indipendente da ciò che fanno, e opinano, gli altri*. E ciò, nuovamente, ci induce a ritenere che il fenomeno in oggetto non sia un caso paradigmatico di consuetudine, una “consuetudine” nel senso focale, o in uno dei sensi focali, del termine. La condizione ulteriore che ci conduce verso i casi paradigmatici di consuetudine, o verso i sensi focali del termine “consuetudine”, è, nuovamente, CD: il fatto che ciascuno dei membri del gruppo si comporti in un certo modo, e ritenga di doversi comportare nel modo in questione, dipende dal fatto che gli altri membri del gruppo si comportano, e ritengono di doversi comportare, in quel modo.

(11) Si è detto (*sub* (5) (a)) che C2 va costruita in modo ampio: ciascuno ritiene che sia obbligatorio, o che sia giusto, o che sia appropriato, confacente, fare A in S. Non siamo costretti a scegliere, se non per escludere una possibilità: l’ipotesi che ciascuno, indipendentemente da ciò che fanno gli altri, compia una certa azione perché il compierla è, o è ritenuto essere, strumentalmente razionale in

¹¹ CELANO 1995, par. 2.3.7.

vista del conseguimento di uno scopo che egli si prefigge: fare A in S è, o è ritenuto essere, un mezzo¹² idoneo al perseguimento di un fine perseguito (“Devi fare A in S” è, per ciascuno, una norma tecnica). Ad es. nessuno fuma, perché ritiene che fumare faccia male alla salute. Sarebbe inappropriato, in casi di questo tipo, parlare di regole sociali¹³. E, a maggior ragione, sarebbe fuori luogo parlare di consuetudini: quando nessuno fuma, perché ritiene che fumare sia dannoso per la salute, sarebbe fuorviante dire che non fumare è una consuetudine del gruppo.

Si noti: in casi di questo tipo, per ipotesi, non è soddisfatta CD. Ciascuno fa A in S per conto proprio, indipendentemente da ciò che fanno gli altri; ciascuno si comporterebbe allo stesso modo, anche se gli altri si comportassero diversamente. La convergenza del comportamento dei membri del gruppo è casuale.

Si potrebbe obiettare: è vero, in casi di questo tipo, per definizione, l'*opinio* (il giudizio che si debba fare A in S) è la conclusione di un'inferenza pratica (“Voglio conseguire lo scopo X; fare A in S è un modo di perseguire X; dunque, devo fare A in S”), basata sui desideri e le credenze dell'agente, ma ciò non è sufficiente a giustificare la conclusione che non siamo di fronte a una regola sociale, e in particolare una regola consuetudinaria. Per poter stabilire se siamo di fronte a una regola sociale, e in particolare una regola consuetudinaria, dobbiamo ancora chiederci quale sia l'origine di queste credenze, e di questi desideri. Se ciascuno ha queste credenze, o questi desideri, perché li hanno gli altri, allora potremo dire di trovarci di fronte a una regola sociale consuetudinaria.

¹² Un “mezzo” in senso lato, causale o concettuale (un “modo di”).

¹³ Cfr. BICCHIERI 2006, 20-22; ELSTER 2007, 353.

Questa obiezione non cambia, mi pare, la sostanza delle cose. Ciò che essa dice, in effetti, è questo: se è soddisfatta CD – a un livello più elevato, ossia: relativamente alle credenze o ai i desideri degli agenti, credenze e desideri su cui si fonda l'*opinio* – allora potremo dire di trovarci di fronte a una regola sociale consuetudinaria. Possiamo, credo, accettare questa puntualizzazione, che non fa che ribadire la centralità di CD – sia pure in una versione particolare – ai fini della sussistenza di una consuetudine. Quando CD, in questa particolare versione, è soddisfatta, fare A in S è qualcosa di più specifico che una questione di razionalità strumentale: ciascuno vuole conseguire X, e ritiene che fare A in S sia un modo di perseguire X (e per questo fa A in S), perché questo è ciò che vogliono, o credono, gli altri. Si tratta, ripeto, di – una particolare versione di – CD. Ci occuperemo più avanti (vedi *infra*, 1.5) di uno dei modi in cui può accadere che CD, in questa particolare versione, sia soddisfatta. Per il momento è sufficiente rimarcare che fintantoché ciascuno opina di dover fare A in S per conto proprio, indipendentemente da ciò che desiderano o credono gli altri (semplicemente, accade che ciascuno abbia i desideri e le credenze rilevanti) non saremo in presenza di una consuetudine.

(12) Un'ipotesi diversa da quella appena esaminata (e scartata), *sub* (11), è la seguente: il fatto che una molteplicità di individui, ciascuno per conto proprio, faccia A in S perché il farlo è, per lui, un mezzo idoneo al perseguimento di uno scopo che egli si prefigge – questo fatto è ciò in virtù di cui viene ad esistenza, presso il gruppo sociale preso in considerazione, la regola di fare A in S¹⁴. Si tratta, precisamente, del caso menzionato sopra, *sub* (4): una certa regolarità di condotta è ciò in virtù di cui viene ad esistenza una regola (che in ragione di questa sua peculiare origine qualifichiamo come consuetudinaria). Nulla di nuovo,

¹⁴ Cfr ad es. KANAZAWA, STILL 2001.

dunque. E bisogna ancora spiegare come e perché una cosa simile possa accadere; come è possibile che, da quel certo fatto (la regolarità), nasca la regola.

1.4. *Regole costitutive*

John Searle distingue, com'è noto, fra regole regolative e regole costitutive¹⁵. Le prime regolano forme di comportamento che esistono “anteriamente a”, e “indipendentemente da”, tali regole medesime. Le regole costitutive, invece, “non soltanto regolano, ma creano, o definiscono, nuove forme di comportamento”.

Ebbene; le regole costitutive – o almeno, alcune di esse – sono consuetudini?

La distinzione fra regole regolative e costitutive è stata contestata da molti studiosi. In particolare, se si guarda al ruolo che le regole costitutive svolgono, nella teoria di Searle, nella costituzione di fatti istituzionali, sembra si possa sostenere che esse siano, in fin dei conti, riconducibili a regole regolative. La struttura di fatti e attività istituzionali è, secondo Searle, resa da insiemi di poteri deontici¹⁶. E, sembra si possa sostenere, questa struttura è riducibile a insiemi di prescrizioni¹⁷, la cui forma logica è, banalmente, quella della qualificazione deontica (come obbligatoria, vietata o permessa) di una certa azione.

¹⁵ SEARLE 1969, 1995. La teoria delle regole costitutive è stata oggetto di rielaborazione, sviluppo e sistematizzazione ad opera, soprattutto, di A.G. Conte, e di studiosi che hanno tratto ispirazione dalle sue idee. Ai nostri fini, come vedremo fra breve, non è necessario prendere in esame questi sviluppi.

¹⁶ SEARLE 1995.

¹⁷ CELANO 1997.

Si potrebbe però replicare che la cultura umana, nelle sue innumerevoli forme, consiste precisamente in questo: nella stratificazione progressiva di strutture complesse di qualificazioni, status, ruoli, e così via, il cui senso sta nel valore simbolico, il significato, che questi diversi elementi acquisiscono in virtù della loro appartenenza a, e del ruolo che essi svolgono in, queste strutture medesime – anche se questo gigantesco gioco può comunque essere descritto nei termini della semplice distinzione, nell'insieme delle azioni naturalmente possibili, fra ciò che è vietato e ciò che non lo è.

Fortunatamente, non è necessario, in questa sede, prendere posizione in questa controversia, o in generale addvenire a una qualche conclusione circa la natura, la struttura e il valore delle regole costitutive. Comunque stiano le cose, infatti, non ci vuole molto per rendersi conto che le regole costitutive non possono essere una classe indipendente di regole consuetudinarie.

La consuetudine ha a che fare, anzitutto, con l'esecuzione o l'omissione di azioni (nelle nostre definizioni, "fare A in S"). E le azioni in questione possono essere, banalmente, sia azioni "brute", sia azioni istituzionali: azioni definite, o se si vuole costituite, da regole costitutive (le regole, cioè, dalle quali dipendono le istituzioni nel contesto delle quali queste azioni divengono possibili e acquisiscono il proprio senso). Dunque, le regole costitutive "toccano" la consuetudine per il tramite delle azioni che esse costituiscono, e che possono essere l'oggetto di regole consuetudinarie.

Del resto, come si è detto (vedi *supra*, sub (6)), la formulazione del contenuto dell'*opinio* nei termini della qualificazione di un certo comportamento come "obbligatorio" o "doveroso" (la condizione C2) è una semplificazione. Possono costituire parte del contenuto dell'*opinio*, oltre alle altre qualificazioni deontiche (permesso, vietato, facoltativo), anche posizioni normative soggettive come poteri, o in generale diritti ("Ciascuno dei membri di G ritiene di avere

il diritto di...”). Il concetto e la esistenza di almeno alcune di queste posizioni soggettive sono fenomeni istituzionali.

1.5. *La concezione causale*

Introduciamo, ora, CD: ciascuno dei membri di G fa A in S perché gli altri membri di G fanno – hanno fatto, faranno – A in S. La relazione espressa, qui, dal vocabolo “perché” può essere intesa in modi diversi. E, a seconda di come la si intenda, otterremo concezioni diverse di CD, e nozioni diverse di consuetudine¹⁸.

Un primo modo di intendere questa relazione consiste nell’intenderla come una relazione causale, in senso stretto; nel senso, cioè, di una causalità che opera indipendentemente dai processi deliberativi degli individui coinvolti, anche se può operare *su* di essi.

(Df3a) Dato un gruppo sociale G, un certo tipo di azione A, e un certo tipo di situazione ricorrente S, esiste una consuetudine in G se e solo se:

(C1) i membri di G fanno A in S;

(CD1a) ciascuno dei membri di G fa A in S (ossia, C1 è soddisfatta) a causa del fatto che gli altri membri del gruppo fanno A in S.

¹⁸ Può accadere che, in un certo gruppo, vi sia un individuo (o una coalizione di individui) più potente degli altri, che riesce, mediante la somministrazione o la previsione di incentivi (ricompense o punizioni), a far sì che gli altri si comportino regolarmente così come esso vuole che si comportino. Questo è, ovviamente, un fenomeno molto diffuso. Ma, quale che sia il suo peso in un certo contesto (si pensi, ad es., alla comunità internazionale), solo impropriamente si può parlare, in questi casi, di una consuetudine. (Certamente, però, questo può essere il modo in cui *viene ad esistenza* una consuetudine.)

Su quale base può accadere che si produca una consuetudine^{3a} (ossia, un'istanza del fenomeno definito da Df3a), o una consuetudine^{3b} (nozione, questa, che introdurrò fra un attimo)? Una consuetudine³ può essere il risultato dell'attivazione di una qualche forma di istinto mimetico: la spinta, istintiva, a copiare ciò che fanno gli altri. Non discuterò qui, ovviamente, il problema se questo istinto esista, e quali siano, eventualmente, le sue forme e le condizioni della sua attivazione. La questione esula dall'ambito delle mie competenze. Ma è, mi pare, un'osservazione di senso comune che spesso gli esseri umani si imitano a vicenda. Questo è sufficiente a rendere possibile la sussistenza di consuetudini³.

Df3a verte esclusivamente su azioni (ma non per questo si può affermare che si tratti di una definizione comportamentista di consuetudine; vedi *supra*, 1.2, *sub* (2)). Possiamo arricchire la definizione, rendendola così più informativa, aggiungendo il requisito dell'*opinio*, C2. In questo modo, mi pare, la descrizione diventa più plausibile. Gli esseri umani imitano gli altri anche per quanto attiene alle credenze, gli atteggiamenti, le convinzioni dai quali scaturiscono i loro comportamenti.

(Df3b) Dato un gruppo sociale G, un certo tipo di azione A, e un certo tipo di situazione ricorrente S, esiste una consuetudine in G se e solo se:

(C1) i membri di G fanno A in S;

(C2) ciascuno dei membri di G ritiene di dover fare A in S;

(CD1b) ciascuno dei membri di G fa A in S e ritiene di dover fare A in S (ossia, C1 e C2 sono soddisfatte) a causa del fatto che gli altri membri del gruppo (a) fanno A in S, oppure (b) fanno A in S e ritengono di dover fare A in S.

Non mi pare che, in Df3b, l'alternativa fra le due versioni indicate di CD1b, la versione (a) e la versione (b), sia importante.

Una consuetudine_{3a} è una mera regolarità di condotta; una consuetudine_{3b} è una regola (si tratta di una specificazione del fenomeno definito da Df2). Valgono, a proposito delle consuetudini_{3a}, le osservazioni *sub* (1), (2), (4); riguardo alle consuetudini_{3b} valgono altresì le osservazioni *sub* (5) (a) e (b), (6), (8), (9), Df_{3b}, inoltre, può essere facilmente modificata così da rendere conto della possibilità cui si è accennato *sub* (11): che CD sia soddisfatta a un livello più elevato, relativamente alle credenze e i desideri che (nel caso di un'inferenza pratica) stanno alla base dell'*opinio*. Le osservazioni che seguono riguardano indifferentemente Df_{3a} e Df_{3b}.

(13) Una consuetudine₃ è come un fuoco: in condizioni favorevoli, una volta acceso si sostiene e si perpetua da sé¹⁹. Se e quando una forma appropriata di istinto mimetico si attiva, ciascuno fa A perché lo fanno gli altri; e, perciò, ciascuno fa A (e così via). Non è che Tizio imiti Caio il quale, per una qualsiasi ragione indipendente (ad es., perché ciò gli consente di ottenere un beneficio materiale) fa A in S. No: Tizio imita ciò che Caio fa perché imita Tizio. Tizio imita Caio che imita Tizio che imita Caio... (e così via). Ciò, relativamente a una molteplicità di individui (non soltanto due), e nel corso del tempo (si ricordi che S è, abbiamo assunto, una situazione ricorrente). Ciascuno fa A in S perché gli altri fanno, e hanno fatto, A in S.

(14) Quando esiste, una consuetudine₃ si perpetua. Ma in che modo viene ad esistenza? Come è cominciata? Porre questa domanda è come domandarsi come si sia prodotta una frana, o una valanga. È necessario che si raggiunga una certa massa critica.

