

CONSUETUDINE, NORMA
DI RICONOSCIMENTO,
NORMATIVITÀ
OVVERO, DELEUZE
E IL PROBLEMA DELLA
RIPETIZIONE

DAMIANO CANALE



Consuetudine, norma di riconoscimento, normatività
Owvero, Deleuze e il problema della ripetizione

Custom, Rule of Recognition, and Normativity
Or, Deleuze and the Problem of Repetition

DAMIANO CANALE

Professore ordinario di Filosofia del diritto, Università Bocconi di Milano.
E-mail: damiano.canale@unibocconi.it

ABSTRACT

Sebbene la consuetudine giuridica sia oggi una fonte sussidiaria del diritto, il concetto di consuetudine viene implicitamente utilizzato dai giuristi per dar conto di numerosi fenomeni para-giuridici come, ad esempio, le convenzioni costituzionali, il vincolo del precedente nei sistemi di *civil law*, l'uso del diritto straniero da parte delle corti, le regole e i principi di *soft-law*. Il concetto di consuetudine viene inoltre utilizzato, in ambito filosofico-giuridico, da chi individua il fondamento del diritto in una pratica sociale, come nel caso della teoria della norma di riconoscimento di Hart. Il saggio considera innanzitutto i problemi filosofici che la concezione tradizionale della consuetudine giuridica solleva. In secondo luogo, il saggio sviluppa una concezione originale della consuetudine giuridica, che trae ispirazione dall'indagine filosofica di Gilles Deleuze sul concetto di ripetizione. In base alla concezione proposta, la consuetudine giuridica è una fonte interstiziale di diritto che modifica i contenuti e le condizioni di applicazione del diritto positivo. Il saggio fornisce infine alcuni spunti originali con riguardo al dibattito contemporaneo sulla normatività del diritto.

Although legal customs are nowadays a subsidiary source of law, the concept of custom is implicitly used by legal scholars to account for quasi-juridical phenomena such as the role of precedents in civil law systems, the use of foreign law by courts, the constitutional conventions, or the non-binding agreements, rules and principles of soft law. The same concept has been also employed in legal philosophy to characterize the social practice at the foundation of law, such in the case of Hart's theory of the rule of recognition. In this essay I first consider the problems that the traditional accounts of customary law gives rise to. Then I put forward an original account of customary law based on Gilles Deleuze's philosophical inquiry into the concept of repetition. According to the account proposed in this essay, legal custom is an interstitial source of law which modifies the content and the conditions of application of positive law. This account also provides some new insights with regard to the contemporary debate on the normativity of law.

KEYWORDS

Consuetudine giuridica, Fonti del diritto, Norma di riconoscimento, Normatività, Deleuze, Hart.

Customary Law, Sources of Law, Rule of Recognition, Normativity, Deleuze, Hart.

Consuetudine, norma di riconoscimento, normatività. Ovvero, Deleuze e il problema della ripetizione

DAMIANO CANALE

1. *Consuetudine e normatività del diritto* – 2. *Problemi aperti* – 3. *Un itinerario deleuziano* – 4. *Iterazione e ripetizione* – 4.1. *Variazione dell'opinione* – 4.2. *Variazione dell'usus* – 5. *Particolare assoluto* – 6. *Consuetudine giuridica e diritto positivo* – 7. *Consuetudine e norma di riconoscimento* – 8. *Il problema della normatività del diritto riconsiderato*.

1. *Consuetudine e normatività del diritto*

È noto come la consuetudine giuridica sia oggi una fonte sussidiaria del diritto. Fatta eccezione per l'ambito del diritto internazionale, essa svolge un ruolo del tutto marginale negli ordinamenti contemporanei, al punto che il suo studio viene ritenuto privo di interesse dalla maggior parte dei giuristi. Non di meno, la nozione di consuetudine continua a stimolare l'attenzione delle scienze giuridiche e della filosofia del diritto, il più delle volte in modo implicito o sotto mentite spoglie. Questa nozione viene implicitamente usata per spiegare fenomeni para-giuridici come le convenzioni costituzionali, il vincolo del precedente negli ordinamenti di *civil law*, l'uso persuasivo del diritto straniero nelle motivazioni delle sentenze, come pure, più in generale, quella costellazione di accordi, regole e principi – privi di efficacia giuridica ma spesso ritenuti giuridicamente rilevanti – denominati *soft-law*¹. I requisiti dell'*usus* e dell'*opinio*, così come tradizionalmente caratterizzati dalla dottrina, sembrano utili per spiegare l'origine di questi fenomeni e per dar conto del loro carattere normativo.

Ma il tema della consuetudine giuridica si presenta sotto mentite spoglie anche in taluni tentativi di individuare il fondamento degli ordinamenti giuridici. L'esempio più celebre è costituito dalla teoria hartiana della norma di riconoscimento, la quale si configura, a tutti gli effetti, come una norma consuetudinaria. Come noto, in *The Concept of Law* Hart afferma che la norma di riconoscimento consiste in una prassi sociale che individua le fonti dell'ordinamento giuridico². Più precisamente, si dà il caso di una norma di riconoscimento quando la generalità dei giudici e dei funzionari pubblici applica regolarmente una certa classe di norme (*usus*), giustificando tale comportamento mediante la considerazione che esso è dovuto poiché tali norme sono fonti del diritto (*opinio*). Per un verso, se considerata dal punto di vista di un osservatore esterno, la norma di riconoscimento serve dunque a spiegare la pratica sociale che consiste nell'individuazione del diritto da parte di giudici e funzionari; per altro verso, tale norma svolge una funzione normativa per chi partecipa alla pratica. Essa è dunque parte dell'ordinamento che serve a individuare sebbene non si possa dire né valida né invalida poiché la sua esistenza non dipende da altre norme quanto piuttosto dal comportamento qualificato di un gruppo sociale, quello composto da giudici e funzionari.

* Una prima versione di questo saggio è stata presentata in occasione del convegno "Per una teoria estetica generale del diritto e del segno", Università di Torino, 30 novembre 2015. Sono grato a Paolo Heritier, Giulio Itzcovich, Francesca Poggi, Ugo Volli e a un referee anonimo per le loro osservazioni critiche e i loro suggerimenti.

¹ Cfr. PASTORE 2003; SENDEN 2004; SOMMA 2009; WESTERMAN, HAAGE, KIRSTE, MACKOR 2018.

² HART 1994, cap. 7.

Ora, ci si potrebbe chiedere perché la nozione di consuetudine continui ad essere evocata, implicitamente o sotto mentite spoglie, per dar conto di innumerevoli fenomeni para-giuridici come pure del fondamento degli ordinamenti. Probabilmente ciò accade perché essa fornisce una traccia per rispondere a una questione centrale nel dibattito filosofico-giuridico: come possiamo spiegare la circostanza che un fatto sociale sia *action-guiding*, ovvero sia in grado di fungere da guida per i comportamenti sociali?

La nozione di consuetudine risponde a questo quesito suggerendo che un fatto sociale acquista carattere normativo se si ripete in un gruppo con una costanza tale da poter essere spiegato soltanto come l'osservanza intenzionale di una regola idonea a giustificarlo.

2. Problemi aperti

Come ho sostenuto in altra sede³, questa risposta solleva tuttavia numerosi problemi.

Con riguardo all'*usus*, ovvero sia al requisito materiale della consuetudine, la mera ripetizione generalizzata di un comportamento non è sufficiente per identificare la norma di cui tale comportamento costituirebbe l'osservanza. Come evidenzia il paradosso del seguire una regola, nella trattazione fornita da Saul Kripke, dato un comportamento qualsivoglia, generalmente tenuto dai membri di un gruppo sociale, vi saranno sempre più norme, incompatibili tra loro, in grado di spiegarlo o giustificarlo⁴. Servono dunque elementi ulteriori per determinare quale norma consuetudinaria sia generata e/o seguita da chi tiene il comportamento che si ripete. Il problema viene tradizionalmente risolto ricorrendo al requisito dell'*opinio*, vale a dire considerando gli stati psicologici (credenze, desideri, intenzioni) che motivano i membri del gruppo a tenere il medesimo comportamento. Chi lo concepisce come *opinio iuris*, ovvero sia come la credenza di agire conformemente a diritto, sembra tuttavia incorrere in circolarità: una norma consuetudinaria esiste soltanto se i membri di un gruppo sociale credono di agire conformemente a una norma consuetudinaria, col che rimangono misteriose l'origine e le caratteristiche distintive di questo tipo di norma. Se inteso invece come *opinio necessitatis*, ovvero sia come la credenza che il comportamento sia dovuto perché condizione necessaria per proteggere un interesse meritevole di tutela, l'*opinio* conduce a rappresentare la consuetudine giuridica come il rafforzamento di una regola sociale. Anche in questo caso, tuttavia, resta misterioso come tale rafforzamento possa aver luogo a prescindere dall'intervento di un'autorità giuridica che renda la regola sociale giustiziabile e coercibile, trasformandola in una norma giuridica.

Questi problemi sembrano perdere rilevanza qualora si ancori l'*opinio* a una qualche forma di intenzionalità collettiva, configurando la consuetudine, ad esempio, come una convenzione sociale. In base a questa prospettiva, l'*opinio* consisterebbe nella disposizione, da parte della generalità dei membri di un gruppo, a tenere una certa condotta a patto che gli altri facciano lo stesso. Si darebbe cioè il caso di una consuetudine quando un certo comportamento è generalmente tenuto (*usus*) perché ci si aspetta che gli altri si comportino nello stesso modo mossi dalla medesima aspettativa (*opinio*)⁵. Questa ricostruzione, tuttavia, riduce la consuetudine a una forma di coordinamento sociale i cui contenuti sono del tutto fungibili. Dato un problema di coordinazione qualsivoglia – ad esempio, tenere la destra oppure la sinistra nella circolazione stradale – è del tutto indifferente il modo in cui esso viene risolto; ciò che conta è che gli attori sociali agiscano nello stesso modo sulla base di una mutua aspettativa di reciprocità. Ma nel caso di una consuetudine giuridica, la scelta d'azione collettiva non sembra fungibile. La condotta tenuta è la

³ Per un'analisi più dettagliata dei problemi indicati in questo paragrafo mi permetto di rinviare a CANALE 2008, 109 ss.

⁴ Cfr. KRIPKE 2002.

⁵ Cfr. CELANO 1995.

condotta che *si deve* tenere in quel contesto d'azione in alternativa ad altre, anche a quelle che potrebbero svolgere una funzione equivalente, e ciò è tipicamente giustificato da ragioni di tipo prudenziale, morale, sociale, politico. Il concepire la consuetudine come una convenzione non consente cioè di cogliere il carattere normativo che siamo soliti attribuirle. Qualora si assuma questa prospettiva, il requisito dell'*opinio* si rivela dunque troppo debole, sotto-determinato rispetto al tipo di pratica che il concetto consuetudine cattura⁶.

Per superare questa difficoltà si potrebbe ritenere che il ripetersi della condotta sia motivato o giustificato da forme più ricche di intenzionalità collettiva, non riducibili alla mera aspettativa di reciprocità. L'*opinio* consisterebbe cioè nell'intenzione di compiere un'azione condivisa: i membri del gruppo tengono generalmente la medesima condotta perché la maggior parte di essi intende che il gruppo agisca così⁷. Si pensi ai casi tipici, diffusamente discussi in letteratura, del gruppo di amici che dipingono insieme una casa o del semplice passeggiare con qualcuno. Si tratta di azioni che comportano una stretta interdipendenza tra le intenzioni e i piani di azione individuali, la cui realizzazione dipende dall'agire degli altri membri del gruppo e dalla conoscenza condivisa delle condizioni alle quali ciò può accadere. In base a questa prospettiva, dunque, si darebbe il caso di una consuetudine soltanto in presenza di forme di cooperazione e di mutua responsabilità (*responsiveness*) tra gli individui la cui condotta si ripete.

A prescindere dai problemi filosofici che il concetto di intenzionalità collettiva solleva, sui quali non è possibile soffermarsi in questa sede⁸, appare evidente che la concezione appena considerata attribuisce all'*opinio* un carattere troppo forte, sovra-determinato rispetto al tipo di pratiche che stiamo considerando. Il ripetersi della condotta in cui consiste l'osservanza di una norma consuetudinaria non implica né presuppone necessariamente forme di interdipendenza, cooperazione e responsabilità reciproca tra i membri di un gruppo sociale; requisiti, questi, che sono invece richiesti ove l'intrecciarsi coordinato dei comportamenti individuali risulti determinante affinché l'agire collettivo si produca⁹. Senza contare che è del tutto implausibile ritenere che le forme "robuste" di intenzionalità e agire collettivo possano riprodursi su larga scala, coinvolgendo un'intera comunità sociale o anche solo l'insieme dei giudici e dei funzionari di un ordinamento a cui fa riferimento Hart¹⁰.

I problemi fin qui richiamati fanno della consuetudine giuridica una sorta di enigma, che nel lessico della filosofia del diritto *main stream* contemporanea non è altro che l'enigma della normatività, della capacità di un fatto sociale di fungere da guida per l'azione.

3. *Un itinerario deleuziano*

In questo saggio vorrei provare a sciogliere questo enigma interrogando una linea minore, eccentrica, della filosofia continentale contemporanea: quella tracciata da Gilles Deleuze. Deleuze è il filosofo che più di ogni altro nel secolo scorso ha indagato il concetto di ripetizione, tratto caratteristico della consuetudine, e questo mediante un gesto filosofico di rottura, teso a riconfigurare i concetti filosofici tradizionali in modo spesso paradossale, trasgressivo, provocatorio. La filosofia deleuziana si propone infatti come un'esplorazione dei presupposti del pensiero che non si

⁶ Vedi tuttavia CELANO 2014.

⁷ Cfr. SEARLE 1990, BRATMAN 1999, capp. 5-8; TOUMELA 2007, 46 ss.

⁸ Tra l'ampia letteratura sul tema, vedi BAIER 1997, VELLEMAN 1997; ZAIBERT 2003, PETERSSON 2007.

⁹ Il medesimo ordine di considerazioni può essere esteso alle posizioni filosofiche che individuano l'intenzionalità collettiva non in virtù del suo *contenuto* ma del *soggetto* a cui è imputata. È questo il caso di chi concepisce i gruppi sociali, date certe condizioni, come veri e propri "soggetti plurali", i cui membri acquistano diritti (*entitlements*) e obblighi in virtù dell'appartenenza al gruppo. Cfr. GILBERT 2006, 145 ss.

¹⁰ Si veda su questo punto BALTZER 2002; CELANO 2013.

accontenta di procedere mediante l'analisi di concetti o la ricerca del loro fondamento, comunque questo venga concepito, ma che sfocia in un atto creativo, ovvero sia nell'elaborazione di concetti nuovi¹¹.

Va dà sé che interrogare questa linea di pensiero con riguardo al nostro tema pone innumerevoli problemi. In primo luogo, negli scritti deleuziani non troviamo alcun riferimento alla consuetudine né tanto meno alla consuetudine giuridica. Più in generale, l'opera di Deleuze non offre una trattazione organica e articolata dei temi classici della filosofia del diritto. Nell'economia dell'opera di Deleuze, questa attenzione frammentaria ed episodica per il mondo del diritto può essere interpretata in diversi modi: come malcelato disprezzo nei confronti della cultura e del pensiero giuridico, come implicita riduzione del diritto ad altre manifestazioni della realtà sociale, o come mossa filosofica deliberata, tesa a mostrare come il diritto sia uno spazio vuoto, una rete di concetti e di pratiche dotate di forma ma prive di contenuto¹². Non prenderò qui posizione a favore di alcuna di queste ricostruzioni. La lettura di alcuni scritti deleuziani che proporrò in questo saggio tenterà piuttosto di prendere alla lettera l'approccio che lo stesso Deleuze dichiarò di adottare con i classici della filosofia¹³. Tenterò cioè di prendere questo autore "alle spalle", facendogli esprimere tesi che egli non ha mai espresso e giungendo deliberatamente a "tradire" il suo pensiero, ponendolo in relazione con alcuni temi e problemi dell'*analytical jurisprudence* contemporanea. Un tradimento che, nella prospettiva deleuziana, è tuttavia l'unica strada che conduce alla creazione di concetti, ovvero sia alla pratica filosofica propriamente intesa¹⁴.

Prenderò le mosse dall'ultimo libro accademico di Deleuze, *Differenza e ripetizione*, nel quale l'autore trae le fila delle sue precedenti ricerche di storia della filosofia e fornisce, per certi versi, un quadro sistematico del suo pensiero prima della svolta degli anni Settanta. Si tratta di una sistematicità che presenta un andamento del tutto *sui generis*: far convergere su alcuni snodi concettuali ricorrenti una pluralità disomogenea di temi, discipline, stili di ricerca tra loro apparentemente eterogenei, dalla filosofia al teatro, dal cinema alla letteratura, dalla psicologia alla musica e alle scienze sociali. *Differenza e ripetizione* fornisce tuttavia alcune indicazioni preziose per ripensare il concetto di consuetudine giuridica, nel tentativo di risolvere i problemi evidenziati in precedenza.

Questo itinerario ci condurrà a distinguere, sotto il profilo concettuale, la consuetudine come fonte del diritto oggettivo dalla consuetudine come prassi interstiziale di produzione giuridica, parassitaria rispetto alle fonti di diritto positivo. In secondo luogo, il percorso proposto fornirà alcuni spunti per chiarire la funzione normativa della norma di riconoscimento e per sviluppare un approccio originale al problema della normatività del diritto.

4. Iterazione e ripetizione

Abbiamo ricordato in apertura come sia opinione consolidata che la consuetudine sorga dal ripetersi qualificato di un comportamento sociale. Ma in cosa consiste la ripetizione di un comportamento?

¹¹ Cfr. DELEUZE 1996a.

¹² Cfr. LEFEBVRE 2008, 53 ss.; DE SUTTER 2011. La stessa affermazione deleuziana secondo cui "la giurisprudenza è la filosofia del diritto", sulla quale la letteratura critica si è a lungo soffermata, non costituisce, a ben vedere, una tesi filosofico-giuridica quanto piuttosto un invito rivolto a filosofo ad assumere un atteggiamento casistico nel suo lavoro, per per certi versi simile a quello del giudice e dell'avvocato. Cfr. DELEUZE 2000, 204.

¹³ La celebre "arte del ritratto", che Deleuze dichiara di adottare nella sua lettura dei classici della filosofia, consiste "[nell']arrivare alle spalle di un autore e fargli fare un figlio, che fosse suo e tuttavia fosse mostruoso", passando "attraverso ogni tipo di decentramenti, slittamenti, rotture, emissioni segrete" (DELEUZE 2000a, 15).

¹⁴ Cfr. BADIOU 2007, 73 ss.

Nel capitolo introduttivo di *Differenza e ripetizione*, Deleuze sottolinea innanzitutto cosa esso non è:

«La ripetizione non è la generalità (...). La generalità esprime il punto di vista secondo cui un termine può essere scambiato per un altro, un termine sostituisce l'altro (...). Ripetersi e comportarsi, ma rispetto a qualcosa di unico e di singolare, che non ha *simile* o *equivalente*¹⁵».

Troviamo qui un primo elemento di riflessione: secondo Deleuze la ripetizione è altro dalla generalità, intesa come ordine di equivalenze e ordine di somiglianze. Questi due ordini sono tipicamente generati dalla *legge*, qui intesa da Deleuze come legge scientifica e come legge morale. «In una totalità di simili, [la legge] pretende di isolare e selezionare fattori identici che rappresentano l'essere-uguale di un fenomeno»¹⁶; e questo a fini esplicativi (leggi scientifiche) oppure a fini normativi (leggi morali). Nel primo caso, lo scienziato, mediante il metodo sperimentale, seleziona una serie di fenomeni empirici considerati equivalenti, la cui osservazione gli consente di inferire una regola generale, utilizzata poi per prevedere fenomeni simili sotto un aspetto rilevante¹⁷. Nel secondo caso, la legge morale qualifica come moralmente doverosa una classe di comportamenti frutto della generalizzazione di condotte singolari ritenute tra loro equivalenti poiché realizzano o proteggono il medesimo bene morale; questa legge viene poi applicata a tutti i casi a questi assimilabili, ovverosia riconducibili alla classe precedentemente individuata¹⁸.

Deleuze osserva che l'ordine delle equivalenze e l'ordine delle somiglianze, impliciti in qualsiasi forma di generalizzazione, costituiscono gli aspetti definitivi non solo della legge ma anche dell'abitudine. Per identificare un'abitudine sociale, assumiamo una «conformità variabile di elementi d'azione rispetto a un modello supposto» (ordine delle somiglianze), come pure «l'uguaglianza degli elementi d'azione in situazioni diverse, dal momento che l'abitudine è assunta» (ordine delle equivalenze)¹⁹. A quale condizione – riprendendo un celebre esempio di Hart – è giustificato asserire che un gruppo di amici ha l'abitudine di andare al cinema la domenica pomeriggio? Laddove si dia il caso di una serie di comportamenti simili sotto un profilo rilevante, che ricadono dunque sotto un medesimo concetto o modello d'azione (andare al cinema la domenica pomeriggio), e tale modello venga utilizzato per qualificare comportamenti successivi come equivalenti ai primi, ovverosia come istanze del medesimo concetto.