¹⁹ Cfr. LEWIS 1969, 88 (a proposito, però, di un fenomeno diverso, le consuetudini-convenzioni; vedi *infra*, 1.6.3.2).

Con ciò non intendo suggerire che non sia possibile rispondere con precisione a queste domande. Al contrario: immagino che vi siano teorie delle frane, e teorie delle valanghe, che si avvalgono di sofisticati modelli matematici (che non capirei) al fine di spiegare come un granello di sabbia, o un fiocco di neve, possa generare una massa critica. Probabilmente sarebbe possibile spiegare il venire ad esistenza di una consuetudine³ utilizzando modelli simili²⁰. Ma ritenere che la difficoltà di rispondere all'interrogativo "Come è cominciata?" sia un argomento contro la possibilità di consuetudini³ è come ritenere che la difficoltà di rispondere alla domanda "Quanti capelli gli dobbiamo togliere?" sia un argomento contro la possibilità della calvizie.

(15) Nel caso di una consuetudine^{3b} c'è un senso perfettamente comprensibile nel quale si può affermare che una consuetudine-regolarità (l'*usus*: la ripetizione regolare, costante di un certo tipo di comportamento) è *ciò in virtù di cui* viene ad esistenza una regola consuetudinaria. (Era questa, come si ricorderà, una delle ambiguità del termine "consuetudine" che abbiamo messo in luce; vedi *supra sub* (4)). Il fatto che tutti facciano A in S (regolarità) è ciò che spiega perché ciascuno faccia A in S e ritenga di dover fare A in S (regola). Quando ciò accade, la consuetudine-regolarità è causa della consuetudine-regola²¹.

²⁰ Cfr. per alcuni esempi BICCHIERI 2006, capp. 5 e 6 (i casi discussi da Bicchieri ricadono nell'ambito dei processi di interazione strategica; vedi *infra*, 1.6.3). Per un'ipotesi generale di ricostruzione dei processi di mutamento di norme sociali che cerca di rendere conto di questo "effetto valanga" (non formalizzata, però) cfr. ELLICKSON 2001 (soprattutto, 51 s.). La ricostruzione di Ellickson poggia sugli assunti caratteristici degli studi di *law and economics*, alieni rispetto alla prospettiva adottata in questa indagine.

²¹ Ma si ricordi la precisazione introdotta sopra, *sub* (8): un'istanza del fenomeno identificato da Df2 – o, adesso, Df3b – è una *regola* non

1.6. *Interdipendenza razionale*

1.6.1. *Concezione normativa*

Il “perché” in CD può essere inteso, in secondo luogo, come espressione di un nesso di razionalizzazione (causazione razionale): il fatto che p, la credenza che p²², è, per Tizio, una ragione per fare A (“Perché lo ha fatto?”; “Per questa e quest’altra ragione”; ad es., “Perché non ha messo i sandali?”, “Perché pensava che potessero esserci dei serpenti”). Così intesa, CD esprime un nesso di interdipendenza razionale fra le azioni e gli atteggiamenti dei membri del gruppo. Grosso modo: per ciascuno dei membri di G il fatto che gli altri membri di G facciano a in S (e ritengano di dover fare A in S) è una ragione per fare A in S (e per concludere di dover fare A in S). Otteniamo così:

(Df4) dato un gruppo sociale G, un certo tipo di azione A, e un certo tipo di situazione ricorrente S, esiste una consuetudine (una regola consuetudinaria) in G se e solo se:

(C1) i membri di G fanno A in S;

(C2) ciascuno dei membri di G ritiene di dover fare A in S;

(CD2) ciascuno dei membri di G fa A in S e ritiene di dover fare A in S (ossia, C1 e C2 sono soddisfatte) *perché* (nel senso rilevante: razionalizzazione) gli altri membri di G fanno, o hanno fatto, A in S, e ritengono di dover fare A in S. Ossia, per ciascuno dei membri di G il fatto che gli altri

nel senso che chi constati l’esistenza di una consuetudine², o una consuetudine^{3b}, o chiunque faccia parte del gruppo sociale rilevante, sia tenuto a fare A in S. Semplicemente, i membri di G ritengono che si debba fare A in S.

²² Non discuto qui questa alternativa. Cfr. in proposito CELANO 2003a.

membri di G facciano, o abbiano fatto, A in S, e ritengano di dover fare A in S, è una ragione per fare A in S, e per concludere di dover fare A in S.

Che cosa può spiegare, quando esiste una consuetudine⁴, il fatto che CD2 sia soddisfatta? L'ipotesi più semplice (ma non l'unica; vedi *infra*, 1.6.2) è questa: ciascuno assume di dover fare ciò che si è sempre fatto – ciò che fanno o hanno fatto gli altri. Il fatto che gli altri abbiamo sempre fatto A in S (ritenendo di dover fare A in S) appare a Tizio come una ragione per fare A in S, sotto l'assunto che ci si debba comportare così come gli altri si sono sempre comportati (e hanno ritenuto di doversi comportare). Insomma, “Devi fare ciò che fanno gli altri” è, per così dire, la “norma fondamentale” di coloro che praticano una consuetudine⁴ (in questa prima versione). In una consuetudine⁴ (in questa prima versione) l'*opinio* è la conclusione di un ragionamento della forma:

(A)

(i) Devo fare ciò che gli altri hanno sempre fatto (e ritenuto di dover fare).

(ii) Gli altri hanno sempre fatto (e ritenuto di dover fare) A in S.

(iii) Dunque, devo fare A in S²³.

La (iii) è, precisamene, l'*opinio*. (A), elemento costitutivo di una consuetudine⁴ (in questa prima versione), è un ragionamento normativo: la premessa e la conclusione sono norme. Per questa ragione, denomino “normativa” questa nozione di consuetudine.

²³ Ma si ricordi anche, come esempio di una struttura analoga, l'importante caso del permesso (vedi *supra*, n. 9).

Valgono, a proposito della consuetudine⁴, le osservazioni *sub* (1), (2), (5) (a), (6), (8), (9), (13) (ciascuno fa A perché lo fanno gli altri perché lo fanno gli altri... e così via), (14). Ulteriori commenti:

(16) il fenomeno definito da Df4 è una forma di *conformismo*. E ciò è pienamente in linea con quanto è suggerito dal termine “consuetudine”, nei suoi usi paradigmatici. Abbiamo isolato, mi pare, uno dei sensi focali del termine. Gli individui che praticano una consuetudine⁴ non sono dei banali imitatori (vedi *supra*, 1.5). Sono dei conformisti²⁴.

(17) Ho ricostruito l'aspetto interno di una consuetudine⁴ nella forma di un'inferenza normativa (la (A)). In un'inferenza di questo tipo, l'*opinio* è una conclusione (normativa) che poggia su una premessa normativa. Ossia, il fatto che gli altri facciano, o abbiano sempre fatto, A in S appare a ciascuno come una ragione per fare A in S alla luce di un particolare presupposto, la norma secondo cui si deve fare ciò che fanno, o hanno sempre fatto, gli altri (la “noma fondamentale” della consuetudine⁴). Può accadere, però, che qualcuno consideri, semplicemente, il fatto che gli altri facciano A in S, o che si sia sempre fatto A in S, come una ragione *sufficiente* per concludere che si deve (o che “si può”; ossia, è permesso)²⁵ fare A in S. Questo è, credo, un atteggiamento molto comune (“Questo si è sempre fatto; dunque, è lecito farlo”, o “...va fatto”). Una forma di conformismo, per dir così, cieco. Non è possibile derivare “deve” da “è” (la cosiddetta “Legge di Hume”). Ma gli esseri umani tendono, irresistibilmente, a farlo²⁶. Le

²⁴ «Some social norms are little but injunctions *not to stick one's neck out*» (ELSTER 2007, 360).

²⁵ Si ricordi la n. 9 sopra.

²⁶ Cfr. BICCHIERI 2006, 43.

consuetudini⁴ possono essere il prodotto e la testimonianza eloquente di questo *bias*.

CD2 dice che per ciascuno dei membri di G il fatto che gli altri membri di G facciano, o abbiano fatto, A in S, e ritengano di dover fare A in S, è *una ragione* per fare A in S, e per concludere di dover fare A in S: una ragione significativa, non necessariamente l'unica ragione, o la ragione più importante. Ma se si tratta dell'unica ragione, o della ragione decisiva, avremo una consuetudine⁴ in forma pura, o quasi pura. In questi casi, avremo a che fare con dei veri conformisti.

(18) In Df4 l'*opinio* figura in due luoghi: come condizione di esistenza di una consuetudine⁴ (in C2), e – l'*opinio altrui* (in CD2) – come parte della ragione per la quale ciascuno fa A in S, e opina di dover fare A in S. Sono opportune, a questo proposito, due considerazioni.

(a) Ho menzionato (vedi *supra*, *sub* (5), (b)) la possibilità di una versione alternativa di C2: "Ciascuno ritiene che si debba fare A in S" (dove il "si" fa riferimento, almeno, ai membri di G). Sino ad ora, abbiamo privilegiato la versione "Ciascuno ritiene di dover fare A in S", anzitutto perché se ciò che ci interessa è il "funzionamento" di una consuetudine, questa è la versione concettualmente prioritaria. Ma, si diceva, l'incidenza dell'*opinio* altrui – precisamente, che gli altri ritengano che *si* debba fare A in S – sul funzionamento della consuetudine può essere resa mediante una condizione ulteriore rispetto a C2. Questa condizione è, per l'appunto, CD2, opportunamente riformulata:

(CD2*) ciascuno dei membri di G fa A in S e ritiene di dover fare A in S (ossia, C1 e C2 sono soddisfatte) *perché* (nel senso rilevante: razionalizzazione) gli altri membri di G fanno, o hanno fatto, A in S, e *ritengono che si debba fare A in S*. Ossia: per ciascuno dei membri di G il fatto che gli altri membri di G facciano, o abbiano fatto, A in S, e

ritengano che si debba fare A in S, è una ragione per fare A in S, e per concludere di dover fare A in S.

Questa nuova versione di CD2 chiama in causa la versione alternativa, in termini impersonali, di C2 (“Ciascuno ritiene che si debba fare A in S”). Ma se, come pare opportuno, si costruisce questa versione di C2 in modo tale che essa implichi la versione privilegiata (vedi *supra*, sub (5), (b)), non molto dipende da questa alternativa. Non è difficile immaginare meccanismi in virtù dei quali il fatto che gli altri ritengano che si debba fare A in S induce ciascuno a ritenere che si debba fare A in S²⁷.

(b) In una consuetudine⁴ l'*opinio* altrui figura (in CD2) come parte della ragione per la quale ciascuno fa A in S, e opina di dover fare A in S. Ma, si dirà, come fanno i membri di G a sapere che cosa opinano gli altri? Non sono certo nella loro testa.

La difficoltà riguarda, in generale, l'accertamento dell'*opinio*, sia da parte degli altri soggetti della consuetudine, sia da parte di coloro che osservano ciò che accade, e si chiedono se sono o no in presenza di una consuetudine, o in generale di una regola sociale (vedi *supra*, 1.3). (Riguarda, dunque, anche i fenomeni isolati sopra mediante Df2 e Df3b.) L'*opinio* è uno stato mentale. Come facciamo a sapere che gli individui che stiamo osservando soddisfano C2?

Semplice: perché *parlano*, o in altro modo esprimono i loro atteggiamenti. Scopriamo che C2 è soddisfatta, che c'è l'*opinio*, allo stesso modo in cui scopriamo che gli altri pensano qualsiasi altra cosa.

Si dice talvolta: la tesi secondo cui fra le condizioni di esistenza di una consuetudine figura la presenza di uno stato

²⁷ Cfr. per alcuni esempi ELSTER 2007, cap. 23 (uno di questi meccanismi, particolarmente importante, è la riduzione della dissonanza cognitiva).

mentale è problematica, perché gli stati mentali non sono empiricamente osservabili. Ciò che è empiricamente osservabile è (solo) il comportamento esteriore. Dunque, C2 non è ricevibile.

Non si capisce in quale mondo viva chi solleva questa obiezione. Siamo ininterrottamente circondati di comportamenti “esteriori” che sono la manifestazione di stati “interiori”: comportamenti *linguistici*, o in generale espressivi (smorfie, gesti, espressioni del viso, atteggiamenti del corpo...). Socializzazione e acculturazione comprendono – o forse semplicemente *sono* – lo sviluppo della capacità di comprendere, ed emettere, messaggi: la capacità di comunicare. Ancora una volta (vedi *supra*, *sub* (2)), nulla garantisce che ci riusciremo; equivoci, fraintendimenti, svarioni, sono possibili, e frequenti. Non ci sono algoritmi che consentano di decodificare i messaggi altrui. (E ciò vale, si badi bene, dell’attribuzione di un senso purchessia a un qualsiasi dato empiricamente osservabile.)

Della consuetudine, insomma, fanno parte comportamenti linguistici, o in generale espressivi; per dirla con Hart, critiche nei confronti di chi devia, e richieste di conformità nei confronti di chi minaccia di deviare²⁸; in generale, manifestazioni di approvazione o disapprovazione nei confronti di chi fa, o non fa, A in S. Tutta una ricca trama di discorsi, espressioni, segni, che costituisce la manifestazione, empiricamente osservabile (se mai qualcosa lo è), dell’elemento psicologico. La consuetudine è chiacchierona²⁹.

²⁸ HART 1961, 54-56.

²⁹ E la chiacchiera (*negative gossip*) è essa stessa una delle possibili sanzioni di regole consuetudinarie (ELICKSON 1991). La questione cambia se ciò che colui che solleva l’obiezione ha in mente è l’accertamento, da parte di un soggetto lontano dalla pratica consuetudinaria – né un partecipante, né un osservatore – della sussistenza dell’*opinio*.

(19) Può accadere che una consuetudine⁴, che è una *regola* consuetudinaria, venga ad esistenza *in virtù di* una consuetudine-regolarità (ho introdotto questa idea sopra, *sub* (4)): il fatto che tutti regolarmente facciano o abbiano fatto A in S è per ciascuno, sotto l'assunto che si debba fare ciò che tutti hanno sempre fatto, una ragione per fare A in S (cioè: ciò che consente, a ciascuno, di trarre la conclusione "Devo fare A in S", sul filo di un ragionamento del tipo (A)).