Sorprende tuttavia che Deleuze contrapponga la ripetizione, tratto caratteristico della consuetudine, tanto alla legge scientifica e alla legge morale, quanto all'abitudine sociale. Egli afferma, in modo perentorio, che «la ripetizione è per natura trasgressione, eccezione, poiché esibisce una singolarità contro i particolari sottomessi alla legge e all'abitudine»²⁰. Si tratta di una posizione a prima vista del tutto controintuitiva²¹. Se chiudo le palpebre due volte di seguito, non sto ripetendo la medesima azione? Se osservo una persona bussare tre volte alla porta, non vedo quella persona ripetere per tre volte il medesimo atto? La considerazione da cui Deleuze sembra prendere le mosse è la seguente: sotto il profilo empirico, nulla si ripete. Ciascun fatto, atto o evento esiste al modo una singolarità eterogenea e irrelata rispetto a tutte le altre. Queste singolarità sono tuttavia dotate di un numero infinito di proprietà, le quali si intersecano in «nodi» momentanei, generici,

¹⁵ BADIOU 2007, 8.

¹⁶ BADIOU 2007, 10.

¹⁷ Cfr. SOMERS-HALL, 8 ss. Il tema della generalizzazione induttiva trova una trattazione sistematica negli scritti di Deleuze nel contesto della discussione del principio di causalità in Hume: vedi DELEUZE 2000. Sulla diffidenza di Deleuze nei confronti delle generalizzazioni, dietro le quali si nasconderebbe una forma di dialettica, vedi DE PRETO 2012, 61 ss.

¹⁸ Cfr. WILLIAMS 2003, 30; HUGES 2009, 28 ss.

¹⁹ DELEUZE 1997, 11.

²⁰ DELEUZE 1997, 12. Vedi anche DELEUZE 2000b, 71.

²¹ Questo punto è ben sottolineato da CHANG 1999, 185.

impersonali (il colore rosso di un mazzo di rose, il portare la giacca sul posto di lavoro, il bussare alla porta del vicino di casa, ecc.). Questi “nodi” si prestano ad essere cristallizzati dal nostro intelletto mediante l'utilizzo di associazioni, correlazioni, concetti, i quali operano una selezione delle proprietà rilevanti in un certo contesto d'azione, consentendo così di individuare delle regolarità quali quelle identificate dalla legge e dall'abitudine. Ma se così stanno le cose, che significato possiamo ritagliare al termine “ripetizione”? Cosa differenzia quest'ultima dalla legge e dall'abitudine? E ancora, la ripetizione è trasgressione ed eccezione rispetto a che cosa?

Pur essendo altro dalla legge e dall'abitudine, la ripetizione si manifesta a partire dalle prime secondo Deleuze: ne costituisce una variazione, una disarticolazione e riarticolazione continua. Il concetto di ripetizione cattura cioè i “nodi” nei quali convergono e si intersecano le proprietà di oggetti, fatti ed eventi singolari, conservando l'instabilità e la variazione continua di queste intersezioni rispetto a ogni loro possibile generalizzazione. Per chiarire questo punto, è utile richiamare una distinzione che svolge un ruolo chiave in *Differenza e ripetizione*, quello tra “ripetizione statica” e “ripetizione dinamica”, ovvero, utilizzando una diversa terminologia, tra *iterazione* di un comportamento e la sua *ripetizione* in senso proprio²². Così caratterizza la distinzione Deleuze:

«[L'iterazione] rinvia a uno stesso concetto, che lascia sussistere soltanto una differenza esterna tra le sue istanze, l'altra è ripetizione di una differenza interna, compresa in ciascuno dei suoi momenti²³».

Per comprendere questo passaggio è utile tornare all'esempio hartiano richiamato in precedenza. Immaginiamo un gruppo di amici che sono soliti recarsi al cinema la domenica pomeriggio. Quando nasce la regola sociale di cui questa condotta costituisce l'osservanza? Secondo Hart, sono tre i requisiti necessari: 1) il comportamento C viene tenuto regolarmente dalla generalità dei membri del gruppo G; 2) se chiediamo ai membri di G perché tengono il comportamento C, questi rispondono che stanno seguendo la regola R, la quale viene esibita come una ragione per agire che giustifica la loro condotta; 3) i membri di G assumono un atteggiamento critico-riflessivo nei confronti delle condotte dei membri di G, criticando le violazioni di R ed esercitando una pressione sociale affinché R venga osservata²⁴.

Nel lessico di Deleuze, ciò che Hart qui descrive è l'*iterazione* di un comportamento: le condotte $C_1, C_2, C_3, \dots, C_n$ compiute dai membri di G sono ricondotte al medesimo concetto (andare al cinema la domenica pomeriggio), mentre le differenze che sussistono tra le singole istanze della condotta sono “esterne” al concetto. È irrilevante che quella domenica ci fosse il *derby*, che un membro del gruppo indossasse un maglione blu e l'altro una giacca marrone, o che quel giorno la Germania abbia invaso la Polonia. Ciò che conta è che la generalità dei membri di G sia solita andare al cinema la domenica pomeriggio, che questa condotta sia generalmente giustificata invocando la regola R, e che venga esercitata una pressione sociale affinché R venga osservata. Tuttavia, la serie $C_1, C_2, C_3, \dots, C_n$ si presta a due tipi di variazione nelle quali si manifesta la ripetizione, ovvero, il variare continuo della correlazione tra ciò che accade. Consideriamo queste variazioni nel dettaglio.

4.1. *Variazione dell'opinione*

Immaginiamo di chiedere a un membro di G perché sta facendo C, e che questi anziché rispondere (come la generalità di G è solita fare) che sta andando al cinema perché prescritto da R, dica che sta sfuggendo alla noia domenicale, come sempre i membri di G hanno in realtà fatto e de-

²² Vedi su questa distinzione CROCKETT 2013, 30 ss.

²³ DELEUZE 1997, 32.

²⁴ HART 1994, 255.

vono fare. Chiamiamo questa ragione per agire R^* . Per un verso C è il *medesimo* comportamento di prima sotto il profilo empirico (consiste in una sequenza di movimenti del corpo che conducono chi agisce in un luogo prefissato) ma ne costituisce al contempo una variazione sotto il profilo intenzionale: il comportamento è ricondotto sotto un diverso concetto o modello d'azione, il quale viene utilizzato per esprimere una diversa ragione per agire (R^*).

Ora, il fatto che C venga inteso da chi agisce come l'osservanza di R^* anziché di R per un verso *riconfigura l'ordine delle azioni passate* e, per altro verso, *prefigura un nuovo ordine di azioni future*²⁵. Consideriamo il primo lato della questione. Abbiamo visto che il comportamento che i membri del gruppo sono soliti tenere viene ora ricondotto sotto un diverso concetto da chi agisce. Ne segue che talune istanze di C precedentemente incluse nella serie, perché conformi a R, potrebbero ora esserne escluse, poiché violano R^* . Si pensi al caso delle domeniche pomeriggio trascorse a vedere i film di Tarkovskij, ritenuti, dalle generalità dei membri di G, insopportabilmente noiosi. Al contempo, talune istanze precedentemente escluse dalla serie poiché violavano R, potrebbero ora essere retrospettivamente incluse in essa, poiché conformi a R^* . I membri di G che in passato, per sfuggire alla noia, sono andati al *pub* anziché al cinema, hanno in realtà tenuto il comportamento che si ripete, giustificato da R^* ²⁶. La variazione dell'*opinione*, segnalata dall'uso di R^* in sostituzione di R, produce dunque un effetto retroattivo sull'intera serie delle azioni passate. Non nel senso che le azioni passate vengono semplicemente selezionate, raggruppate o escluse dalla serie in modo differente, ma nel senso che esse istanziano proprietà delle condotte regolate che fino a quel momento non erano state ritenute rilevanti.

Consideriamo ora il secondo lato della questione, la prefigurazione dell'ordine delle azioni future. In forza di R^* , i membri di G potranno considerare giustificata la loro condotta anche se la domenica successiva non si recheranno al cinema ma faranno qualcos'altro capace di sottrarli alla noia domenicale, tenendo così un comportamento che costituisce l'osservanza di R^* ma non di R. Ovviamente, nulla vieta ai membri di G di continuare ad andare al cinema per sfuggire alla noia domenicale, ma questa condotta viene ora intesa come l'istanziamento di un diverso concetto o modello d'azione giustificato da R^* . La variazione dell'*opinione* espressa da R^* muta dunque il corso di azioni che i membri di G dovranno tenere in futuro. Si tratta tuttavia di un mutamento che viene inteso come la continuazione di una serie di azioni che hanno avuto luogo in passato. Quanto prescritto da R^* è infatti, secondo chi agisce, ciò che sempre è avvenuto e doveva avvenire anche se gli altri membri di G non lo sapevano o ritenevano diversamente.

4.2. *Variazione dell'usus*

Supponiamo che una domenica pomeriggio i membri di G, anziché recarsi in una sala cinematografica, si ritrovino a vedere un *film* a casa di un membro del gruppo che possiede un proiettore e una stanza dedicata alla visione di opere cinematografiche. Supponiamo, inoltre, che i membri di G giustificino questa condotta – che chiameremo C^* – sostenendo che stanno osservando R (“i membri di G devono andare al cinema la domenica pomeriggio”) così come da tempo immemore sono soliti fare. In questo caso non è l'*opinione* (la ragione che giustifica l'azione) a subire una variazione, quanto piuttosto la condotta tenuta, l'*usus*.

Per un verso, vedere un film a casa di un amico è un'azione che ha alcune proprietà in comune con l'andare al cinema: ha luogo in uno spazio chiuso, comporta la visione di un'opera cine-

²⁵ Sugli effetti prodotti dalla ripetizione sulla sintesi del tempo nella prospettiva Deleuze, si veda LAPOUJADE 2016, 80 ss.