(20) Parlando, a proposito della consuetudine⁴, di concezione "normativa" della consuetudine, non intendo suggerire che una consuetudine⁴ sia, come tale, una norma vincolante per chicchessia. La conclusione normativa ("Devo fare A in S") segue solo per chi assume che "Ci si deve comportare così come gli altri si sono sempre comportati". (Questa è, in effetti, una specificazione dell'osservazione (8), vedi *supra*.)

1.6.2. *Condizione di dipendenza e ricerca dell'approvazione altrui*

Si considerino ancora CD2, o CD2*. Che cosa può spiegare il fatto che questa condizione sia soddisfatta (quando lo è)? In altri termini, in che modo può accadere che il fatto che gli altri membri di G facciano, o abbiano fatto, A in S, e ritengano che si debba fare A in S, sia per ciascuno una ragione per concludere di dover fare A in S (e dunque fare A in S)? L'ipotesi più semplice, si diceva nel paragrafo precedente, è che ciò accada perché ciascuno assume di dover fare ciò che si è sempre fatto ("Devi fare ciò che

Per un simile soggetto (ad es., un giudice) può effettivamente essere molto difficile stabilire se l'*opinio* sussiste o no. Ma in questa ipotesi la difficoltà riguarderà, allo stesso modo, anche l'*usus*. L'antitesi interno/esterno non fa alcuna differenza.

fanno gli altri!”). Questa idea conduce alla costruzione della nozione normativa di consuetudine.

Ma ci sono anche altre possibilità. Una possibilità particolarmente importante è che CD2 sia soddisfatta perché ciascuno cerca l’approvazione degli altri – o almeno, desidera evitare il biasimo altrui. Ciascuno fa A in S, e ritiene di dover fare A in S (o che si debba fare A in S), perché ritiene che gli altri ritengono che si deve fare A in S – che, dunque, biasimerebbero chi non fa A in S – e desidera evitare il biasimo altrui³⁰.

Valgono a proposito di questa seconda forma di consuetudine⁴, oltre ovviamente alle osservazioni *sub* (1), (2), (5) (a), (6), (8), (9), (13) e (14), valide per la consuetudine⁴ in genere, le principali osservazioni già formulate, nel paragrafo precedente, riguardo alla nozione normativa di consuetudine: la (17) (*mutatis mutandis*), la (18), naturalmente, e la (20). Inoltre:

(21) anche questa è una forma di conformismo. Una forma di conformismo che può essere particolarmente seria o, se si vuole, grave. Quando ciascuno si conforma perché mosso dal desiderio di evitare il biasimo altrui, può ben accadere che nessuno sarebbe convinto che si deve fare A in S, se non fosse per l’*opinione* altrui. I membri del gruppo sono prigionieri, catturati in un cerchio magico (perché non possono uscire dalla stanza?): non riterrebbero che si deve fare A in S se non ritenessero che si deve fare A in S (ciò che spiega la loro credenza è il fatto che hanno questa credenza)³¹.

³⁰ Un caso tipico, dunque, è che una consuetudine di questo tipo sia sostenuta dall’emozione della *vergogna* provocata dalla percezione della disapprovazione altrui (ELSTER 2007, 357; cfr. anche 368, 369).

³¹ Una diversa patologia della consuetudine⁴ può essere questa: ciascuno fa A in S, pur *non* ritenendo che si debba fare A in S, perché ritiene *erroneamente* che gli altri ritengono che si deve fare A in S (un caso di

(22) Anche nel caso di questa seconda forma di consuetudine⁴ oscilliamo fra la versione privilegiata e la versione alternativa, impersonale, di C2; e fra le due versioni analoghe di CD, CD2 e CD2*. Ma, anche in questo caso, come già a proposito della nozione normativa di consuetudine (vedi *supra*, sub (18), (a)), non mi pare che molto dipenda da queste alternative (purché, si ricordi, si costruisca la versione impersonale di C2 in modo tale che essa implichi la versione privilegiata). Per questa ragione, non esamino le diverse possibilità combinatorie generate da queste due alternative. Ancora una volta, non è difficile immaginare meccanismi in virtù dei quali il fatto che gli altri ritengano che si deve fare A in S induce ciascuno a ritenere che si debba fare A in S – soprattutto quando ciascuno va a caccia dell’approvazione altrui.

(23) Può accadere che la ricerca dell’approvazione altrui sia la ragione per la quale ciascuno assume che si deve fare ciò che fanno, e ritengono si debba fare, gli altri (la norma fondamentale sulla quale poggia una consuetudine⁴ normativa; vedi *supra*, 1.6.1). In questa ipotesi, questa seconda forma di consuetudine⁴ collassa sulla prima: viene assorbita dalla nozione normativa.

1.6.3. *Concezione strategica*

1.6.3.1. *Introduzione*

L’ipotesi isolata da Df4 è il caso più semplice di costruzione di CD come espressione di un nesso di

“pluralistic ignorance”; BICCHIERI 2006, 14 s., 186; ELSTER 2007, 375-380). In questa ipotesi, si noti, C2 (o la versione impersonale di C2) non è soddisfatta. Si tratta, si potrebbe forse dire, non di un’autentica consuetudine del gruppo, ma di una contraffazione. Tutto avviene *come se* i membri del gruppo stessero seguendo una regola consuetudinaria. Ma è solo un’apparenza; in realtà, stanno facendo una certa cosa senza esserne convinti.

razionalizzazione. Che CD sia soddisfatta perché ciascuno dei membri di G assume di dover fare ciò che fanno (e ritengono di dover fare) gli altri, o perché desidera evitare il biasimo altrui, è il modo più semplice di costruire CD come una forma di interdipendenza razionale. Ma l'interazione umana è, tipicamente (non si tratta di una questione statistica, ma di ciò che è tipicamente umano), interazione *strategica*. CD può essere costruita come espressione di un nesso di razionalità strategica. In particolare, può accadere che una consuetudine sia la soluzione di un problema di interazione strategica. Mi spiego.

Una situazione di interazione strategica è una situazione caratterizzata da una “forte interdipendenza di decisioni: per decidere che cosa fare devo anticipare ciò che faranno gli altri, sapendo, però, che anche loro stanno decidendo che cosa fare sulla base di un’anticipazione della mia decisione”³². Più precisamente, definisco “problema di interazione strategica” (o “problema di decisioni interdipendenti”) una situazione di scelta, che coinvolge più agenti, e tale che (1) il risultato della scelta di ciascun agente dipende da quello che sceglieranno di fare gli altri agenti (e ciascuno degli agenti coinvolti lo sa, sa che ciascuno degli altri agenti coinvolti lo sa, e così via); (2) ciascuno, dunque, deve scegliere che cosa fare sulla base di ciò che egli si aspetta che gli altri sceglieranno di fare, sapendo però che ciascuno degli altri agenti coinvolti si trova nella stessa situazione; (3) ciascuno, dunque, nel tentativo di farsi un’idea di ciò che gli altri faranno, deve farsi un’idea di che cosa gli altri si

³² ELSTER 1989a, 55. Una situazione di questo tipo si contrappone, dunque, a situazioni nelle quali «l’ambiente, ivi incluso il comportamento degli altri, può essere considerato come un dato o, almeno, come dipendente soltanto dal mio comportamento effettivo, e non da anticipazioni a proposito di esso» (ivi).

aspettano che egli faccia, il che a sua volta implica che ciascuno debba farsi un'idea di ciò che gli altri si aspettano che egli si aspetti che loro faranno, e così via: la scelta di ciascuno dipende da quali azioni egli si aspetta che l'altro si aspetti che egli si aspetti che l'altro si aspetti (e così via) che verranno compiute; (4) nella deliberazione, dunque, ciascun agente deve cercare di replicare la deliberazione degli altri agenti, il che a sua volta implica che egli cerchi di replicare il tentativo altrui di replicare la propria deliberazione, il tentativo altrui di replicare il proprio tentativo di replicare la deliberazione altrui, e così via³³.

In una situazione di interazione strategica, dunque, la scelta di ciascun agente è intrecciata con le scelte degli altri agenti. L'esito della scelta di ciascuno condiziona, e al tempo stesso è condizionato, dall'esito delle scelte altrui; e ciò è, fra gli agenti coinvolti, di pubblico dominio (o, come si suole

³³ Si consideri, a titolo di esempio, un calcio di rigore. Da quale lato tirare, verso destra o verso sinistra? Da quale lato Tizio deciderà di tirare dipende da dove egli si aspetta che il portiere si dirigerà (Tizio tirerà verso destra, se si aspetta che il portiere si dirigerà verso sinistra, e viceversa). Il portiere, però si trova nella stessa situazione (andrà a destra, se si aspetta che Tizio tirerà verso destra, a sinistra se si aspetta che Tizio tirerà verso sinistra), e Tizio lo sa. Dunque, Tizio deciderà se tirare verso destra o verso sinistra sulla base di dove egli si aspetta che il portiere si aspetti che lui, Tizio, tirerà (verso destra, se si aspetta che il portiere si aspetti che egli tirerà verso sinistra; verso sinistra, se si aspetta che il portiere si aspetti che egli tirerà verso destra). Ma il portiere lo sa, e Tizio sa che il portiere lo sa. Dunque, Tizio deciderà se tirare verso destra o verso sinistra sulla base di dove egli si aspetta che il portiere si aspetti che lui, Tizio, si aspetti che il portiere si diriga (verso destra, se egli si aspetta che il portiere si aspetti che egli si aspetti che il portiere si diriga verso sinistra, e viceversa). E così via.

dire, è “conoscenza comune” fra loro)³⁴. Perciò, non soltanto il risultato della sua scelta, ma la scelta medesima dipende, per ciascuno, dalle (sue aspettative circa le) scelte altrui.

I problemi di interazione strategica sono l’oggetto di una particolare disciplina, la “teoria dei giochi”³⁵. La teoria dei giochi è una teoria matematica, della quale fanno largo uso gli economisti, i biologi, i sociologi e gli studiosi di filosofia e teoria politica contemporanei. Naturalmente, non è qui possibile, né sarebbe necessario, entrare nel merito delle indagini, estremamente sofisticate, sviluppate nell’ambito della teoria dei giochi. Ma è possibile sfruttare in modo

³⁴ Che ciascuno degli agenti coinvolti sappia che l’esito della propria scelta dipende dalla scelta altrui, sappia che anche gli altri lo sanno, ecc., è di importanza cruciale. La nozione di problema di interazione strategica comprende, come suo elemento costitutivo, la nozione di conoscenza comune, così definita:

Il fatto che p è conoscenza comune fra i membri di un gruppo G se e solo se ciascuno dei membri di G :

(1) sa che p ;

(2) sa che ciascuno dei membri di G sa che p ;

(3) sa che ciascuno dei membri di G sa che ciascuno dei membri di G sa che p ,

e così via indefinitamente.

I problemi concettuali inerenti alla nozione di conoscenza comune, così, definita, sono enormi, e di estrema complessità (cfr. per alcuni accenni, e qualche riferimento alla letteratura, CELANO 2013, 130, n. 17). Ma, per non complicare ulteriormente le cose, prescindere qui da queste difficoltà.

³⁵ La teoria dei giochi è, scrive ELSTER (1983, 13) «a tool – indeed, [...] *the tool* – for the simultaneous handling of three sets of interdependencies that pervade social life»: (1) «the reward of each depends on the reward of all, through envy, altruism etc.»; (2) «the reward of each depends on the action of all, through general social causality»; (3) «the action of each depends on the action of all, by strategic reasoning»; «the last is the specific contribution of game theory».

informale e intuitivo alcune delle acquisizioni della teoria, allo scopo di isolare una nuova nozione di consuetudine – o meglio, una nuova famiglia di nozioni.

Distinguiamo due tipi di problemi di interazione strategica, che chiamerò, rispettivamente, “problemi di coordinazione” e “problemi di *fair play*”.

1.6.3.2. *Problemi di coordinazione*

Un problema di coordinazione è una situazione di interazione strategica nella quale “più agenti cercano di conseguire una uniformità di azione facendo, ciascuno di loro, qualsiasi cosa facciano gli altri”³⁶. Un esempio può essere d’aiuto.

Supponiamo che due (o più) individui si trovino nella situazione seguente: (a) ciascuno dei due desidera incontrare l’altro; (b) ci sono due luoghi, e due soltanto, L1 e L2, in cui è possibile che i due si incontrino; (c) per ciascuno dei due è indifferente se recarsi in L1 o in L2, purché, ovunque decida di andare, incontri l’altro; (d) ciascuno dei due sa che queste quattro condizioni, (a) - (d), sono soddisfatte, sa che l’altro lo sa, e così via (conoscenza comune)³⁷. La matrice che segue illustra il problema appena descritto³⁸:

³⁶ LEWIS 1969, 12. Questa è solo una definizione approssimativa. Cfr. per una formulazione più precisa *Ibid.*, 24: i problemi di coordinazione sono «situations of interdependent decision by two or more agents in which coincidence of interests predominates, and there are two or more proper coordination equilibria». In teoria dei giochi un equilibrio è, grosso modo, un insieme di strategie (scelte) tali che ciascuna di esse è, per l’agente che la adotta, la migliore risposta possibile alle strategie degli altri agenti coinvolti (o comunque non è peggiore rispetto a nessuna delle altre scelte disponibili).

³⁷ Un altro esempio: il problema se tenere la destra o la sinistra nella guida (in un mondo ipotetico, nel quale non sia in vigore alcuna regolamentazione giuridica, sostenuta da sanzioni, che impone l’una o

		Tizio	
		A	B

A		1	0
Caio	1	0	

B		0	1
	0	1	

Ciascuno degli agenti coinvolti deve decidere se fare A (recarsi in L1) o fare B (recarsi in L2). Un “equilibrio di coordinazione” è un insieme di strategie tale che nessuno degli agenti, date le scelte altrui, avrebbe potuto fare meglio scegliendo una strategia diversa. In questo senso, un equilibrio di coordinazione è la

l'altra linea di condotta): per ciascun automobilista è indifferente, o quasi, se tenere la destra oppure la sinistra; ciò che più gli interessa è evitare incidenti, e dunque tenere la destra se tutti gli altri tengono la destra, o la sinistra se tutti gli altri tengono la sinistra.

³⁸ A e B sono le azioni disponibili ai due agenti coinvolti (ad es., “recarsi in L1” e “recarsi in L2”); Tizio deve scegliere una delle due colonne verticali, Caio una delle due righe orizzontali. Ciascun riquadro corrisponde a una coppia di azioni, scelte rispettivamente da Tizio e Caio (una coppia di strategie); in ciascun riquadro, il numero in alto a destra rappresenta il ricavo di Tizio, il numero in basso a sinistra il ricavo di Caio (quando scelgono la coppia di strategie corrispondente al riquadro medesimo).

soluzione di un problema di interazione strategica di questo tipo. Nel nostro esempio, sono equilibri di coordinazione le due coppie di strategie [A, A] (cioè: entrambi si recano in L1) e [B, B] (entrambi si recano in L2).

Si noti: in una situazione di questo tipo, nessuno degli agenti coinvolti è esposto alla tentazione di sfruttare l'impegno altrui nella coordinazione, astenendosi dal cooperare e lasciando che siano gli altri a farlo (nessuno dei due ha interesse a che l'altro si rechi in L1, per poter poi andare in L2, o viceversa). Ciascuno preferisce, se gli altri optano per una certa linea d'azione congiunta, prendere anch'egli parte all'azione congiunta (impegnarsi, cioè, nella partecipazione all'attività coordinata); e ciò costituisce conoscenza comune fra gli agenti coinvolti. In altri termini, fra gli agenti coinvolti sussiste una piena coincidenza di interessi (e gli agenti medesimi lo sanno, sanno che lo sanno, ecc.). Il problema – reciprocamente noto – non è “Cooperare o no?”, ma “In che modo possiamo coordinare le nostre azioni?”. Nel caso di un problema di questo tipo, dunque, la coordinazione è problematica non perché gli agenti coinvolti siano egoisti, o disposti a sfruttare l'impegno altrui, ma perché vi sono due o più soluzioni possibili del problema medesimo (due o più equilibri di coordinazione), e ciò costituisce conoscenza comune fra gli agenti coinvolti.

È possibile risolvere un problema di coordinazione? È possibile, cioè, che due o più agenti coinvolti in un problema del tipo in esame convergano, grazie a una scelta razionale, consapevole e deliberata (non, dunque, casualmente), su un equilibrio di coordinazione? E, se sì, in che modo?

Supponiamo che gli individui coinvolti siano in grado di comunicare gli uni con gli altri. In questo caso, il problema sarà facilmente risolto: basterà che i due si mettano d'accordo sul luogo nel quale incontrarsi³⁹.

³⁹ Si noti: “mettersi d'accordo”, in una situazione di questo tipo,

Supponiamo, però, che i due non possano comunicare. In questo caso, risolvere il problema sarà più difficile. Infatti: (a) Tizio preferisce andare dove si aspetta che vada Caio; (b) dunque, per decidere dove andare, se in L1 o in L2, deve farsi un'idea di dove deciderà di andare Caio; (c) ma Caio si trova nella stessa situazione, e Tizio lo sa; (d) dunque, per decidere dove andare Tizio deve farsi un'idea di che cosa Caio si aspetta che lui, Tizio, deciderà di fare; (e) ma Tizio, per l'appunto, preferisce andare dove si aspetta che vada Caio, Caio lo sa, e Tizio sa che Caio lo sa; (f) dunque, per decidere dove andare Tizio deve farsi un'idea di che cosa Caio si aspetta che lui, Tizio, si aspetta che Caio deciderà di fare... E così via all'infinito⁴⁰. Quando la comunicazione non è possibile, o non è agevole, o non si è sicuri della sua buona riuscita, la soluzione di un problema di coordinazione non è facile, e non è detto che sia possibile⁴¹.

significa, banalmente, *dirsi* che ci si incontrerà in un certo luogo piuttosto che in un altro. In ipotesi, infatti, nessuno dei due ha interesse a raggirare l'altro, facendogli credere che andrà in L1 per poi recarsi, invece, in L2, o viceversa (e ciò è conoscenza comune fra loro).

⁴⁰ Un altro esempio: una variante del gioco "calcio di rigore", nella quale, a differenza di quanto accade in un'ordinaria partita di calcio, colui che calcia la palla e il portiere vincono entrambi, se il portiere riesce a parare il tiro; perdono entrambi, se la palla va in rete. Nell'ipotesi che sia loro possibile comunicare, i due potranno facilmente coordinare le proprie azioni ("Tirerò a destra"; "Ok"). Ma, nell'ipotesi che sia loro impossibile comunicare, i due si troveranno di fronte a un problema altrettanto spinoso quanto quello presentato da un normale calcio di rigore.

⁴¹ Si noti: la difficoltà di risoluzione non deriva da scarsa intelligenza. Quando le condizioni specificate sono soddisfatte, saranno proprio agenti razionali a correre il rischio di restare paralizzati.

Quando la comunicazione è preclusa o inaffidabile, dunque, la coordinazione è difficile. Se Tizio e Caio non possono comunicare, non sapranno come fare a incontrarsi.

Ma supponiamo che vi sia un precedente, che sia fra loro conoscenza comune. O, meglio ancora, una serie, magari molto lunga, di precedenti (ad es., la volta precedente, o le volte precedenti, ci si è incontrati in L1, o nel luogo, talvolta L1, talaltra L2, più vicino alla casa di chi, in quella occasione, ha proposto di incontrarsi)⁴²: un insieme di casi passati simili, sotto gli aspetti rilevanti, al problema da risolvere, nei quali il problema è stato risolto in un certo modo (cioè, è stato selezionato un particolare equilibrio fra quelli disponibili). E supponiamo che l'esistenza di questo insieme di precedenti sia conoscenza comune fra Tizio e Caio⁴³. In questo caso,

⁴² Non è necessario che gli individui coinvolti nei casi precedenti siano gli stessi, Tizio e Caio. Può trattarsi di una diversa coppia di individui, o di una serie di coppie simili sotto gli aspetti rilevanti (quali, cioè? Si veda la nota successiva). Può andare bene anche un precedente mitico – purché sia conoscenza comune fra Tizio e Caio.

⁴³ Quando un caso passato è simile al caso presente *sotto gli aspetti rilevanti* (è, cioè, un precedente)? Non c'è un algoritmo che consenta di rispondere a questa domanda. Naturalmente, è necessario che la matrice del gioco sia identica. Ma, a parte questo, il caso presente e i casi passati presenteranno, necessariamente, delle differenze. Quando queste differenze saranno da giudicare irrilevanti, e quando, invece, sufficientemente profonde da rendere arbitraria l'adozione, nel caso presente, della strategia adottata in passato? La risposta a questa domanda sarà, volta per volta, una questione, spesso controvertibile, di buon senso. Come sempre, in caso di analogia, procediamo per tentativi ed errori. Forse anche in passato l'alternativa è stata fra l'incontrarsi alla stazione (L1) e l'incontrarsi all'aeroporto (L2), ma in un'altra città. O forse in passato gli agenti coinvolti non sono stati Tizio e Caio, ma Filano e Martino (ma il caso è conoscenza comune fra Tizio e Caio). Si tratta di dissomiglianze sufficientemente profonde

ciascuno di loro potrà ragionevolmente aspettarsi che l'altro adotti la stessa strategia adottata in passato, poiché potrà ragionevolmente aspettarsi che l'altro altrettanto ragionevolmente si aspetti che lui sceglierà questa strategia, e così via. E questo perché il fatto che in passato sia stato selezionato un certo equilibrio di coordinazione fra quelli disponibili, purché sia conoscenza comune fra loro, rende quell'equilibrio saliente ai loro occhi: fa di esso un "punto focale", sul quale potranno ragionevolmente convergere. E, possiamo ulteriormente supporre, in passato la coordinazione è stata conseguita per la stessa ragione.

Insomma, grazie al precedente – purché sia conoscenza comune fra loro – Tizio e Caio sapranno dove incontrarsi: si cristallizzerà ("precipiterà"), fra loro, un insieme di aspettative reciproche concordanti, di più livelli (aspettative sul comportamento altrui, sulle aspettative altrui, sulle aspettative altrui circa le proprie aspettative, e così via), tale da identificare un particolare equilibrio di coordinazione (una particolare coppia di strategie) come l'equilibrio sul quale convergere. In generale, può accadere che un precedente, o una serie di precedenti, consentano, ad agenti razionali, di risolvere problemi di coordinazione. Il precedente rende infatti saliente, percepibile a tutti (mette sotto gli occhi di tutti), uno fra i diversi equilibri di coordinazione disponibili. E ciò, se è conoscenza comune, giustifica l'aspettativa, da parte di ciascuno, che, quando si presenteranno le circostanze rilevanti, gli altri faranno la propria parte in quel

da rendere ingiustificata, nel caso presente, la scelta della stessa strategia adottata in passato? E quali scelte, ora, costituiscono *la stessa* strategia? Non c'è alcuna garanzia che Tizio e Caio (in ipotesi, decisori razionali), ora, pervengano alla stessa risposta a questi interrogativi: che entrambi vedano quanto è accaduto in passato come un precedente, e traggano la medesima conclusione su come agire adesso.

particolare equilibrio (piuttosto che in uno qualsiasi degli altri equilibri disponibili), l'aspettativa che gli altri si aspettino che ciascuno farà la propria parte in quell'equilibrio, ecc. Per questa ragione, ciascuno fa la propria parte in quell'equilibrio, confermando, così, l'aspettativa. In questo modo, si producono nuovi precedenti, che potranno svolgere lo stesso ruolo.

Questa è una (nuova nozione di) consuetudine:

(Df5) dato un gruppo sociale *G*, un certo tipo di azione *A*, e un certo tipo di situazione ricorrente *S*, esiste una consuetudine in *G* se e solo se:

(C1) i membri di *G* fanno *A* in *S*;

(C2*) ciascuno dei membri di *G* preferisce fare *A* in *S*;

(CD3) ciascuno dei membri di *G* fa *A* in *S* e preferisce fare *A* in *S* (ossia, C1 e C2* sono soddisfatte) *perché* (nel senso rilevante: razionalizzazione) (a) *S* è un problema di coordinazione ricorrente; (b) fare *A* in *S* è uno fra gli equilibri di coordinazione alternativi disponibili (dunque, ciascuno preferisce fare *A* in *S* a condizione che gli altri facciano *A* in *S*); (c) ciascuno si aspetta che gli altri facciano *A* in *S*.

(C3) Che le condizioni C1 - CD3 siano soddisfatte è conoscenza comune in *G* (e precisamente per questo ciascuno si aspetta che gli altri facciano *A* in *S*).

Questo è il fenomeno che D. Lewis, pioniere e maestro di questo stile di analisi, chiama "convenzione"⁴⁴. Una consuetudine⁵ è, potremmo dire, una "consuetudine-convenzione". Anche "convenzione", dal canto suo, è un termine ambiguo,

⁴⁴ LEWIS 1969. Una teoria recente della convenzione, imperniata su CD (costruita in un particolare modo, che possiamo qui tralasciare), è quella di MARMOR 2009.

ed è possibile plasmare più nozioni di convenzione⁴⁵. Alcune di queste nozioni sono anche nozioni, più o meno focali, di consuetudine; i campi semantici dei due vocaboli si sovrappongono parzialmente⁴⁶. Ma non per questo la qualificazione della consuetudine⁵ come “consuetudine-convenzione” non aggiunge nulla (come se si dicesse “consuetudine-consuetudine”). “Convenzione” veicola due idee, generiche ma non vacue: l’idea di un accordo e l’idea di una certa arbitrarietà (ci sono alternative che, in qualche senso e grosso modo, sono altrettanto buone)⁴⁷. E queste sono, per l’appunto, caratteristiche centrali della consuetudine⁵: (1) ciascuno degli agenti coinvolti si aspetta che l’altro faccia A in S, perché si aspetta che l’altro si aspetti che lui faccia A in S (e così via), e preferisce fare A in S a condizione che l’altro faccia A in S (e ciò è conoscenza comune fra loro). Se questo non è essere d’accordo, non so cosa mai possa esserlo. (2) Una consuetudine⁵ è, per definizione, la

⁴⁵ L’ambiguità più significativa è quella fra “convenzione” come accordo consapevole, deliberato ed esplicito, e “convenzione” come adattamento reciproco della condotta di una pluralità di individui, spontaneo e tacito, in vista di uno scopo condiviso (i rematori di Hume). Elemento comune è l’idea, generica, di un *accordo* di qualche tipo, e di una certa arbitrarietà (vedi *infra*).

⁴⁶ Si consideri il fenomeno delle “regole sociali” (Df2; vedi *supra*, 1.3). Si può certo, anche in questo caso, parlare – in un senso alquanto sbiadito, e non molto informativo – di “convenzioni” sociali. Si consideri, poi, la consuetudine⁴ (versione normativa): anche in questo caso può essere appropriato parlare di “convenzioni”.

⁴⁷ Che l’idea di arbitrarietà sia uno degli elementi costitutivi della nozione di convenzione è rilevato da Lewis. Cfr. più di recente MARMOR 2009 e, per la caratterizzazione fra parentesi, RESCORLA 2011, par. 1.2. Per una disamina accurata (che non è qui possibile discutere punto per punto) delle “condizioni di convenzionalità” cfr. ARENA 2011, cap. 2.

convergenza di una pluralità di individui su uno fra più equilibri di coordinazione disponibili. Ciascuno, se gli altri facessero la propria parte in un equilibrio diverso da quello effettivamente scelto, sceglierebbe di fare la propria parte in quel diverso equilibrio (se Caio andasse in L2 anziché L1, anche Tizio preferirebbe andare in L2; arbitrarietà).

Valgono, relativamente alla consuetudine5, le osservazioni (1), (2), (13) (vedi *infra*, sub (25)), (14) e, *mutatis mutandis*, (18) (b). Ulteriori osservazioni:

(24) C2* differisce da C2 sotto un aspetto molto importante: è assente la nozione di “dovere”. Una consuetudine5 non è una norma: nella sua definizione non figura, né in discorso diretto né in discorso indiretto (ossia, come parte del contenuto dell’*opinio*), alcuna qualificazione deontica⁴⁸. (Valgono dunque, *a fortiori*, le osservazioni (8) e (20): o meglio, nel caso delle consuetudini5 la questione se siano o no norme vincolanti non si pone neppure.)