²⁶ La conseguenza più immediata di questo fatto è che, se prima era giustificato rimproverare i membri del gruppo che al cinema preferivano il pub, ora non lo è più; mentre è giustificato esercitare una pressione sociale verso chi tiene comportamenti non qualificati come istanze di “sfuggire alla noia domenicale”, anche se tali comportamenti consistono nell'andare al cinema.

matografica, ecc. Per altro verso, tuttavia, C^* ha proprietà devianti rispetto ai comportamenti $C_1, C_2, C_3, \dots, C_n$ tenuti in precedenza dai membri di G : la visione ha luogo in uno spazio privato anziché in uno spazio pubblico, non comporta il pagamento di un biglietto, e via dicendo. Potremmo cioè dire che C^* è un caso *borderline* di applicazione di R : può risultare dubbio se questo comportamento cada entro l'ambito di applicazione della regola oppure no. Nel nostro esempio, tuttavia, C^* viene considerato dai membri di G come un'istanza del concetto o del modello d'azione prescritto da R (andare al cinema la domenica pomeriggio), vale a dire come l'osservanza della medesima regola utilizzata in precedenza per giustificare C . Ciò provoca una variazione dell'*usus*, vale a dire delle caratteristiche della condotta che si ripete, una variazione che comporta una riconfigurazione sia della serie delle condotte tenute in passato sia della serie delle condotte future, così come accade ove a variare sia l'*opinio*. I casi *borderline* assimilabili a C^* che si sono verificati in passato vengono inclusi retrospettivamente nella serie, mentre quelli che avranno luogo in futuro saranno immediatamente inclusi ad essa: d'ora in avanti vedere un film a casa di un membro di G costituirà a tutti gli effetti un caso chiaro di osservanza della norma consuetudinaria R che governa il comportamento dei membri di G .

5. Particolare assoluto

Le variazioni dell'*opinio* e dell'*usus* appena richiamate esemplificano ciò che contraddistingue la ripetizione nella prospettiva di Deleuze. La ripetizione non si risolve nell'istanziamento di una medesima condotta che consiste nell'osservanza della medesima regola. Si tratta piuttosto di un evento in virtù del quale la regola non cessa mai di costituirsi mediante una variazione continua del suo contenuto e dei comportamenti regolati²⁷; una variazione che finisce col riconfigurare il modo in cui ordiniamo le condotte sociali, sia con riguardo al passato sia con riguardo al futuro. Nel lessico di Deleuze, potremmo cioè dire che la ripetizione manifesta una variazione *interna* alla regola. Il variare dell'*opinio* e dell'*usus* non costituisce il risultato di un atto che ha luogo all'esterno del contesto d'azione nel quale il comportamento avviene. Si tratta piuttosto di una variazione operata dai destinatari della regola, i quali modificano quest'ultima nel mentre partecipano alla pratica che consiste nell'osservanza della regola.

Se così stanno le cose, acquistano un significato preciso le affermazioni di Deleuze secondo cui “la ripetizione è una virtualità che non cessa di attualizzarsi”, “una mutazione immanente alla realtà che la legge e l'abitudine ordinano”²⁸.

Con riguardo alla prima affermazione, abbiamo visto in precedenza che, dato un comportamento generalmente iterato, vi sono sempre più ragioni in grado di giustificarlo quale osservanza di una regola. Al contempo, data una regola che giustifica un comportamento, vi saranno sempre casi *borderline* di applicazione della regola capaci di indurre chi partecipa alla pratica a variare il contenuto della regola in quanto ragione che giustifica la sua azione²⁹. Le variazioni in cui la ripe-

²⁷ Cfr. PEARSON 1999, 77 ss.

²⁸ DELEUZE 1997, 8.

²⁹ Si potrebbe qui obiettare che i membri di G tenderanno a stabilizzare nel tempo le credenze e i desideri che individuano le proprietà rilevanti dei comportamenti che consistono nell'osservanza di R , con la conseguenza che tali comportamenti non verranno di fatto giustificati utilizzando una regola diversa da R . Al contempo, molte regole sembrerebbero non ammettere casi *borderline*, i quali dipendono dalla vaghezza, generalità, genericità del linguaggio, come pure, più in generale, dalla dipendenza contestuale dei contenuti linguistici (per una visione d'insieme di questi fenomeni vedi LUZZATI 1990, POSCHER 2012, POGGI 2013, MARMOR 2014, KEIL e POSCHER 2016). Un contesto comunicativo sufficientemente stabile e determinato – così prosegue l'argomento – conduce ad escludere, o perlomeno a rendere assai improbabile, l'insorgere di casi dubbi di applicazione di R . La ricostruzione proposta nel testo non è tuttavia incompatibile con queste considerazioni. La tesi difesa in questo saggio è che nella variazione dell'*opinio* si manifesta un mutamento dei desideri e/o delle credenze di sfondo dei partecipanti alla pratica, mentre

tizione consiste sono cioè virtuali nel senso che, anche nei casi in cui non le vediamo in atto, sono un elemento costitutivo di questo fenomeno e non possono essere eliminate. In tutti i momenti in cui si attualizzano, inoltre, esse alterano le condotte iterate o la regola che le disciplinano³⁰.

Con riguardo poi alla seconda affermazione, va da sé che le variazioni dell'*opinio* e dell'*usus* modificano la serie delle condotte conformi alla regola soltanto se a tali variazioni segue la loro iterazione entro il gruppo. Non basta che un singolo membro di G giustifichi C mediante R* oppure consideri C* come l'osservanza di R. Serve che l'uno o l'altro di questi atti individuali venga iterato dalla generalità dei membri di G. Sussiste dunque un rapporto biunivoco tra ripetizione e iterazione: non si dà il caso di ripetizione se non a partire da un'iterazione, e non vi è iterazione se non come conseguenza di una ripetizione, anche nel caso in cui di questa non sia conservata memoria. La ripetizione, infatti, si manifesta solo a partire da una generalità (una legge, un'abitudine) poiché consiste nell'alterazione dell'ordine di equivalenze e somiglianze che contraddistingue l'iterazione di un comportamento. Al contempo, la legge e l'abitudine sono necessariamente un risultato della ripetizione poiché a poter essere iterata è un'azione singolare (una singolarità) che viene generalizzata, consentendo l'individuazione di istanze simili ed equivalenti. Ciò non equivale a dire che ogni ripetizione genera l'iterazione di un comportamento ma che non è possibile che un comportamento venga iterato senza essere prima ripetuto, ovvero sia identificato nella sua singolarità quale variazione di ciò che è generale o considerato equivalente ad altro³¹. Richiamando il lessico di Deleuze, l'iterazione è cioè "prolungamento di singolarità"³², mentre la ripetizione è "una mutazione immanente alla realtà che la legge e l'abitudine ordinano"³³. Questo spiega perché Deleuze definisca la ripetizione un *particolare assoluto*. Si tratta per un verso di un fatto particolare rispetto alla generalità in cui viene ricompreso quale elemento di una serie; per altro verso, tale fatto prende congedo dalla serie, si assolutizza rispetto ad essa, poiché altera l'ordine che la costituisce provocando una sua riconfigurazione. Nella prospettiva che stiamo considerando, la consuetudine ha in altri termini un carattere "interstiziale": non può darsi il caso di una consuetudine se non come variazione della legge o dell'abitudine, come indice del loro divenire³⁴.

È importante sottolineare come questo modo di concepire la consuetudine giuridica non generi i problemi richiamati in precedenza con riferimento alla caratterizzazione tradizionale di questo concetto. Con riguardo al paradosso del seguire una regola, che mina alle fondamenta il requisito dell'*usus*, va notato che in una prospettiva deleuziana la consuetudine non trova origine nel ripe-

nella variazione dell'*usus* si manifesta un mutamento del contesto d'azione e dei comportamenti dei membri del gruppo, il quale attiva i fenomeni di indeterminatezza della regola. Tali variazioni non sono sempre in atto, altrimenti la pratica non potrebbe essere identificata. Si tratta di variazioni potenziali o, utilizzando il lessico di Deleuze, virtuali.

³⁰ "Il virtuale non si oppone al reale, ma soltanto all'attuale. *Il virtuale possiede una realtà piena in quanto virtuale (...)*. Il virtuale va anche definito come una parte integrante dell'oggetto reale – come se l'oggetto avesse una parte virtuale, e vi si immergesse come in una dimensione oggettiva" (DELEUZE 1997, 336). Su concetto di virtuale in Deleuze vedi ZOURABICHVILI 2012, 83 ss.; WILLIAMS 2003, 11 ss.

³¹ Si potrebbe qui obiettare che mentre non può darsi il caso di ripetizione (nel senso di Deleuze) senza previa iterazione, l'iterazione di un comportamento non è necessariamente preceduta dalla ripetizione, ovvero sia dalla variazione di una regola o della classe di comportamenti che di una regola istanziano l'osservanza. Possiamo cioè immaginare comportamenti iterati *tout court*, indipendentemente dalla variazione generata dalla ripetizione (ci siamo sempre comportati così!). La lettura dei testi di Deleuze corrobora tuttavia una ricostruzione diversa: l'iterazione di un comportamento non sorge dal nulla. Essa trova origine nei comportamenti e negli atteggiamenti intenzionali di chi agisce, sebbene tale origine risulti talora imperscrutabile. Più precisamente, come avrò modo di osservare più oltre, l'iterazione di un comportamento trova origine nella *differenza pratica* generata dalla ripetizione all'interno di un contesto d'azione. Vedi su questo punto *infra*, par. 8.

³² DELEUZE 2000a, 204.

³³ DELEUZE 1997, 12.

³⁴ Sul concetto di divenire in Deleuze, strettamente correlato ai concetti di differenza e di ripetizione, vedi ZOURABICHVILI 1997; PARR 2010, 25-27; GIL 2015, 274 ss.

tersi di un comportamento che “genera” una regola sociale o giuridica, ma consiste piuttosto nella variazione di una regola già data per effetto di un comportamento singolare, il quale viene poi iterato da parte dei membri di un gruppo sociale riconfigurando il contenuto della regola medesima. Il ripetersi di una condotta non si presta dunque ad essere descritto come l’osservanza di regole tra loro incompatibili, come il paradosso di Kripke sembra suggerire, quanto piuttosto come la variazione dei contenuti o delle condizioni di applicazione di una regola predeterminata, una variazione che viene successivamente iterata dai membri del gruppo. Nella prospettiva che stiamo considerando, inoltre, la consuetudine non dipende dagli atteggiamenti intenzionali degli agenti né da forme di intenzionalità collettiva (*opinio*). Le ragioni che giustificano l’azione conservano in essa un carattere impersonale, generico e singolare, il quale rileva, come vedremo più avanti, non perché tali ragioni sono condivise dai membri del gruppo ma perché esse generano una differenza pratica nel modo in cui le condotte sociali vengono giustificate.

Ci si potrebbe tuttavia chiedere: quali vantaggi offre concepire la consuetudine ricorrendo al concetto deleuziano di ripetizione? Cosa aggiunge l’uso di questo concetto alla caratterizzazione tradizionale delle regole sociali e dei loro processi di trasformazione? E ancora: che interesse può avere nel campo della filosofia del diritto l’idea di consuetudine come ripetizione e iterazione di un comportamento singolare? Ritengo che quanto osservato nelle pagine precedenti fornisca degli spunti di riflessione originali e interessanti in tre distinti ambiti del dibattito filosofico-giuridico contemporaneo: la teoria delle fonti, il concetto di norma di riconoscimento e il problema della normatività del diritto. A questi tre temi sono dedicati i paragrafi che seguono.