(25) Anche una consuetudine5 è come un fuoco (vedi *supra*, sub (13)): una volta acceso, date le condizioni appropriate, si perpetua da sé. Una consuetudine5 è cioè un sistema stabile di aspettative di conformità di più livelli

⁴⁸ Questo tratto delle convenzioni à la Lewis ha suscitato obiezioni. Le convenzioni, si dice, sono normative; e le deviazioni da una convenzione sono spesso oggetto di sanzioni punitive di vario genere. Questo, però, è uno di quei casi in cui (come talvolta accade a proposito della “consuetudine”; vedi *supra*, 1.1), si argomenta sulla base del presupposto, erroneo, che vi sia una sola “vera” nozione di convenzione, o che il termine “convenzione” abbia un unico significato. E, così, si finisce per impelagarsi in disaccordi soltanto verbali. Df5 cattura, e isola, una particolare nozione di convenzione, un particolare significato di “convenzione”. Il termine può essere usato – e in ciò non v’è nulla di male – anche per designare altri fenomeni; in particolare, fenomeni normativi, come ad es., regole sociali (consuetudine2) o consuetudini4.

(aspettative di comportamento, aspettative di aspettative, e così via) e preferenze condizionali di conformità, tale che le aspettative di conformità generano conformità e, viceversa, la conformità alimenta aspettative di conformità⁴⁹.

Le aspettative che sostengono una consuetudine⁵ sono, dunque, aspettative che si autoadempiono (*self-fulfilling*)⁵⁰: ciò che ci si aspetta che accada (che gli altri facciano A in S, si aspettino che gli altri facciano A in S, e così via) accade proprio perché ci si aspetta che accada. In questo senso si può affermare, con un apparente paradosso, che nel caso di una consuetudine⁵ i membri del gruppo fanno A in S perché lo hanno fatto in passato e *perché lo faranno*. È questo il senso della formulazione iniziale, apparentemente paradossale, di CD, che può aver sorpreso il lettore: “ciascuno dei membri di G fa A in S perché gli altri membri di G fanno – hanno fatto, *faranno* – A in S” (vedi *supra*, sub (3))⁵¹.

⁴⁹ LEWIS 1969, 42: «once the process gets started, we have a metastable self-perpetuating system of preferences, expectations, and actions capable of persisting indefinitely».

⁵⁰ BICCHIERI 2006, 22 s.

⁵¹ La presentazione nel testo è semplificata. In particolare, due assunti possono essere indeboliti, aprendo così lo spazio per casi meno semplici. In primo luogo, non dobbiamo necessariamente assumere che – cosa, in effetti, poco realistica – gli agenti coinvolti siano, alla lettera, *indifferenti* fra i diversi equilibri di coordinazione possibili. Può ben accadere che Tizio preferisca un incontro in L1, anziché L2, e Caio preferisca un incontro in L2, anziché L1. Finché entrambi preferiscono comunque incontrarsi, piuttosto che non incontrarsi, anche a costo di scegliere la linea d'azione meno accettata (per Tizio, andare in L2, pur di incontrarvi Caio, e così, specularmente, per Caio), la situazione, dal nostro punto di vista, non cambia. (Problemi di interazione strategica di questo tipo vengono comunemente denominati “Battaglia dei sessi”: Giorgio preferisce andare con Carla alla partita, Carla preferisce andare con Giorgio a

1.6.3.3. *Problemi di fair play*

I problemi di coordinazione sono soltanto un tipo particolare di problemi di interazione strategica. Un'altra classe molto importante di problemi di questo tipo, ampia e variegata, sono i problemi che chiamerò “problemi di *fair play*” (o come si usa dire “dilemmi sociali”, o “problemi di azione collettiva”)⁵². Il modo migliore di introdurre questa nozione consiste nell'esaminare un particolare tipo di gioco a due persone, il cosiddetto “Dilemma del prigioniero”. Eccone la matrice⁵³.

teatro, ma entrambi preferiscono trascorrere il pomeriggio insieme anche a costo di andare a teatro – Giorgio – o alla partita – Carla.) In secondo luogo, l'assunto che tutti gli elementi del gioco (linee d'azione disponibili, ordinamenti di preferenze, la razionalità delle parti) siano conoscenza comune può essere variamente indebolito, generando così casi, più o meno complessi, caratterizzati da forme diverse di asimmetria informativa, o comunque da forme diverse di informazione incompleta. Queste ipotesi hanno implicazioni molto significative in ordine alla possibilità che (e ai modi in cui può accadere che) venga ad esistenza, o continui ad esistere, una consuetudine-convenzione. È infine necessaria una terza precisazione. Quella fornita nel testo, seguendo Lewis, è una presentazione “statica” dei problemi di coordinazione, e delle consuetudini-convenzioni come soluzioni di problemi di questo tipo. Negli ultimi decenni sono stati elaborati, nell'ambito della teoria dei giochi cosiddetta “evoluzionistica” (*evolutionary game theory*), modelli “dinamici” dell'emergenza e della persistenza di una convenzione. Alcuni di questi modelli mettono capo a nozioni di convenzione molto diverse da quella di Lewis (presentata nel testo). Non è qui possibile discutere queste elaborazioni alternative (per una presentazione introduttiva cfr. RESCORLA 2011, par. 5.2).

⁵² L'espressione “dilemmi sociali” è desunta da BICCHIERI 2006.

⁵³ Il gioco deve il proprio nome alla storiella mediante la quale viene, di solito, illustrato. Due individui hanno commesso un grave crimine, e si trovano entrambi in prigione. Il giudice (un giudice alquanto

		Tizio	
		C	D
C		15	20
		15	5
Caio			
D		5	10
		20	10

Stando ai principi della teoria della scelta razionale (in particolare, il “principio di dominanza”: se una strategia fornisce un ricavo maggiore rispetto a qualsiasi altra strategia

spregiudicato, e realista) sa che hanno commesso il crimine in questione, ma non dispone delle prove necessarie per emettere una sentenza di condanna. Li convoca entrambi e dice loro che, se entrambi confesseranno il crimine commesso, saranno condannati a trenta anni di reclusione; se soltanto uno di loro confesserà, sarà liberato, mentre l’altro sarà condannato a morte; se, infine, nessuno dei due confesserà, entrambi verranno condannati, per un reato di minore gravità, a cinque anni di carcere. Che cosa faranno i prigionieri? (Nella matrice, “D”, Defezione, designa la strategia “confessare”; “C”, Cooperazione, designa la strategia “non confessare”. Per comprendere la matrice, è necessario tenere ben presente che i numeri *non* rappresentano anni di reclusione, ma ricavi: a numeri più alti corrispondono ricavi maggiori. Se facciamo riferimento alla storiella dei due prigionieri, possiamo interpretare il numero 20 come “libertà”, il 15 come “cinque anni di carcere”, il 10 come “trenta anni di carcere” e, infine, il 5 come “morte”).

disponibile, quali che siano le scelte degli altri, allora è razionale sceglierla), D è, per entrambi gli agenti, la strategia razionale. Quale che sia la strategia adottata dall'altro agente, infatti, il ricavo sarà maggiore di quello ottenuto scegliendo una diversa strategia. La coppia di strategie [D, D], però, pur essendo un equilibrio (data la scelta altrui, nessuno dei due agenti potrebbe ottenere un ricavo maggiore scegliendo diversamente), è un risultato sub-ottimale (entrambi gli agenti avrebbero potuto ottenere un ricavo maggiore, se avessero scelto la coppia di strategie [C, C]). Ciò è paradossale. Agenti razionali (nel senso abituale nella teoria della decisione standard: agenti che mirano alla massimizzazione dei propri ricavi) che incappino in un problema di interazione di questo tipo, saranno, parrebbe, incastrati: proprio perché razionali, non potranno fare altro che convergere verso un risultato inferiore a quello che avrebbero potuto ottenere agendo diversamente (ossia, irrazionalmente). Non si tratta, si badi bene, di una questione di malevolenza, o cattiveria. Da un lato, non c'è nulla che assicuri a ciascuno che l'altro non gli farà fare la fine del pollo. E, d'altro lato, se la razionalità nell'azione consiste nella massimizzazione del soddisfacimento delle proprie preferenze, sarà razionale, da parte di ciascuno, adottare la strategia dominante – che, però, conduce al risultato sub-ottimale.

Il dilemma del prigioniero è un gioco a due agenti. La sua generalizzazione al caso di una pluralità indefinita di agenti genera il cosiddetto problema del *free rider*.

(1) Ciascuno dei membri di un gruppo G preferisce la situazione in cui sussiste lo stato di cose X (ad es., che vi sia un servizio di trasporto pubblico) alla situazione in cui X non sussiste.

(2) X non si verificherà, a meno che non accada che una percentuale sufficientemente elevata dei membri di G compia l'azione A (ad es., pagare il biglietto).

(3) Ciascuno dei membri di G:

(a) preferisce la situazione in cui sussiste X, e lui non fa A, alla situazione in cui sussiste X, e lui fa A;

(b) preferisce la situazione in cui sussiste X, e lui fa A, alla situazione in cui non sussiste X, e lui non fa A;

(c) preferisce la situazione in cui non sussiste X, e lui non fa A, alla situazione in cui non sussiste X, e lui fa A⁵⁴.

Che cosa accadrà in una situazione di questo tipo? Date le proprie preferenze, ciascuno dei membri del gruppo si trova di fronte a un dilemma. Da un lato, se sceglie la linea d'azione che più preferisce (non pagare il biglietto), e se gli altri membri del gruppo si comporteranno allo stesso modo, otterrà un risultato inferiore a quello al quale mirava (servirsi del trasporto pubblico, senza pagare il biglietto), e per ottenere il quale, sia pure soltanto in parte, sarebbe stato disposto a rinunciare alla linea d'azione maggiormente preferita, ripiegando sulla sua seconda opzione (sarebbe stato disposto, cioè, a pagare il biglietto; si ricordi che ciascuno degli agenti coinvolti preferisce servirsi del trasporto pubblico, sia pure pagando il biglietto, piuttosto che trovarsi nell'impossibilità di servirsi del trasporto pubblico). D'altro lato, se sceglie la linea d'azione (pagare il biglietto) che, se seguita dagli altri, garantirebbe la realizzazione della sua seconda opzione (servirsi del trasporto pubblico, sia pure pagando il biglietto), si espone al rischio di essere sfruttato dagli altri (di pagare, cioè, i costi del trasporto pubblico anche per coloro che se ne servono senza pagare il biglietto); o, al limite, di trovarsi nella peggiore delle situazioni possibili (pagamento del biglietto e inesistenza del trasporto

⁵⁴ Un altro esempio: spegnere il telefono cellulare ogni volta che c'è lezione (ciascuno preferisce che la lezione non venga interrotta; ma vorrebbe lasciare acceso il proprio cellulare).

pubblico), finendo con l'essere lo zimbello degli altri. Il contributo alla sussistenza del sistema di trasporto pubblico che ciascuno può dare, pagando il biglietto, è trascurabile (il sistema di trasporto pubblico non cesserà di esistere se uno soltanto non paga il biglietto; né verrà ad esistenza, o continuerà a esistere, se uno soltanto lo paga). Se tutti si attengono a questa considerazione, però, non ci sarà alcun sistema di trasporto pubblico.

Ciascuno degli agenti coinvolti si trova di fronte a questo dilemma, e ciascuno di loro lo sa, sa che gli altri lo sanno, ecc. Nessuno, dunque, sa che cosa aspettarsi dagli altri: la cooperazione sembra paralizzata. Ma, si noti, in questo caso la difficoltà non sorge (come invece accade nel caso dei problemi di coordinazione) dalla disponibilità di più linee d'azione congiunta, che ciascuno dei membri del gruppo sarebbe disposto a seguire se si aspettasse che anche gli altri intendono farlo. Al contrario: il problema sorge dal fatto che ciascuno auspica che gli altri seguano una certa linea d'azione, la linea d'azione cooperativa (paghino, cioè, il biglietto), per avere a sua volta la possibilità di astenersi dal seguirla; per avere, cioè, la possibilità di astenersi dal cooperare (l'opportunità di servirsi dell'autobus, ma senza pagare il biglietto). Il problema, in breve, nasce dal fatto che ciascuno aspira a godere dei frutti della cooperazione sociale, senza sopportarne i costi (e crede che anche gli altri abbiano lo stesso atteggiamento, crede che gli altri lo credano, e così via).

In un caso di questo tipo, a differenza che nel caso di un problema di coordinazione, non sussiste affatto una piena coincidenza di interessi: gli interessi degli agenti coinvolti coincidono, ma solo in parte. Ciascuno, infatti, ha interesse a che gli altri cooperino; e sarebbe disposto a cooperare, pur di non trovarsi nella situazione in cui nessuno segue la linea d'azione cooperativa; ma, allo stesso tempo, ciascuno preferirebbe che fossero soltanto gli altri a cooperare, per

poter godere dei frutti del loro impegno senza impegnarsi personalmente nella cooperazione (ciascuno preferirebbe avere la possibilità di servirsi del trasporto pubblico, sia pure pagando il biglietto, qualora tutti gli altri si comportassero allo stesso modo; ma preferisce sopra ogni altra cosa che siano solo gli altri a pagare il biglietto, in maniera tale da potersi servire gratuitamente del trasporto pubblico). Per decidere di cooperare (pagare il biglietto) ciascuno dovrebbe avere la garanzia che anche gli altri lo faranno; ma, se avesse questa garanzia, non coopererebbe (se sapesse che gli altri pagheranno il biglietto, non lo pagherebbe). E ciascuno lo sa, sa che gli altri lo sanno, e così via. Nessuno, dunque, può fidarsi degli altri; apparentemente, ciascuno deve, se razionale, optare per la linea d'azione non cooperativa – confermando, così, le aspettative altrui, e in tal modo rafforzando le ragioni che giustificano la mancanza di fiducia reciproca. La paralisi della cooperazione sembra dunque inevitabile. È determinata, da un lato, dalla disponibilità, da parte di ciascuno, a sfruttare l'impegno altrui, lo sforzo altrui, senza dare il proprio contributo; e, d'altro lato, dalla circostanza che nessuno può fare affidamento sul fatto che gli altri non siano disposti a farlo.

Il problema del *free rider* è l'analogo del dilemma del prigioniero, relativamente a un gruppo sufficientemente numeroso di individui: un dilemma del prigioniero generalizzato. In questo caso, il paradosso corrispondente (la razionalità della non-cooperazione) prende il nome di "paradosso dell'azione collettiva". Presentano grosso modo questa struttura un gran numero di problemi della vita associata, dal pagamento delle tasse al comportamento di voto, dall'organizzazione di uno sciopero alla resistenza a un racket di estorsioni, o l'abbandono di un atteggiamento omertoso; in generale, i problemi relativi alla produzione e alla fruizione di beni pubblici. Ciò che in casi del genere è in gioco è la "correttezza", la lealtà (*fairness*) di ciascuno dei partecipanti: la

disponibilità o meno, da parte di ciascuno, a sfruttare l'impegno altrui, lo sforzo altrui, senza dare il proprio contributo (e, di conseguenza, la possibilità, per ciascuno, di fidarsi degli altri). La sua disponibilità, insomma, a sopportare i costi di quelle attività cooperative dei cui benefici desidera godere.

È possibile risolvere un problema di *fair play*? È possibile, in particolare, che agenti razionali riescano a cooperare in una situazione di interazione strategica che presenta queste caratteristiche? Ai nostri fini, sono rilevanti due ordini di considerazioni: (1) sotto particolari condizioni, la cooperazione in caso di dilemmi sociali è, in effetti, strategicamente razionale; (2) di fatto, in caso di dilemmi sociali, gli esseri umani spesso cooperano. Esaminiamole separatamente.

(1) È stato dimostrato che, sotto particolari condizioni (sulle quali non mi soffermerò qui), nel caso di dilemmi del prigioniero iterati indefinitamente (e, in generale, problemi di azione collettiva ricorrenti per un numero indefinito di volte), agenti razionali ("razionali" nel senso standard: agenti che mirano alla massimizzazione dell'utilità attesa) convergeranno su strategie cooperative⁵⁵. Si consolideranno, cioè, regolarità di azione corrispondenti alla soluzione cooperativa del dilemma, sorrette dalle aspettative appropriate (nuovamente, di più livelli) e da preferenze condizionali di conformità⁵⁶. Sotto particolari condizioni, infatti, i

⁵⁵ Cfr. per una sintesi di questi risultati, e dei loro limiti (le condizioni richieste non sono molto realistiche), ANDERSON 2000, 178-181.

⁵⁶ Sono esempi di strategie di questo tipo *Pan per focaccia* (*Tit for tat*: coopera finché il tuo partner coopera, ma tutte le volte che il tuo partner non coopera sanzionalo non cooperando a tua volta per il

ricavi derivanti da una serie indefinita di interazioni cooperative saranno maggiori di quelli che si possono ottenere approfittando, per un numero limitato di volte, dell'impegno altrui, per poi subire la "sanzione" di essere escluso dalla cooperazione. Un caso particolare è questo: se mi aspetto di interagire nuovamente, in futuro, con gli stessi soggetti (e se attribuisco un valore sufficientemente elevato ai miei ricavi futuri) avrò interesse a costruirmi una buona reputazione, o a "segnalare" di essere un partner affidabile dell'interazione; cooperare – non approfittare dell'impegno altrui e fare il *free rider* – può essere un buon modo per ottenere questo risultato⁵⁷.

Ebbene: queste regolarità strategiche – possiamo denominarle "schemi di *fairness*" – sono un nuovo tipo di consuetudini: consuetudini strategiche che sono la soluzione cooperativa di dilemmi sociali ricorrenti (che presentano particolari caratteristiche). Eccone la definizione:

(Df6) dato un gruppo sociale G, un certo tipo di azione A, e un certo tipo di situazione ricorrente S, esiste una consuetudine in G se e solo se:

(C1) i membri di G fanno A in S;

giro successivo, e riprendi a cooperare solo quando lui coopera; AXELROD 1984), o *Even up* (pareggia i conti nel medio periodo; ELLICKSON 1991).

⁵⁷ E. POSNER (2000, cap. 2) intende le norme sociali come regolarità di condotta che costituiscono equilibri in "giochi di segnalazione": conformarsi alla regolarità è un modo per costruirsi o conservarsi una buona reputazione, ossia per segnalare di essere un tipo affidabile, un partner sul quale si può contare per l'adozione di strategie cooperative in dilemmi sociali ricorrenti, presso un gruppo di individui che comunicano fra loro (in modo che possa formarsi e diffondersi, per l'appunto, la reputazione di essere partner cooperativi).

(C2*) ciascuno dei membri di G preferisce fare A in S;

(CD4) ciascuno dei membri di G fa A in S e preferisce fare A in S (ossia, C1 e C2* sono soddisfatte) *perché* (nel senso rilevante: razionalizzazione) (a) S è un problema di *fair play* ricorrente; (b) fare A in S è la soluzione cooperativa del problema in questione; (c) ciascuno preferisce fare A in S a condizione che gli altri facciano A in S; (d) ciascuno si aspetta che gli altri facciano A in S.

(C3*) Che le condizioni C1 - CD4 siano soddisfatte è conoscenza comune in G (e precisamente per questo ciascuno si aspetta che gli altri facciano A in S)⁵⁸.

Valgono, riguardo alla consuetudine⁶, le osservazioni (1), (2), (13) (e (25)), (14), (18) (b). (24).

Una consuetudine⁶, dunque, è la linea di condotta cooperativa strategicamente razionale in dilemmi sociali ricorrenti. Ma, come si è accennato, è solo sotto particolari condizioni – condizioni notevolmente restrittive, per lo più non molto realistiche – che la cooperazione in caso di dilemmi sociali è strategicamente razionale (nel senso standard: massimizzazione dell'utilità attesa). Norme di *fairness* sembrano svolgere, nell'interazione umana, un ruolo molto più pervasivo. Ed è qui che entra in gioco il secondo ordine di considerazioni.

(2) Di fatto, gruppi di esseri umani che potrebbero ritrovarsi “incastrati” in dilemmi sociali molto spesso (non sempre, non necessariamente) cooperano. Ciò è attestato da

⁵⁸ Vale anche a proposito della consuetudine⁶ la precisazione relativa alla condizione di conoscenza comune, e al suo possibile indebolimento, introdotta sopra, n. 52, a proposito della consuetudine⁵.

studi empirici sul campo⁵⁹ e da molti esperimenti di psicologia sociale⁶⁰. Di fatto, gli esseri umani spesso cooperano anche quando, secondo i principi della teoria della decisione razionale, non dovrebbero farlo: il loro comportamento e i loro atteggiamenti si conformano a norme di *fairness*.

Questa è una prospettiva molto diversa da quella dalla quale schemi di *fairness* si configurano – lo si è appena visto (le consuetudini⁶) – come l’indicazione di linee di condotta strategicamente razionali in dilemmi sociali che soddisfano particolari condizioni. Da questa nuova prospettiva, piuttosto, la *fairness* nell’interazione appare come il contenuto di vere e proprie norme di condotta (“norme di *fairness*”, appunto): vere e proprie regole sociali (vedi *supra*, 1.3), iscritte, però, in situazioni di interazione strategica, integrate da CD, e dotate di un particolare contenuto (l’indicazione di linee d’azione cooperative)⁶¹. Questa è una nuova famiglia di consuetudini: consuetudini che *corrispondono* (v. sotto) alla soluzione cooperativa di dilemmi sociali ricorrenti. Eccone una definizione approssimativa.

(Df7) Dato un gruppo sociale G, un certo tipo di azione A, e un certo tipo di situazione ricorrente S, esiste una consuetudine (una regola consuetudinaria) in G se e solo se:

⁵⁹ ELLICKSON 1991.

⁶⁰ Cfr. BICCHIERI 2006, 142-146; e, per un bilancio, ANDERSON 2000, 174-176.

⁶¹ Questa è un’accezione della locuzione “norme di *fairness*” un po’ diversa da quella corrente (cfr. BICCHIERI 2006, 214-215). Le norme di *fairness* (nel senso precisato nel testo) fondano gli atteggiamenti descritti dagli antropologi sotto il nome di “aspettative di reciprocità”. (La tesi che l’elemento psicologico della consuetudine consista in aspettative di reciprocità è stata sostenuta in LAZZARO 1983; cfr. CELANO 1995, par. 2.3.1, e GUASTINI 1998, 647.)

(C1) i membri di G fanno A in S;

(C2) ciascuno dei membri di G ritiene di dover A in S;

(CD4*) ciascuno dei membri di G fa A in S e ritiene di dover fare A in S (ossia, C1 e C2 sono soddisfatte) *perché* (nel senso rilevante: razionalizzazione) (a) S è un problema di *fair play* ricorrente; (b) fare A in S è la soluzione cooperativa del problema in questione; (c) ciascuno ritiene di dover fare A in S a condizione che gli altri facciano A in S; (d) ciascuno si aspetta che gli altri facciano A in S.

(C3**) Che le condizioni C1 - CD4* siano soddisfatte è conoscenza comune in G (e precisamente per questo ciascuno si aspetta che gli altri facciano A in S)⁶².

Questa, va sottolineato, è solo una definizione approssimativa, per una ragione sulla quale ci soffermeremo fra un momento (*sub* (26)). Valgono, a proposito delle consuetudini⁷, le osservazioni (1), (2), (5) (a) e (b) (e, *mutatis mutandis*, (18) (a)), (8) (e (20)), (9), (13) (e (25)), (14), e (18) (b).

(26) le norme di *fairness* – se sono consuetudini⁷ – non sono, propriamente, la *soluzione* di problemi di *fair play*. Piuttosto, l'adesione, da parte degli agenti, a una norma di *fairness* modifica il loro ordinamento di preferenze, facendo sì che la strategia cooperativa sia, a condizione che anche gli altri cooperino, la strategia maggiormente preferita. In questo senso, le consuetudini⁷ non risolvono dilemmi sociali; piuttosto, impediscono che questi si producano, poiché indicano agli individui la strategia che *sarebbe* la soluzione cooperativa del dilemma, se il dilemma si producesse effettivamente. (Ma, se il dilemma effettivamente insorgesse, la cooperazione sarebbe, per agenti razionali, inattuabile, a

⁶² Ancora una volta, i ricordi la precisazione relativa alla condizione di conoscenza comune, e al suo possibile indebolimento, introdotta sopra, n. 52.

meno che non si ricada nel caso precedente, quello delle consuetudini⁶.) Quando esiste una consuetudine⁷, il problema, per gli individui coinvolti, è coordinare le proprie scelte in modo da convergere effettivamente sulla strategia cooperativa. In questo senso, le consuetudini⁷ trasformano i dilemmi sociali in problemi di coordinazione⁶³.

È questa la ragione per la quale si è detto che Df⁷ è una definizione approssimativa, e che le consuetudini⁷ sono insiemi di strategie *corrispondenti* alla soluzione cooperativa di dilemmi sociali ricorrenti.

Insomma: si può, se si vuole, affermare, riguardo ai problemi di *fair play* che, se c'è una regola (una regola che indica la linea d'azione cooperativa, accettata dalle parti: una consuetudine⁷), il problema è risolto; ma, a rigore, ciò non è esatto. Se c'è una regola – se esiste una consuetudine⁷ – il problema *non c'è*. La struttura delle preferenze degli agenti coinvolti non è quella richiesta affinché si possa affermare che sussiste il problema in questione. È, piuttosto, la struttura caratteristica di (un certo tipo di) problema di coordinazione. Le norme di *fairness*, così intese, sono, in effetti, un *antidoto* nei confronti di problemi di azione collettiva che *si produrrebbero*, se esse non esistessero – precludono, anticipandola e impedendola, l'insorgenza di (alcuni) problemi di interazione strategica.

(27) Anche nel caso di Df⁷, dunque, ci troviamo di fronte a consuetudini-convenzioni. O meglio, il fenomeno *consuetudine* è, anche in questo caso, inestricabilmente intrecciato con il fenomeno *convenzione*. Grazie a una consuetudine⁷, come si è appena detto, al posto di un problema di *fair play* si produce un problema di coordinazione. E le consuetudini⁷ posseggono, in effetti, i tratti caratteristici della convenzione. Accordo: ciascuno degli agenti coinvolti si

⁶³ BICCHIERI 2006, 26 s.

aspetta che gli altri facciano A in S si aspetta che gli altri si aspettino che lui faccia A in S (e così via), e preferisce fare A in S a condizione che gli altri facciano A in S (e ciò è conoscenza comune fra loro). Arbitrarietà: la norma di *fairness* che di fatto viene ad esistenza e si consolida nel contesto di una particolare serie di interazioni (se e quando ciò accade) è una fra le diverse norme possibili. Nel caso di problemi di *fair play* ricorrenti, (con la possibile eccezione dei problemi dei quali le consuetudini⁶ sono la soluzione), infatti, le strategie cooperative disponibili sono, tipicamente, più d'una⁶⁴. Quale norma sia effettivamente selezionata dipende dalle variabili più disparate, e può essere accidentale. (Come si ricorderà – vedi *supra*, 1.6.2 –, accordo e arbitrarietà sono, per l'appunto, i due tratti tipici di una convenzione.)

(28) Alcune regole sociali, dunque, corrispondono alla soluzione cooperativa di problemi di *fair play*: consentono di evitare che problemi di questo tipo insorgano. Spesso, il mancato rispetto di regole di questo tipo è oggetto di sanzioni punitive (dalla chiacchiera sino all'ostracismo, o al linciaggio), e la minaccia di deviazioni è oggetto di pressioni e richieste di conformità. Ciò contribuisce a rendere la regola efficace. Ma la circostanza che la violazione di una norma di *fairness* possa essere oggetto di sanzioni punitive non vanifica quanto si è detto sinora riguardo alle ragioni che spingono gli individui a conformarsi (CD, nella versione rilevante: CD4*). Anche la somministrazione di sanzioni ai violatori della regola è, infatti, un problema di azione collettiva. Se tutti, o quasi tutti, i membri del gruppo dovessero essere tenuti a freno dalla probabilità di incorrere in sanzioni punitive in caso

⁶⁴ Si è già accennato (vedi *supra*, n. 57), ad es., alla differenza fra *Tit for tat* e *Even up*. Ma il ventaglio delle possibilità è ampio, soprattutto nel caso di giochi ad informazione asimmetrica o in generale incompleta (vedi *supra*, n. 52).

di deviazione, la norma non verrebbe neppure ad esistenza, o comunque cesserebbe di esistere.