6. Consuetudine giuridica e diritto positivo

Come noto, secondo la dogmatica la consuetudine è un fatto idoneo a produrre norme giuridiche, ovvero sia una fonte di diritto oggettivo. Negli ordinamenti contemporanei la qualificazione della consuetudine come fonte avviene solitamente in forza di una norma sulla produzione normativa inespressa, costruita a partire da concetti dogmatici e dottrinali³⁵. La fattispecie di questa norma è costituita dai requisiti dell’*usus* e dell’*opinio*, mentre la conseguenza giuridica imputata alla fattispecie consiste nella nascita di una norma generale giustiziabile e coercibile, ovvero sia dotata di efficacia giuridica. Utilizzando il lessico di Deleuze, la dogmatica rappresenta dunque la consuetudine come l’iterazione di un comportamento frutto di una generalizzazione. Il comportamento qualificato di gruppo sociale non ha di per sé un carattere normativo sotto il profilo giuridico. Lo acquista nel momento in cui un soggetto esterno alla pratica (tipicamente, il giudice) generalizza alcune istanze individuali di condotta ricorrendo ai requisiti dell’*usus* e dell’*opinio*, e costruisce un ordine di somiglianze e un ordine di equivalenze a partire da essi. Tale generalizzazione acquista poi un carattere normativo sotto il profilo giuridico, configurandosi come una norma giuridicamente efficace, soltanto nel momento in cui il giudice, nell’esercizio dei suoi poteri, decide che l’iterazione del comportamento così individuata integra una fattispecie (inespressa) di produzione normativa.

Due sono gli ordini di problemi che vale la pena menzionare in questa sede: il primo concerne l’accertamento della consuetudine, il secondo il suo carattere normativo. Con riguardo al primo, vale quanto osservato in apertura: la pratica, in quanto tale, non determina quando i requisiti dell’*usus* e dell’*opinio* sono soddisfatti né, tanto meno, il contenuto della norma consuetudinaria che da essi deriva. Sarà piuttosto il giudice, o comunque un soggetto autorizzato, ad operare la

³⁵ Come ha sottolineato Vezio Crisafulli, per caratterizzare questa fattispecie di produzione normativa gli ordinamenti tradizionalmente rinviano alla riflessione dei giuristi, al punto che diventa difficile distinguere “la figura dogmatica della consuetudine, fonte formale dell’ordinamento dato” dalla “rispettiva nozione ‘dottrinale’ prevalente in sede di teoria generale” (CRISAFULLI 1993, 161). Vedi sul punto BOBBIO 2010, 39 ss.

generalizzazione necessaria per descrivere tale pratica come l'osservanza di una norma. Di più: dal momento che l'iterazione di un comportamento può sempre essere descritta come l'osservanza di più norme incompatibili tra loro, e che il requisito dell'*opinio* rinvia a forme di intenzionalità collettiva il cui contenuto è sotto-determinato o sovra-determinato rispetto alle caratteristiche della pratica, ne segue che l'accertamento della consuetudine comporta scelte discrezionali compiute da un osservatore esterno, al quale spetta *costruire* la norma consuetudinaria affinché questa possa produrre effetti giuridici. Con riguardo al carattere normativo della consuetudine, inoltre, è stato notato che questo dipende da una norma sulla produzione normativa applicata dal giudice (o da un soggetto autorizzato) per qualificare giuridicamente la pratica. Come dire: la consuetudine non è una fonte originaria del diritto ma acquista esistenza ed efficacia giuridica in virtù di altre norme³⁶. Qualora invece si riconosca alla consuetudine un carattere normativo originario³⁷, descrivendola come una forma spontanea e irriflessa di creazione del diritto, resta da determinare quale sia il fondamento di questa normatività originaria e in che rapporto esso stia con quello delle altre fonti del diritto.

Le osservazioni di Deleuze forniscono alcuni spunti per elaborare un diverso concetto di consuetudine giuridica, intesa come ripetizione e iterazione di un comportamento, che non solleva i problemi appena considerati. In una prospettiva deleuziana, l'aggettivo "giuridica" non indica la circostanza che la consuetudine è una fonte di diritto oggettivo, così come lo sono i regolamenti, la legge, la costituzione e via dicendo. Indica piuttosto il tipo di generalità – quella che caratterizza le norme di diritto positivo – sul quale la consuetudine opera una variazione a cui segue un'iterazione. Abbiamo visto che in *Differenza e ripetizione* Deleuze descrive i tratti caratteristici della ripetizione con riguardo alla legge scientifica e alla legge morale. Tuttavia, il termine "legge" è utilizzato in senso generico negli scritti deleuziani. Esso designa qualsiasi piano di organizzazione della realtà inteso a "isolare le costanti, anche se esse sono soltanto rapporti fra variabili"³⁸. Questa funzione di organizzazione è svolta tanto dalla legge morale e dalla legge scientifica quanto dalla legge giuridica, intesa da Deleuze come enunciato normativo emanato da un soggetto autorizzato³⁹. Al pari di ogni altra forma di legge, le disposizioni normative di tipo giuridico operano una generalizzazione dei comportamenti umani. La fattispecie di una disposizione delle fonti costituisce la generalizzazione di istanze di condotta individuali, considerate simili sotto un aspetto rilevante. La conseguenza giuridica imputata alla fattispecie opera poi una generalizzazione con riguardo a tutte le istanze future di condotta che ricadono in essa, istanze che la disposizione rende tra loro equivalenti sotto il profilo delle conseguenze giuridiche previste dalla norma.

Nella prospettiva di Deleuze, dunque, è pertinente affermare che una consuetudine è giuridica quando insiste sulle norme di diritto oggettivo, operando una variazione dei loro contenuti. Essa va intesa come una pratica "interstiziale" che altera le caratteristiche delle norme giuridiche, adattandole alle esigenze che emergono all'interno di un gruppo sociale. In che modo? Determinando o integrando il contenuto dei testi normativi, garantendo l'efficacia delle norme, giustificando eccezioni implicite alla loro applicazione. Due esempi possono essere qui d'aiuto per meglio comprendere questa tesi.

(1) La dottrina italiana, sulla scorta di quella anglosassone, definisce le convenzioni costituzionali come regole di comportamento non scritte che sorgono da accordi o comportamenti conclu-

³⁶ Celebri sotto questo profilo sono le posizioni di Hans Kelsen e Alf Ross: cfr. KELSEN 2000, 34-35, 169, 365, 369; ROSS 1990, 87-93.

³⁷ Vedi, ad esempio, ROMANO 1947, 41 ss.

³⁸ DELEUZE, GUATTARI 2006, 540. Per una ricostruzione delle diverse forme che la legge assume nella storia vedi DELEUZE, GUATTARI 2002, 239 ss.

³⁹ Vedi DELEUZE, GUATTARI 1996b, 79 ss. Per un'accurata ricostruzione del concetto di legge giuridica in Deleuze rinvio in ogni caso a DE SUTTER 2011, 15 ss.

denti compiuti dagli organi costituzionali⁴⁰. Tali regole vengono generalmente seguite fintantoché non intervengano nuovi accordi o comportamenti che ne modifichino il contenuto o ne decretino di fatto l'estinzione. Le convenzioni costituzionali non sono norme di diritto oggettivo e non sono dunque suscettibili di applicazione giudiziale. Non di meno, esse svolgono un ruolo rilevante nella prassi costituzionale. In base alla classica ricostruzione offerta da Rescigno, vi sono perlomeno quattro tipi di convenzioni costituzionali nell'ordinamento giuridico italiano: (a) convenzioni il cui contenuto si "sostituisce" al contenuto di una disposizione costituzionale, di cui resta soltanto la forma; (b) convenzioni che integrano o completano il contenuto di una disposizione costituzionale; (c) convenzioni che integrano la costituzione sebbene non siano connesse ad alcuna specifica disposizione costituzionale; (d) convenzioni che si sovrappongono a una disposizione costituzionale, facendo seguire a un atto o evento conseguenze politiche non previste dalla norma scritta⁴¹. A ben vedere, la struttura e la funzione delle convenzioni costituzionali corrispondono a quelle della consuetudine come ripetizione e iterazione di un comportamento. Nella prospettiva che stiamo considerando, le convenzioni costituzionali non si configurano cioè come regole sociali para-giuridiche indipendenti, frutto di meri comportamenti iterati da parte dei soggetti istituzionali, le quali integrano il dettato costituzionale. Data una norma che esprime il significato di una disposizione costituzionale, la convenzione provoca piuttosto una variazione del comportamento generale previsto dalla norma. Questo può avvenire in due modi: (1) mediante l'inclusione entro l'ambito di applicazione della norma costituzionale di condotte fino a quel momento in esso non ricomprese (variazione dell'*usus*), inclusione successivamente interata dagli attori costituzionali, ovvero (2) giustificando, in quanto istanze di osservanza della norma, comportamenti fino a quel momento non prescritti né adottati di fatto nella prassi (variazione dell'*opinio*), una giustificazione che risulta poi parimenti iterata. L'idea di consuetudine come ripetizione e iterazione di un comportamento consente in altri termini di porre in evidenza la stretta interdipendenza tra convenzioni e norme costituzionali, e il modo in cui queste interagiscono tra loro nel processo di determinazione dei contenuti della costituzione.

(2) È oggi frequente nella prassi il richiamo a fonti di diritto straniero da parte del giudice. Tali fonti non sono vincolanti nell'ordinamento in cui il giudice esercita la propria giurisdizione; esse vengono non di meno citate, in sede di motivazione della sentenza, come ragioni persuasive a sostegno della decisione. Questa pratica viene sovente descritta in dottrina come uno dei modi in cui le corti "dialogano" tra loro nel contesto contemporaneo, stabilendo collegamenti informali tra differenti giurisdizioni, scambiandosi informazioni e criteri decisionali, risolvendo potenziali conflitti tra ordinamenti, costruendo progressivamente un corpo di principi giuridici comuni, e tutto ciò al fine di armonizzare i contenuti del diritto su scala globale⁴². Più precisamente, il diritto straniero viene usato nelle motivazioni delle sentenze per giustificare (a) l'interpretazione di una disposizione di diritto interno coerente con una norma applicata da una corte straniera, ricavata da disposizioni, precedenti, concetti elaborati dalla dottrina, ecc.; (b) l'interpretazione di una disposizione di diritto interno *non coerente* con una norma di diritto straniero, in quanto appartenente a un ordinamento che ha caratteristiche incompatibili con quelle dell'ordinamento domestico; (c) la norma di diritto straniero utilizzata per colmare una

⁴⁰ Vedi, per tutti, PALADIN 1996, in particolare pp. 381 ss.; GUASTINI 1998, 645 ss. Sulla teoria delle convenzioni costituzionali nel diritto inglese vedi MARSHALL 1993; JACONELLI 2005, 149-176.