(29) Si badi bene: la circostanza che le regole sociali, o alcune regole sociali, abbiano conseguenze benefiche (ad es., consentano la risoluzione di problemi di coordinazione, o di problemi di *fair play*) – che esse siano, in questo senso, utili – non spiega, di per sé, il fatto che tali regole vengano ad esistenza, o continuino ad esistere, presso un certo gruppo sociale. Una spiegazione esauriente dell'esistenza della regola richiede anche l'indicazione di un meccanismo in virtù del quale il beneficio derivante dalla conformità alla regola sostiene quest'ultima⁶⁵. (Non vogliamo essere panglossiani.) Questo meccanismo può essere, ad es., il fatto che un certo equilibrio di coordinazione sia reso saliente da una serie di precedenti, come nel caso delle consuetudini⁵, o la scelta razionale di individui che si ritroverebbero “incastrati” in un dilemma sociale ricorrente, come nel caso delle consuetudini⁶.

1.6.3.4. *Consuetudini, convenzioni*

L'interazione umana è tipicamente, si diceva (vedi *supra*, 1.6.3.1), interazione strategica. La nozione strategica di consuetudine, nelle sue diverse articolazioni (esemplificate, ma non esaurite, come vedremo nel prossimo paragrafo, da Df5, Df6 e Df7), è, direi, la nozione centrale di consuetudine. Questa famiglia di fenomeni ha valore paradigmatico: si tratta di sensi focali del termine “consuetudine”.

E, come abbiamo visto – a proposito, specificamente, delle consuetudini⁵ e delle consuetudini⁷ – quando ci spingiamo in

⁶⁵ Cfr. in proposito ELSTER 1989b, 123 e 2007, 359, 363.

questa direzione il fenomeno della consuetudine appare inestricabilmente intrecciato con la convenzione⁶⁶.

1.6.4. *La dimensione strategica generalizzata*

Possiamo, però, fare un passo ulteriore. Stando alla concezione strategica, come abbiamo appena visto, le consuetudini sono, in qualche senso, la soluzione di problemi di decisioni interdipendenti, come problemi di coordinazione e problemi di *fair play*. Ma l'interdipendenza di aspettative di conformità di più livelli, e la dipendenza dell'*opinio* – e dunque dell'azione – dalla sussistenza di insiemi di aspettative di questo tipo, non sono caratteristiche soltanto di regole sociali che sono, in qualche senso, la soluzione di problemi del genere. Si possono facilmente immaginare, e sono verosimilmente molto frequenti, regole di condotta di altro tipo che sono anch'esse sostenute da insiemi di aspettative del tipo indicato, nel senso seguente: ciascuno preferisce conformarsi a condizione che si conformino gli altri (e ciascuno lo sa, sa che gli altri lo sanno, e così via); dunque, nel decidere se conformarsi o meno, ciascuno deve farsi un'idea di ciò che si aspettano gli altri, di ciò che gli altri si aspettano che gli altri si aspettano, e così via.

In casi di questo genere, il fatto che vi sia una regola generalmente osservata, se conoscenza comune, può svolgere

⁶⁶ CELANO 1995, par. 2.4. Cfr. per alcune conferme, sul versante storico, LESAFFER 2007, 195-202, e, sul versante teorico, POSTEMA 2007. Quanto questa intreccio sia saldo è attestato anche dal fatto che CD, che qui (*sub* (3) e (10)) è stata trattata come la condizione basilare affinché si possa parlare, propriamente, di una consuetudine, può altresì, con una certa plausibilità, essere considerata come «el contenido mínimo del concepto de convención» (convenzione non basata su un accordo esplicito, consapevole e deliberato; ARENA 2011, par. 6.2.1).

il ruolo (talvolta precario, comunque defettibile) di garanzia della fondatezza delle aspettative in questione – e, dunque, una funzione di tutela dell'affidamento, da parte di ciascuno, sulle aspettative (e quindi sul comportamento) altrui. La dimensione strategica dell'azione (insiemi di aspettative interdipendenti e preferenze condizionali di conformità, ricompresi in CD) è, in questa ipotesi, una sorta di rivestimento, o esoscheletro, che ricopre e sostiene la regola.

(Df8) Dato un gruppo sociale G, un certo tipo di azione A, e un certo tipo di situazione ricorrente S, esiste una consuetudine in G se e solo se:

(C1) i membri di G fanno A in S;

(C2**) ciascuno dei membri di G: (a) preferisce fare A in S, o (b) ritiene di dover fare A in S;

(CD5) ciascuno dei membri di G fa A in S, e preferisce – o ritiene di dover – fare A in S (ossia, C1 e C2** sono soddisfatte) *perché* (nel senso rilevante: razionalizzazione) (a) si aspetta che gli altri faranno A in S; (b) preferisce – o ritiene di dover – fare A in S a condizione che lo facciano anche gli altri; (c) si aspetta che gli altri facciano A in S.

(C3***) Che le condizioni C1 - CD5 siano soddisfatte è conoscenza comune in G (e precisamente per questo ciascuno si aspetta che gli altri facciano A in S)⁶⁷.

Valgono, relativamente alla consuetudine⁸, le osservazioni (1), (2), (5) (a) e (b), (6), (8) (e (20)), (9), (13) (e (25)), (14), (17), (18) (a) e (b),

(30) C2** ricomprende in un'unica disgiunzione C2 e C2* (da quale dei due disgiunti sia soddisfatto può dipendere la risposta alla domanda se abbiamo a che fare con una

⁶⁷ Con la precisazione di cui sopra, nn.. 52, 59, 63.

regola o con una regolarità, vedi *supra*, *sub* (24)). Potremmo, volendo, esplorare disgiuntamente le due ipotesi.

(31) Ancora una volta, la conformità corrobora le aspettative di conformità, e viceversa (vedi *supra*, *sub* (13) e (25)). Anche in questo caso, le aspettative rilevanti sono aspettative che si autoadempiono.

(32) C'è una differenza di grande importanza fra le consuetudini⁸ e gli altri tipi di consuetudine appartenenti alla famiglia delle nozioni strategiche. Nel caso delle consuetudini⁵, delle consuetudini⁶ e delle consuetudini⁷, ciò che giustifica la consuetudine è il fatto che essa sia, in qualche senso, la soluzione di un problema di interazione strategica (ricorrente). Di contro, anche regole sociali che hanno una giustificazione di altro tipo, o che non ne hanno alcuna (nel senso che è solo un accidente storico che esista, presso quel gruppo e in quel momento, quella regola) possono essere consuetudini⁸. Sono molte, infatti, le regole di condotta delle quali possiamo ragionevolmente pensare che non avrebbe molto senso seguirle se non le seguissero anche gli altri, anche se non c'è alcun problema di coordinazione, o problema di *fair play*, del quale esse siano la soluzione. Si consideri, ad es., la norma che prescrive di mantenere le promesse – una norma morale, presumibilmente. O, per fare un esempio di tutt'altro tipo, la norma che prescrive il saluto, quando si incontra una persona che si conosce (non *in che modo* si debba salutare – il che è stabilito, verosimilmente, da una consuetudine-convenzione –, ma *che*, in qualche modo, si debba salutare). Queste norme, possiamo plausibilmente assumere, hanno una giustificazione che non è puramente strategica, o non lo è affatto. Eppure, in casi come questi è necessario, affinché la regola resti in vita, un insieme appropriato di aspettative reciproche concordanti di più livelli. Ma non c'è alcun "gioco", previamente identificabile, del quale queste regole sono la soluzione. Lo stesso

potrà dirsi di regole sociali del tutto casuali (nel senso precisato). Si possono facilmente immaginare degli esempi.

Nel caso delle consuetudini⁸, dunque, CD ha carattere strategico (per ciascuno, la conformità dipende da aspettative di più livelli che si autoadempiono), anche se la consuetudine non è, come tale, la soluzione di un problema di interazione strategica.

(33) Che ne è, dunque, nel caso delle consuetudini⁸, dell'intreccio fra consuetudine e convenzione, emerso nel paragrafo precedente? Non c'è una risposta a questa domanda che valga, in generale, per tutte le consuetudini⁸. In tutte le consuetudini⁸ è presente l'aspetto dell'accordo: CD, nella versione strategica. Ma le consuetudini⁸ possono non essere arbitrarie. Non vi è nulla di incoerente nel ritenere che, per ragioni morali, si debbano mantenere le promesse, e che, però, questa norma si applica solo se, in generale, anche gli altri le mantengono. O che, per quanto salutare i propri conoscenti sia un'elementare questione di civiltà, non avrebbe senso continuare a farlo in un mondo nel quale non lo facesse nessun altro.

2. Consuetudine e diritto

2.1. Consuetudine e legge

Accade talvolta, si diceva (vedi *supra*, 1.1), che le fonti giuridiche scritte – in particolare, la legge o, a volte, la costituzione (si veda, ad es., l'art. 10, I c., Cost. it., che fa riferimento alle «norme del diritto internazionale generalmente riconosciute») – facciano riferimento alla, richiamino la, o rinviino alla, consuetudine. Ebbene: a che cosa fa riferimento il diritto quando fa riferimento alla consuetudine? In particolare, nel caso di un rinvio formale («è fonte del diritto la consuetudine»; cfr. ad es. l'art. 1 delle Preleggi

al Codice civile italiano, che qualifica come fonti del diritto gli “usi”), di che cosa parliamo quando qualifichiamo la consuetudine come fonte di produzione giuridica⁶⁸?

In risposta a questo interrogativo, due considerazioni sono, mi pare, importanti.

(1) “*Consuetudine*”: una cornice. A che cosa fa riferimento la legge quando fa riferimento alla consuetudine? Credo che, nei moderni sistemi di *civil law*, codificati, non ci sia una risposta determinata a questa domanda. La legislazione, in proposito, per lo più tace. E le risposte della dottrina sono diverse, e confliggenti. Si aggirano costantemente, è vero, intorno all’idea di fondo della teoria cosiddetta bipartita – l’idea che la consuetudine consista nella congiunzione di *usus* e *opinio* (comunque vengano poi intesi questi termini) – declinandola nei modi più diversi, o mostrandone, sotto i più vari aspetti, l’inadeguatezza. Ma non c’è una tradizione dottrinale univoca consolidata. Che cosa, precisamente, la consuetudine – cui la legge rinvia – sia, è indeterminato.

In questa situazione, credo che non si possa fare altro che procedere al modo che, secondo H. Kelsen⁶⁹, è proprio in generale dell’interpretazione scientifica del diritto: delineando la “cornice” dei diversi significati possibili dell’espressione – nel nostro caso, il termine “consuetudine” – da interpretare, senza però sceglierne alcuno come il migliore o, *a fortiori*,

⁶⁸ Sull’ipotesi di rinvio formale, o mobile, alla consuetudine da parte di fonti scritte cfr. GUASTINI 1998, 651 s. 663 s. (In generale, si ha rinvio formale, o mobile, «allorché oggetto di rinvio è un’altra fonte, sicché la fattispecie di cui si tratta risulterà mutevolmente disciplinata dalle norme che di volta in volta saranno dettate da tale fonte (nel senso che, mutando le norme poste da quella fonte, muterà anche la disciplina della fattispecie in questione)», 662.)

⁶⁹ KELSEN 1960, cap. 8.

l'unico "giusto". E questo è, precisamente, ciò che ho cercato di fare nella prima parte.

È, però, necessaria una precisazione⁷⁰. Quando affermo che, in questo come in altri casi, il compito di un'interpretazione scientifica del diritto consiste nel delineare la cornice dei diversi significati possibili dell'espressione da interpretare, senza sceglierne alcuno, il termine "possibili" va inteso nel senso di *ammissibili*: i significati che si possono *ragionevolmente, sensatamente*, attribuire all'espressione in oggetto. Certo, è possibile attribuire a qualsiasi espressione, stipulativamente, qualsiasi significato (Humpty Dumpty). Ma non si tratta di questo. Né, d'altro lato, si tratta di registrare tutti i significati che di fatto vengono attribuiti, da chicchessia, a una certa espressione. Può pur sempre accadere che qualcuno prenda fischii per fiaschi. Nella cornice rientrano, ripeto, solo i significati che è *ragionevole, sensato*, attribuire all'espressione interpretata. La delimitazione della cornice è guidata da parametri normativi: la cornice comprende solo i fenomeni cui è *corretto* applicare una certa espressione⁷¹.

(2) *La consuetudine come fonte residuale*⁷². In tema di consuetudine, uno dei problemi classici della teoria del

⁷⁰ Non discuterò qui se questa precisazione sia in armonia con la teoria kelseniana dell'interpretazione scientifica, o se sia compatibile con una concezione rigorosamente realista della "cornice" dei significati possibili di un'espressione interpretanda.

⁷¹ Questo spiega perché non ha successo la strategia deflazionista consistente nel dire che la delineazione della cornice consiste nella registrazione di tutti i significati di fatto attribuiti a una certa espressione da parlanti *competenti* (o, nel caso del diritto, da giuristi competenti). Ciò è senz'altro vero. Ma solo perché l'aggettivo "competente" reintroduce, surrettiziamente, il parametro normativo che si sarebbe voluto evitare. Chi sono i parlanti competenti?

⁷² Mi limito qui a riformulare – in modo, spero, più chiaro – alcune delle conclusioni cui sono pervenuto in CELANO 1996.

diritto è quello dei caratteri differenziali della consuetudine giuridica. Che cosa fa di una consuetudine una consuetudine giuridica, distinguendola da una non giuridica?

Il tentativo di rispondere a questo interrogativo conduce a conclusioni paradossali. Se si ritiene che ciò che fa di una consuetudine una consuetudine giuridica sia la convinzione che il comportamento rilevante sia giuridicamente doveroso, si dovrà trarre la conclusione che la nascita di una consuetudine giuridica si fonda su un errore (la convinzione che esista *già* una certa norma giuridica). Se invece si ritiene che una consuetudine diventi giuridica quando viene recepita, e applicata, dagli organi dell'applicazione, si dovrà trarre la conclusione che non è possibile rendere conto in modo coerente dell'assunto, apparentemente pacifico, che il compito degli organi dell'applicazione sia quello di individuare e applicare, nei casi rilevanti, norme *giuridiche* di fonte consuetudinaria. Il concetto di consuetudine non farebbe altro che fornire una copertura ideologica a operazioni discrezionali di politica del diritto. Tutt'al più, ad essere giuridicamente rilevanti sarebbero le consuetudini *degli organi dell'applicazione*.