⁴¹ Cfr. RESCIGNO 1972. A questa classificazione si può aggiungere perlomeno un quinto tipo di convenzioni costituzionali, quelle che giustificano la disapplicazione di una norma. Un caso emblematico è costituito dalla sentenza n. 200/2006 in occasione della quale la Corte costituzionale italiana ha stabilito che il potere di grazia spetta in via esclusiva al Presidente della Repubblica e che questi può concedere la grazia solo per ragioni umanitarie. Questa norma, frutto di un'interpretazione creativa dell'art. 89 Cost., è stata tuttavia disapplicata nella prassi in forza di una convenzione costituzionale ad essa precedente.

⁴² Cfr. SLAUGHTER 2000; FEDTKE 2006; WALDRON 2012.

lacuna, ove questo sia permesso da una norma di rinvio⁴³. Le norme di diritto straniero vengono dunque usate dai giudici per modellare i contenuti delle disposizioni giuridiche di diritto interno, ovvero per integrare l'ordinamento ove la disciplina di una fattispecie giuridicamente rilevante risulti lacunosa. Se osservata con attenzione, la prassi appena descritta costituisce un caso di consuetudine come ripetizione e iterazione di un comportamento. Dati i contenuti generalmente attribuiti dal giudice a una disposizione di diritto interno, il riferimento al diritto straniero giustifica l'inclusione (o l'esclusione) dall'ambito di applicazione della norma di casi in esso precedentemente esclusi (o inclusi) (variazione dell'*usus*), come pure l'inclusione nell'ordinamento di una nuova norma, che consente di disciplinare comportamenti giuridicamente rilevanti che fino a quel momento non erano regolati (variazione dell'*opinio*).

Ora, quanto osservato con riguardo a questi due esempi può essere esteso a molti altri fenomeni istituzionali e para-istituzionali che costellano la prassi giuridica, condizionando i contenuti che il diritto assume. Ciò conduce a delineare due diversi concetti di consuetudine in quanto fonte del diritto. Il primo, tradizionalmente utilizzato dalla dottrina e dalla giurisprudenza, concepisce i requisiti dell'*usus* e dell'*opinio* come elementi di una fattispecie di produzione normativa prevista dall'ordinamento giuridico positivo. In questa prospettiva, la consuetudine è una fonte di produzione del diritto assimilabile a qualsiasi altra fonte di diritto derivata. Il secondo concetto, elaborato a partire dalle nozioni deleuziane di ripetizione e iterazione, raffigura invece l'*usus* e l'*opinio* come tratti distintivi di una prassi "interstiziale" che modifica i contenuti e le altre caratteristiche del diritto oggettivo, evidenziando il legame che sussiste tra quest'ultimo e le pratiche sociali ad esso collegate. In questa seconda accezione, la consuetudine si configura come una fonte di diritto originaria, il cui intrinseco carattere normativo trova spiegazione nel rapporto tra ripetizione e iterazione descritto in precedenza.

7. Consuetudine e norma di riconoscimento

Abbiamo già ricordato come la norma di riconoscimento hartiana possa essere descritta muovendo da due prospettive distinte: quella di un osservatore esterno e quella di chi partecipa alla pratica che essa regola. Se osservata dal primo punto di vista, la norma di riconoscimento *spiega* la prassi sociale che consiste nell'individuare le norme giuridiche valide. Se osservata invece dal punto di vista interno, essa *giustifica* tale pratica, svolgendo una funzione normativa. Ora, in che senso la norma di riconoscimento può essere concepita come una consuetudine giuridica? Un primo senso è stato indicato in apertura: la norma di riconoscimento si presta ad essere descritta come una fonte del diritto che individua i criteri di validità delle norme ad essa subordinati, e questo in base alla circostanza che essa è generalmente seguita da giudici e funzionari (*usus*) e ritenuta da questi vincolante (*opinio*). Se intesa in questi termini, tuttavia, la norma di riconoscimento designa, in una prospettiva deleuziana, la mera iterazione statica di un comportamento sociale, risultato della generalizzazione di condotte individuali. Una concezione questa che apre il fianco, in base a quanto osservato in apertura, al paradosso del seguire una regola come pure ai problemi dell'intenzionalità collettiva⁴⁴.

⁴³ Per una ricostruzione più dettagliata dei diversi usi del diritto straniero nella prassi argomentativa delle corti, mi permetto di rinviare a CANALE 2015.

⁴⁴ Coerentemente con quanto osservato alla nt. 31, potrebbe sorgere qui spontanea la seguente obiezione: qual-sivoglia pratica sociale è sostenuta da un insieme di desideri e credenze di sfondo che stabilizzano l'individuazione dei comportamenti conformi alla pratica. Richiamando il lessico di Nelson Goodman, una generalizzazione è preferita ad un'altra perché risulta meglio trincerata (*entrenched*), ovverosia maggiormente consolidata in base alla storia dei comportamenti tenuti fino a quel momento. Cfr. GOODMAN 1983, 108 ss. Se questa

Il concetto di consuetudine come ripetizione e iterazione apre invece la strada a una spiegazione alternativa del fondamento degli ordinamenti giuridici, che conduce a focalizzare l'attenzione sul loro divenire. Nel capitolo sesto di *The Concept of Law*, Hart osserva che l'esistenza di un ordinamento giuridico non può essere compresa come un fatto privo di durata quanto piuttosto come una serie di eventi che si succedono nel tempo.

«È evidente che un sistema giuridico, così come un essere umano, può in un certo momento essere in gestazione, in una seconda fase non essere ancora indipendente dalla propria madre, godere successivamente di un'esistenza piena e indipendente, per poi deperire ed infine morire⁴⁵».

A caratterizzare un ordinamento, dunque, non sono semplicemente i criteri di validità delle norme che ne fanno parte quanto piuttosto i momenti di transizione che segnano il suo sviluppo. Ci si potrebbe tuttavia chiedere: che relazione sussiste tra il divenire di un ordinamento e la norma di riconoscimento? I concetti deleuziani di ripetizione e iterazione consentono di far luce su questo punto.

Hart affronta il tema della nascita e della morte degli ordinamenti giuridici discutendo la loro "embriologia e patologia"⁴⁶, ovvero le situazioni in cui (1) la generalità dei consociati – per effetto di una rivoluzione, di un'occupazione militare, dell'insorgere dell'anarchia – cessa di osservare le norme identificate come fonti dalla norma di riconoscimento, decretando di fatto l'estinzione dell'ordinamento; (2) i giudici applicano una nuova norma di riconoscimento facendo sorgere un ordinamento nuovo, come accaduto nel caso delle colonie americane alla fine del Settecento; (3) i funzionari entrano in disaccordo tra loro con riguardo ai criteri ultimi di validità delle norme, rendendo dubbia l'identificazione dell'ordinamento. Consideriamo le tre situazioni richiamate da Hart più nel dettaglio.

(1) Supponiamo che al tempo t_1 la generalità dei consociati osservi le norme appartenenti all'ordinamento, ovvero che le condotte sociali istanzino, nella maggior parte dei casi, i modelli d'azione individuati dalle norme giuridiche valide. Quando questo accade, sussiste una corrispondenza tra il ripetersi delle condotte individuali, il loro intersecarsi e convergere in nodi generici e impersonali⁴⁷ (fermarsi col semaforo rosso, pagare le imposte sul reddito, adempiere ad un certo obbligo contrattuale, ecc.) e, dall'altro, le generalizzazioni che trovano formulazione nella fattispecie disciplinate dalle norme giuridiche. Va notato che il sussistere di tale corrispondenza è indipendente dalle motivazioni profonde degli agenti come pure dalle ragioni che giustificano l'azione. Come osserva lo stesso Hart, i consociati talora osservano il diritto valido in modo inconsapevole, per motivi insondabili e irriflessi, o per le ragioni più diverse. L'osservanza generalizzata delle norme appartenenti a un ordinamento è cioè un fatto impersonale e generico, che siamo soliti denominare effettività del diritto. Immaginiamo, tuttavia, che in t_2 la generalità dei consociati cessi di osservare le norme appartenenti all'ordinamento per effetto, ad esempio, di una rivoluzione. Quando questo accade, viene meno la relazione tra diritto positivo e comportamenti sociali catturata dal concetto di effettività: i nodi generici e impersonali nei quali momentaneamente convergono le azioni singolari degli individui (ripetizione) cessano di corrispondere alle generalizzazioni operate dalle fattispecie normative fino a t_2 . Allo stesso tempo,

soluzione pragmatica del paradosso del seguire una regola spiega il processo di selezione delle generalizzazioni ammissibili e il consolidarsi di una pratica sociale, essa non è tuttavia in grado di dar conto del mutamento della pratica, ovvero di spiegare in che modo la generalizzazione che meglio illustra la storia dei comportamenti iterati sia suscettibile di mutare nel tempo.

⁴⁵ HART 1994, 112.

⁴⁶ HART 1994, 117 ss.

⁴⁷ Cfr. DELEUZE, GUATTARI 2006, 392 ss.

viene meno il processo continuo di aggiustamento reciproco tra contenuti normativi e agire sociale che caratterizza, nella prospettiva di Deleuze, il rapporto tra ripetizione e iterazione. E ciò a prescindere dal fatto che la generalità dei giudici e dei funzionari pubblici continui ad osservare la norma di riconoscimento, il cui contenuto diviene irrilevante per il diritto e la cui forza normativa risulta insufficiente, secondo Hart, per garantire la sopravvivenza dell'ordinamento.

(2) Immaginiamo che fino a t_i le corti della Virginia, per giustificare le loro decisioni nei casi di omicidio, abbiano proferito il seguente enunciato:

(R) In base alla legge del parlamento di Westminster, chiunque commette un omicidio è punito con l'impiccagione.

Supponiamo, tuttavia, che successivamente a t_i le corti della Virginia proferiscano un diverso enunciato per giustificare le loro decisioni con riguardo alla medesima fattispecie:

(R*) In base alla legge della Virginia, chiunque commette un omicidio è punito con l'impiccagione.

Ora, la norma giuridica che giustifica la decisione è apparentemente la stessa: qualora venga commesso un omicidio, questo deve essere punito con l'impiccagione. È mutato tuttavia il criterio di identificazione di questa norma in quanto fonte del diritto: è intervenuta cioè una variazione che segnala la nascita di una nuova norma di riconoscimento, in base alla quale appartengono all'ordinamento le disposizioni emanate dal parlamento della Virginia e non più, invece, quelle emanate dal parlamento di Westminster. La prassi che R* spiega dal punto di vista esterno (e giustifica dal punto di vista interno) costituisce una trasgressione e alterazione dell'ordine precedente, capace di riconfigurarlo sia rispetto al passato sia rispetto al futuro. Il consolidarsi di questa prassi tra i giudici della Virginia, ovvero sia la sua iterazione nel tempo, fa sì che muti l'ordine di somiglianze e l'ordine di equivalenze che giustificano le loro decisioni: per un verso i contenuti delle disposizioni emanate dal parlamento di Westminster continueranno ad essere considerati vincolanti ove questi corrispondano ai contenuti di disposizioni emanate dal parlamento della Virginia; per altro verso, ove i contenuti differiscano, solo quelli di queste ultime verranno trattati come vincolanti. In una prospettiva deleuziana, in questa variazione "interstiziale" dell'*opinio*, delle ragioni che giustificano le decisioni giudiziali, si manifesta il divenire della consuetudine in quanto norma di riconoscimento. Più precisamente, nella decisione del giudice della Virginia giustificata da R* si attualizza una norma consuetudinaria perché tale decisione si configura come un "particolare assoluto": la decisione costituisce l'istanza di una generalità (quella fissata dalle norme di diritto oggettivo inglesi che attribuiscono al giudice della Virginia il potere di decidere la controversia); tale istanza è tuttavia assoluta perché R* prende congedo da quella generalità, si assolutizza rispetto ad essa, riconfigurando l'identità dell'ordinamento nel quale il giudice opera mediante l'iterazione nel tempo di tale variazione⁴⁸.

(3) Supponiamo che in t_o la generalità dei giudici italiani risolva le controversie mediante l'applicazione delle leggi promulgate dal parlamento, così come previsto dalla costituzione. Tale

⁴⁸ Si potrebbe qui obiettare che R* trova in realtà fondamento nella decisione sovrana dei *Virginia Revolvers*: il giudice non dà applicazione a una norma consuetudinaria ma a una norma posta dal potere costituente della Virginia. Qualora si concepisca la consuetudine come una fonte interstiziale del diritto, che opera mediante una variazione e successiva iterazione dei contenuti attribuiti alle fonti di diritto oggettivo, tale obiezione non coglie tuttavia nel segno. La consuetudine, nell'accezione qui proposta, consente piuttosto di spiegare perché e in che modo l'atto fondativo di un nuovo ordinamento possa avere, come conseguenza, la semplice incorporazione nel nuovo ordinamento delle medesime norme che appartenevano all'ordinamento precedente.

condotta si presta ad essere spiegata (o giustificata) dalla norma di riconoscimento “È diritto quanto prescritto dalla legge e dalla costituzione”. Immaginiamo, tuttavia, che a partire da t_1 alcuni giudici italiani inizino a decidere le controversie dando applicazione diretta alle direttive europee, sebbene ciò non sia espressamente previsto dalla costituzione. In t_1 risulta dunque incerto cosa la norma di riconoscimento preveda. Secondo una parte giudici, sono fonti del diritto la costituzione e la legge; secondo altri, lo sono la costituzione, la legge e le direttive europee. Questa situazione può generare un conflitto istituzionale: nel medesimo momento storico e ambito territoriale convivono due ordinamenti giuridici, potenzialmente in conflitto tra loro. Questa situazione di incertezza può preludere alla nascita di un nuovo ordinamento ove la generalità dei giudici giunga a riconoscere che le loro decisioni sono giustificate da una nuova norma di riconoscimento, così come osservato nel caso precedente. Ma immaginiamo che tutti i giudici, o perlomeno la generalità di essi, continuino a giustificare le loro decisioni asserendo che il giudice è sottoposto *soltanto* alla legge, come sancito dalla costituzione, e che le direttive europee sono equiparabili alla legge intesa in senso generico. Se così accade, si verifica una variazione dell'*usus* che altera il contenuto della norma di riconoscimento senza farne nascere una nuova. L'applicazione delle direttive europee da parte dei giudici può essere descritta, da un osservatore esterno, come un caso *borderline* di applicazione della norma di riconoscimento osservata fino a quel momento. L'iterazione del comportamento dei giudici, che di fatto conduce a includere i casi *borderline* nell'ambito di applicazione della norma, non modifica i criteri di identificazione dell'ordinamento ma estende di fatto l'insieme delle norme che ne fanno parte per effetto della prassi giudiziale. L'esempio appena proposto illustra una variazione “interstiziale” dell'*usus*, dell'insieme di condotte giustificate dalla norma di riconoscimento, che costituisce uno dei modi in cui si manifesta, in una prospettiva deleuziana, la consuetudine come ripetizione e iterazione.

Più in generale, nei tre esempi appena considerati il concetto di consuetudine non dà conto della fisiologia dell'ordinamento, che rinvia allo statico susseguirsi dei comportamenti di giudici, funzionari e consociati, ma spiega (o giustifica) il divenire dell'ordinamento, i modi in cui i suoi contenuti si trasformano nel tempo per effetto dei comportamenti dei destinatari delle norme.

8. Il problema della normatività del diritto riconsiderato

Quanto osservato in merito alla regola di riconoscimento hartiana ha conseguenze degne di nota con riguardo a un ulteriore snodo del dibattito filosofico-giuridico contemporaneo: il problema della normatività del diritto.

È noto come il problema della normatività venga declinato in modi assai diversi dai filosofi del diritto⁴⁹. Da taluni viene concepito come un problema di natura empirica, la cui trattazione è di pertinenza della sociologia e della psicologia sociale: a quali condizioni le norme giuridiche sono effettive, ovvero si vengono osservate dai loro destinatari? Altri studiosi, sulla scorta di Hart, lo concepiscono invece come un problema al contempo empirico e concettuale: si tratta di individuare i fatti sociali che un osservatore esterno è tenuto a considerare per ascrivere in modo appropriato certi atteggiamenti a degli agenti qualificati⁵⁰. Altri invece associano il problema della normatività alla struttura dell'agire sociale su vasta scala e alle condizioni razionali del suo coordinamento e controllo⁵¹. Altri ancora concepiscono la normatività come quell'insieme di caratteristiche distintive degli atteggiamenti umani (credenze, desideri, intenzioni) dai quali di-

⁴⁹ Come ha opportunamente osservato David Enoch, “è del tutto oscuro in che cosa consista il problema della normatività del diritto. In realtà non vi è soltanto un problema sul tavolo: gli studiosi sembrano avere in mente problemi diversi quando usano questa espressione” (ENOCH 2011, 2).

⁵⁰ Cfr. HIMMA 2013.

⁵¹ SHAPIRO 2013.

pende l'esistenza di entità sociali come le norme e le istituzioni giuridiche⁵². Per quanto assai diversi tra loro, a ben vedere questi approcci tentano di offrire una risposta al medesimo quesito di fondo, già ricordato in apertura: come possiamo spiegare la circostanza che il diritto governi i comportamenti sociali guidando le condotte dei suoi destinatari?

Nel dibattito filosofico-giuridico più recente, questo quesito sembra ammettere due risposte alternative. In base alla prima risposta, la circostanza che il diritto riesca effettivamente a guidare le condotte sociali dipende da ragioni di tipo morale che motivano in ultima istanza l'azione⁵³. Le norme giuridiche, in quanto tali, non avrebbero cioè la capacità di guidare l'azione; l'acquisterebbero nel momento in cui attivano o modificano le attitudini morali dei loro destinatari. In base alla seconda risposta, il diritto sarebbe dotato di una normatività *sui generis*, indipendente da ragioni di altro tipo, che trova fondamento nell'architettura istituzionale degli ordinamenti giuridici. Le norme giuridiche sarebbero cioè in grado di motivare e giustificare l'azione in modo concludente semplicemente perché sono emanate da un soggetto autorizzato⁵⁴. Ciò che entrambe le risposte sembrano presupporre, ad ogni modo, è che la capacità del diritto di guidare le condotte sociali sia la conseguenza della *differenza pratica* che le norme giuridiche generano "nella struttura o nel contenuto della deliberazione pratica dei destinatari della norma"⁵⁵.

Come ha osservato Scott Shapiro, per stabilire se una norma giuridica genera una differenza pratica per i suoi destinatari si può ricorrere a un ragionamento controfattuale, ovvero si immaginare cosa succederebbe se un membro di un gruppo sociale, nell'agire conformemente alla norma in questione, non si appellasse ad essa per giustificare la propria azione:

«La norma genera una differenza nel ragionamento pratico di qualcuno solo se, in questa circostanza controfattuale, chi agisce *potrebbe* non conformarsi ad essa. Se invece chi agisce dovesse conformarsi alla norma senza fare appello ad essa, dovremmo concludere che la norma non genera una differenza pratica⁵⁶».

Ora, la peculiarità del concetto di consuetudine come ripetizione e iterazione sta nel fatto che tale concetto indica a quali condizioni un fatto sociale genera una differenza pratica all'interno di un gruppo sociale. Ciò accade se un fatto (azione, comportamento) sociale provoca una variazione nel comportamento iterato dei membri del gruppo, variazione a cui segue una nuova iterazione. Come abbiamo visto in precedenza, questo accade in due circostanze. Un fatto sociale genera una differenza pratica (1) se viene concepito come un'istanza del comportamento iterato fino a quel momento, un'istanza giustificata tuttavia da una ragione nuova, oppure (2) se tale fatto presenta caratteristiche diverse sotto un profilo rilevante rispetto a quelle dei comportamenti iterati, ma è giustificato dalla medesima ragione per agire. La differenza pratica che un fatto sociale genera, detto altrimenti, può essere concepita soltanto a partire da condotte generalmente seguite, le cui caratteristiche vengono modificate dal fatto medesimo; e questo o dal punto di vista materiale dell'*usus* (delle caratteristiche empiriche del comportamento) oppure dal punto di vista psicologico dell'*opinio* (delle intenzioni di chi agisce). La consuetudine come ripetizione e iterazione consiste propriamente nel manifestarsi di questa differenza, la quale acquista un carattere normativo nel momento in cui viene, a sua volta, iterata, prestandosi ad essere descritta come una generalità di condotte o di ragioni.

Ovviamente una domanda può sorgere qui spontanea: perché la differenza pratica generata dalla ripetizione viene iterata? Cosa spiega o giustifica il fatto che al "particolare assoluto" della

⁵² BERNAL PULIDO 2013.

⁵³ Cfr. GREENBERG 2014; HERSHOVITZ 2015.