Non mi pare che ci sia una via d'uscita da questi paradossi. Si tratta, piuttosto, di formulare una diagnosi. Qual è l'origine di queste difficoltà?

Mi pare che, in sintesi, la risposta sia la seguente. L'idea della consuetudine come fonte del diritto ha la sua collocazione naturale in contesti storico-culturali premoderni, caratterizzati dalla non differenziazione del diritto, come un sistema normativo e istituzionale a sé stante, dai confini relativamente precisi, rispetto al costume sociale: rispetto a regole o regolarità sociali in genere. Quando le fonti scritte prendono il sopravvento, e il diritto diventa un sistema normativo e istituzionale a sé stante, relativamente differenziato rispetto ad altre sfere di disciplina dell'interazione sociale, il senso della qualificazione della consuetudine come fonte del diritto diventa progressivamente

più incerto. In particolare, *quali* consuetudini – posto che non tutte le consuetudini sociali lo sono – siano giuridiche, è indeterminato. Da qui i paradossi.

2.2. *Consuetudine e regola di riconoscimento*

Secondo H.L.A. Hart a fondamento di un sistema giuridico sviluppato c'è una “regola di riconoscimento”: una norma che specifica i criteri che una qualsiasi altra norma deve soddisfare per poter essere considerata come una norma valida nel sistema giuridico in questione⁷³.

La regola di riconoscimento è, sostiene Hart, una regola sociale. E cioè, stando alla nostra tipologia, una consuetudine⁷⁴. E, del resto, lo stesso Hart qualifica la regola di riconoscimento come una regola consuetudinaria. Ma è possibile dire qualcosa di più?

Nel *Postscript*, postumo, alla seconda edizione di *The Concept of Law* (1994), Hart sostiene che la regola di riconoscimento è una regola sociale “convenzionale”⁷⁵. Questa caratterizzazione sembra giustificare l'ascrizione di Hart al cosiddetto “convenzionalismo giuridico”: il partito di coloro che ritengono che il fondamento di un sistema giuridico sia una convenzione, o un insieme di convenzioni.

Questa interpretazione della posizione di Hart non è sbagliata. Ma è fuorviante, per la ragione seguente. Gli alfieri del convenzionalismo giuridico intendono la regola di riconoscimento come una “convenzione”, in accezioni robuste del termine “convenzione”. Fanno cioè ricorso, nel

⁷³ HART 1961, cap. 6.

⁷⁴ Si è già chiarito (vedi *supra*, sub (7)), che Df2 è, in effetti, modellata sull'analisi fornita da Hart delle condizioni di esistenza di una regola sociale.

⁷⁵ HART 1994, 255 s., 266 s.

caratterizzare la regola di riconoscimento come una convenzione, a nozioni specifiche, determinate, informative, di convenzione, o di regola convenzionale⁷⁶. Se guardiamo alla posizione di Hart, invece, ci rendiamo conto del fatto che egli utilizza il termine “convenzione” in un senso molto debole. Ciò che fa di una regola sociale una regola “convenzionale” è per lui, grosso modo, il soddisfacimento di CD⁷⁷. E, come abbiamo visto (vedi *supra*, sub (3) e (10)), CD è, precisamente, la condizione in virtù della quale si può propriamente parlare di una regola sociale come di una regola *consuetudinaria*. È vero: il fenomeno della consuetudine è inestricabilmente intrecciato, nel suo nocciolo paradigmatico, con la convenzione (vedi *supra*, 1.6.3.4). Ma non è plausibile la tesi che la regola di riconoscimento sia una consuetudine⁵, una consuetudine⁶, o una consuetudine⁷⁸. Non si vede, infatti, quali possano essere, rispettivamente, il problema di coordinazione ricorrente, o il dilemma sociale ricorrente, che la regola di riconoscimento consentirebbe di risolvere, o evitare⁷⁹. E, come pure abbiamo visto (vedi *supra*, 1.6.3.4, e (33)), sono queste le accezioni specifiche, determinate, nelle quali si può effettivamente parlare di consuetudini-convenzioni. Prescindendo da queste accezioni, qualificare una consuetudine come “convenzione” non vuol

⁷⁶ Caso paradigmatico, le convenzioni à la Lewis: le nostre consuetudini⁵ (cfr. CELANO 2003b, par. 2).

⁷⁷ HART 1994, *loc. cit.*

⁷⁸ Per quanto riguarda l'ipotesi che la regola di riconoscimento sia una consuetudine⁵ cfr. CELANO 2003b, par. 2, la letteratura ivi citata.

⁷⁹ F. ARENA (2011, cap. 7) ha sostenuto che l'identificazione delle disposizioni giuridiche da parte dei giudici è un problema di coordinazione, e che la regola di riconoscimento, nella misura in cui costituisce la soluzione di questo problema, è una consuetudine⁵. Non è possibile, qui, esaminare i suoi argomenti.

dire se non che la regola di cui si sta discorrendo soddisfa CD – eventualmente, nella sua versione strategica (il caso delle consuetudini⁸). Certamente, il fenomeno catturato da CD è di enorme importanza nell’interazione sociale, e l’universo delle regole o regolarità sociali che, semplicemente, soddisfano CD, senza però essere consuetudini⁵, consuetudini⁶, o consuetudini⁷ – nella nostra tipologia, consuetudini³, consuetudini⁴ e consuetudini⁸ –, è vastissimo. Non è *sbagliato* caratterizzare questi fenomeni come “convenzioni”. Ma si tratta di un’accezione davvero slavata del termine “convenzione” – troppo slavata, probabilmente, per le esigenze teoriche del convenzionalismo giuridico⁸⁰.

⁸⁰ Di una regola che soddisfa CD (e che non sia una consuetudine⁵), e che è giustificata o seguita soprattutto sulla base di ragioni di altro tipo, ad es. ragioni etico-politiche o religiose, e rispetto alla quale i partecipanti non sono affatto indifferenti (nella nostra tipologia, una consuetudine⁸), si può affermare che si tratta di una “convenzione”, purché il suo contenuto non sia interamente determinato dalle ragioni in questione, e vi siano alternative (parziali). Cfr. in proposito ARENA 2011 parr. 6.2.1 e 6.2.2. Se è soltanto questo ciò che si intende dire qualificando la regola di riconoscimento come una “convenzione”, allora la tesi che la regola di riconoscimento è una convenzione può sì essere vera, ma è scarsamente informativa. Non esamino qui la tesi, sostenuta da A. MARMOR (2009) e ripresa, con significative restrizioni, da F. ARENA (2011, cap. 7), che la regola di riconoscimento sia una “convenzione costitutiva” (nozione, questa, introdotta per l’apunto da Marmor). Per alcune considerazioni critiche nei confronti di questa tesi cfr. CELANO 2003b, par. 4 (la versione di Marmor della posizione convenzionalista sembra implicare la tesi, poco plausibile, che le regole di riconoscimento siano essenzialmente arbitrarie; oppure finisce per identificarsi con la tesi che esse siano CD-convenzioni – tesi, questa, che, come si argomenta nel testo, è sì condizionale, ma scarsamente informativa).

Per questa ragione, appare del tutto comprensibile la posizione di quanti rifiutano l'idea di una "svolta convenzionalista" hartiana, in nome della tesi che la regola di riconoscimento, retamente intesa, sia una consuetudine e *non* una convenzione⁸¹.

⁸¹ Cfr. ad es. GREEN 1996; DICKSON 2007. Per una decisa affermazione del carattere consuetudinario delle regole di riconoscimento hartiane cfr. SCIARAFFA 2011.

Riferimenti bibliografici

- ANDERSON E. 2000. *Beyond Homo Economicus: New Developments in Theories of Social Norms*, in «Philosophy and Public Affairs», 29, 2000, 170-200.
- ANSCOMBE G.E.M. 1957. *Intention*, Blackwell, Oxford, 2 ed. 1963.
- ARENA F.J. 2011. *El convencionalismo jurídico reformulado*, dissertazione di dottorato, corso di dottorato in “Filosofia del diritto e biotica giuridica”, ciclo XXIII, Facoltà di Giurisprudenza, Università degli studi di Genova, Genova.
- AXELROD R. 1984. *The Evolution of Cooperation*, Basic Books, New York.
- BENVENUTI L. 2008. *Prassi e consuetudine nell'ordinamento amministrativo*, in ZORZETTO 2008b, 155-174.
- BICCHIERI C. 2006. *The Grammar of Society. The Nature and Dynamics of Social Norms*, Cambridge, Cambridge University Press.
- CANALE D. 2008. *Paradossi della consuetudine giuridica*, in ZORZETTO 2008b, 109-136.
- CELANO B. 1995, *Consuetudini, convenzioni*, in COMANDUCCI P., GUASTINI R. (eds.), *Analisi e diritto 1995. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli, 35-87. Riedito in CELANO 2010, 173-232.
- CELANO B. 1996. *Consuetudine e norme sulla produzione di norme*, in COMANDUCCI P., GUASTINI R. (eds.), *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, Torino, Giappichelli, 185-214. Riedito in CELANO 2010, 233-280.
- CELANO B. 1997. *Fatti istituzionali: la teoria di J. R. Searle*, in COMANDUCCI P., GUASTINI R. (eds.), *Analisi e diritto 1997. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli, 19-54. Riedito in CELANO 2010, 15-61.
- CELANO B. 2003a. *Are Reasons for Action Beliefs?*, in L.H. MEYER, S.L. PAULSON, T.W. POGGE (eds.), *Rights, Culture,*

- and the Law. *Themes from the Legal and Political Philosophy of Joseph Raz*, Oxford, Oxford University Press, 25-43.
- CELANO B. 2003b. *La regola di riconoscimento è una convenzione?*, in REDONDO M.C. (ed.), *Il "Postscript" di H.L.A. Hart*, in «Ragion pratica», n. 21 (fascicolo monografico), 2003, 347-360. Riedito in CELANO 2010, 323-341.
- CELANO B. 2010. *Fatti istituzionali, consuetudini, convenzioni*, Aracne editrice, Roma.
- CELANO B. 2013. *Publicity and the Rule of Law*, in GREEN L., LEITER B. (eds.), *Oxford Studies in Philosophy of Law*, vol. 2, Oxford, Oxford University Press, 122-147.
- CHIASSONI P. 2008. *I buoni filosofi contro i cattivi costumi (Giurisprudenza analitica e teoria della consuetudine)*, in ZORZETTO 2008b, 63-108.
- DICKSON J. 2007. *Is the Rule of Recognition Really a Conventional Rule?*, in «Oxford Journal of Legal Studies», 27, 2007, 373-402.
- ELLICKSON R.C. 1991. *Order Without Law. How Neighbors Settle Disputes*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press.
- ELLICKSON R.C. 2001. *The Evolution of Social Norms: A Perspective from the Legal Academy*, in HECHTER, OPP (eds.) 2001, 35-75.
- ELSTER J. 1983. *Sour Grapes. Studies in the Subversion of Rationality*, Cambridge, Cambridge University Press.
- ELSTER J. 1989a. *Taming Chance: Randomization in Individual and Social Decisions*, in ELSTER, *Solomonic Judgments. Studies in the Limitations of Rationality*, Cambridge, Cambridge University Press, 36-122.
- ELSTER J. 1989b. *The Cement of Society. A Study of Social Order*, Cambridge, Cambridge University Press.
- ELSTER J. 2007. *Explaining Social Behaviour. More Nuts and Bolts for the Social Sciences*, Cambridge, Cambridge University Press.
- GREEN L. 1996. *The Concept of Law Revisited*, in «Michigan Law Review», 94, 1996, 1687-1707.

- GUASTINI R. 1998. *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, Giuffrè.
- HART H.L.A. 1961. *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press.
- HART H.L.A. 1994. *Postscript a Hart, The Concept of Law*, 2 ed., Oxford, Clarendon Press.
- HECHTER M., OPP, K.D. (eds.). 2001. *Social Norms*, New York, Russel Sage Foundation.
- KANAZAWA S., STILL M.C. 2001. *The Emergence of Marriage Norms: An Evolutionary Psychological Perspective*, in HECHTER, OPP 2001, 274-304.
- KELSEN H. 1960. *Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit*, Wien, Deuticke.
- LAZZARO G. 1983. *Reciprocità e consuetudine*, in SCARPELLI U. (ed.), *La teoria generale del diritto*, Milano, Edizioni di Comunità.
- LESAFFER R. 2007. *Siege Warfare in the Early Modern Age: A Study on the Customary Laws of War*, in PERREAU-SAUSSINE, MURPHY (eds.) 2007, 176-202.
- LEWIS D. 1969. *Convention. A Philosophical Study*, Blackwell, Oxford.
- MARMOR A. 2009. *Social Conventions. From Language to Law*, Princeton, Princeton University Press.
- PERREAU-SAUSSINE A., MURPHY J. (eds.) 2007. *The Nature of Customary Law: Philosophical, Historical and Legal Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press.
- POSNER E.A. 2000. *Law and Social Norms*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press.
- POSTEMA G.J. 2007. *Custom in International Law: A Normative Practice Account*, in PERREAU-SAUSSINE, MURPHY 2007, 279-306.
- RESCORLA M. 2011. *Convention*, in ZALTA E.N. (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring 2011 Edition)*. Disponibile in: <http://plato.stanford.edu/archives/spr2011/-entries/convention>.

- SCHAUER F. 2007. *Pitfalls in the Interpretation of Customary Law*, in PERREAU-SAUSSINE, MURPHY 2007, 17-34.
- SCIARAFFA S. 2011. *The Ineliminability of Hartian Social Rules*, «Oxford Journal of Legal Studies», 31, 2011, 603-623.
- SEARLE J.R. 1969. *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge, Cambridge University Press.
- SEARLE J.R. 1995. *The Construction of Social Reality*, Harmondsworth, Penguin.
- ZORZETTO S. 2008a. *Introduzione* a ZORZETTO 2008b, 9-40.
- ZORZETTO S. (ed.) 2008b. *La consuetudine giuridica. Teoria, storia, ambiti disciplinari*, Pisa, ETS.