⁵⁴ Cfr. BIX 2018; REDONDO 2018.

⁵⁵ COLEMAN 2001, 134.

⁵⁶ SHAPIRO 1989.

ripetizione segue la sua iterazione? A mio modo di vedere, il pregio della prospettiva di Deleuze sta nel fatto che essa lascia questa domanda aperta, evidenziando la sua irrilevanza sotto il profilo filosofico. Il comportamento ripetuto può essere iterato per le ragioni più diverse: poiché esso attiva o modifica ragioni di tipo morale; poiché genera una convenzione tra i membri del gruppo; poiché riflette l'attitudine alla conformità che contraddistingue la psicologia umana; poiché riflette la tendenza di qualsiasi sistema biologico a stabilizzarsi mediante *routine*, e molto altro ancora⁵⁷. Il tipo di spiegazione o giustificazione del rapporto che intercorre tra ripetizione e iterazione è del tutto irrilevante ai nostri fini. La consuetudine come ripetizione e iterazione individua semplicemente il "dispositivo concettuale" della normatività, indicando a quali condizioni un fatto sociale genera una differenza pratica nelle condotte umane. Se intesa nei termini appena descritti, il problema della normatività cessa di essere concepito in modo statico e riduzionistico, aprendo il campo a indagini di tipo nuovo, relative ai rapporti di co-dipendenza tra norme giuridiche e condotte sociali.

Tutto ciò evidenzia l'interesse e la fecondità, per la filosofia del diritto contemporanea, della riflessione attorno alla consuetudine giuridica, a patto che tale riflessione prenda congedo dagli stilemi della dogmatica giuridica tradizionale per aprirsi a spunti originali ed eterodossi, quali quelli messi a disposizione dall'opera di Gilles Deleuze.

⁵⁷ Cfr. MILLIKAN 2005.

Riferimenti bibliografici

- BADIOU A. 2007. *Oltre l'uno e il molteplice. Pensare (con) Gilles Deleuze*, a cura di Ariemma T. e Cremonesi L., Verona, ombre corte.
- BAIER A. 1997. *Doing Things With Others: The Mental Commons*, in ALANEN L., HEINÄMAA S., WALLGREN T. (eds.), *Commonality and Particularity in Ethics*, New York, St. Martin's Press, 15-44.
- BALTZER U. 2002. *Joint Action of Large Groups*, in MEGGLE J. (ed.), *Social Facts and Intentionality*, Frankfurt am Main, Hänsel-Hohenhausen, 1-18.
- BERNAL PULIDO C. 2013. *Austin, Hart and Shapiro: Three Variations on Entities Grounded in a Social Practice*, in «Rechtstheorie», 44, 2013, 157-188.
- BIX B. 2018. *Kelsen, Hart and Legal Normativity*, in «Revus», 34, 2018, 1-17.
- BOBBIO N. 2010. *La consuetudine come fatto normativo*, Torino, Giappichelli.
- BRATMAN M., *Faces of Intention: Selected Essays on Intention and Agency*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.
- CANALE D. 2008. *Paradossi della consuetudine giuridica*, in ZORZETTO S. (a cura di), *La consuetudine giuridica. Teoria, storia, ambiti disciplinari*, Pisa, ETS, 109-136.
- CANALE D. 2015. *Comparative Reasoning in Legal Adjudication*, in «Canadian Journal of Law and Jurisprudence», 28, 2015, 5-27.
- CELANO B. 1995. *Consuetudini, convenzioni*, in COMANDUCCI P., GUASTINI R. (a cura di), *Analisi e diritto 1995. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli, 35-87.
- CELANO B. 2013. *What Can Plans Do For Legal Theory?*, in CANALE D., TUZET G. (eds.), *The Planning Theory of Law. A Critical Reading*, Dordrecht, Springer, 129-152.
- CELANO B. 2014. *Consuetudine: un'analisi concettuale*, in «Diritto e questioni pubbliche», 2014, 597-667.
- CHANG B.G. 1999. *Deleuze, Monet, and Being Repetitive*, in «Cultural Critique», 41, 1999, 184-217.
- COLEMAN J. 2001. *The Practice of Principles. In Defence of a Pragmatic Approach to Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press.
- CRISAFULLI V. 1993. *Lezioni di diritto costituzionale. II: L'ordinamento costituzionale italiano. I: Le fonti normative*, Padova, CEDAM.
- CROCKETT C. 2013. *Deleuze beyond Badiou. Ontology, Multiplicity, and Event*, New York, Columbia University Press.
- DE PRETO D. 2012. *Differenza e contraddizione. Deleuze critico di Hegel*, in RAMETTA G. (ed.), *L'ombra di Hegel. Althusser, Deleuze, Lacan e Badiou a confronto con la dialettica*, Monza, Polimetrica, 57-102.
- DE SUTTER L. 2011. *Deleuze. La pratique du droit*, Paris, Michalon, 2009 (trad. it. di Rusteghi L., *Deleuze e la pratica del diritto*, Verona, ombre corte).
- DELEUZE J. 1997. *Différence et répétition*, Paris, PUF, 1968 (trad. it. di Guglielmi G., *Differenza e ripetizione*, Milano, Cortina).
- DELEUZE J. 2000a. *Pourparler 1972-1990*, Paris, Minuit, 1990 (trad. it. di Verdicchio S., *Pourparler 1972-1990*, Macerata, Quodlibet).
- DELEUZE J. 2000b. *Empirisme et subjectivité. Essai sur la nature humaine selon Hume*, Paris, PUF, 1953 (trad. it. di Cavazza M., *Empirismo e soggettività. Saggio sulla natura umana secondo Hume*, Napoli, Cronopio, 2000).
- DELEUZE J., GUATTARI F. 1996a. *Qu'est -ce que la philosophie?*, Paris, Minuit, 1991 (trad. it. di De Lorenzis A., *Che cos'è la filosofia?*, Torino, Einaudi).

- DELEUZE G., GUATTARI F. 1996b. *Kafka, pour une littérature mineure*, Paris, Minuit, 1975 (trad. it. di Serra A., *Kafka. Per una letteratura minore*, Macerata, Quodlibet).
- DELEUZE G., GUATTARI F. 2002. *L'Anti-Œdipus. Capitalisme et schizofrénie*, tome I, Paris, Minuit, 1972 (trad. it. di Fontana A., *L'anti-Edipo. Capitalismo e schizofrenia*, Torino, Einaudi).
- DELEUZE G., GUATTARI F. 2006. *Mille plateaux. Capitalisme et schizofrénie*, tome II, Paris, Minuit, 1980 (trad. it. di Passerone G., *Mille piani. Capitalismo e schizofrenia*, Roma, Castelvecchi, 2006).
- ENOCH D. 2011. *Reason-giving and The Law*, in GREEN L., LEITER B. (eds.), *Oxford Studies in Philosophy of Law*, vol. 1, Oxford, Oxford University Press, 1-38.
- FEDTKE J. 2006. *Judicial Recourse to Foreign Law. A New Source of Inspiration?*, New York, Routledge.
- GIL J. 2015. *L'impercettibile divenire dell'immanenza*, Napoli, Cronopio.
- GILBERT M. 2006. *A Theory of Political Obligation: Membership, Commitment, and the Bonds of Society*, Oxford, Oxford University Press, 2006.
- GREENBERG M. 2014. *The Moral Impact Theory of Law*, in «Yale Law Journal», 123, 2014, 1288-1342.
- GUASTINI R. 1998. *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, Giuffrè.
- GOODMAN N. 1983. *Facts, Fiction and Forecast*, Forth Edition, Cambridge (Mass.), Harvard University Press.
- HART H.L.A. 1994. *The Concept of Law. Second Edition*, Oxford, Oxford University Press.
- HERSHOVITZ S. 2015. *The End of Jurisprudence*, in «Yale Law Journal», 124, 2015, 1160-1204.
- HIMMA K.E. 2018. *The Problems of Legal Normativity and Legal Obligation*, in HIMMA K.E., JOVANIVIC M., SPAIC B. (eds.), *Unpacking Normativity. Conceptual, Normative, and Descriptive Issues*, Oxford, Hart, ch. 4.
- HUGES J. 2009. *Deleuze's Difference and Repetition. A Reader's Guide*, London-New York, Continuum.
- JACONELLI J. 2005. *Do Constitutional Conventions Bind?*, in «Cambridge Law Journal», 64, 2005, 149-176.
- KEIL, G., POSCHER, R. (eds.) 2016. *Vagueness and Law: Philosophical and Legal Perspectives*, Oxford, Oxford University Press.
- KELSEN H. 2000. *General Theory of Law and State*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1945 (trad. it. di Cotta S. e Treves G., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, ETAS, 2000).
- KRIPKE S. 2002. *Wittgenstein on Rules and Private Language. An Elementary Exposition*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1982 (trad. it. di Santambrogio M., *Wittgenstein su regole e linguaggio privato*, Torino, Bollati Boringhieri, 2002).
- LAPOUJADE D. 2016. *Les mouvements aberrants*, Paris, Minuit.
- LEFEBVRE A., *The Image of Law. Deleuze, Bergson, Spinoza*, Stanford, Stanford University Press, 2008.
- LUZZATI, C. 1990. *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, Giuffrè.
- MARMOR, A. 2014. *The Language of Law*, Oxford, Oxford University Press.
- MARSHALL G. 1993. *Constitutional Conventions: The Rules and Forms of Political Accountability*, Oxford, Clarendon Press.
- MILLIKAN R.G. 2005. *Language: A Biological Model*, Oxford, Clarendon Press.
- PALADIN L. 1998. *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, il Mulino, 1996.

- PARR A. (ed.) 2010. *The Deleuze Dictionary. Revised Edition*, Edinburgh, Edinburgh University Press.
- PASTORE B. 2003. *Soft law, gradi di normatività, teoria delle fonti*, in «Lavoro e diritto», 17, 1, 2003, 5-16.
- PEARSON K.A. 1999. *Germinal Life. The Difference and Repetition of Deleuze*, London-New York, Routledge.
- PETERSSON B. 2007. *Collectivity and Circularity*, in «The Journal of Philosophy», 104, 3, 2007, 138-156.
- POGGI, F. 2013. *The Myth of Literal Meaning in Legal Interpretation*, in «Analisi e diritto», 313-335.
- POSCHER, R. 2012. *Ambiguity and Vagueness in Legal Interpretation*, in SOLAN L., TIERSMA P. (eds.), *Oxford Handbook on Language and Law*, Oxford, Oxford University Press.
- REDONDO C. 2018. *La normatività istituzionale del diritto*, Madrid, Marcial Pons.
- RESCIGNO G.U. 1972. *Le convenzioni costituzionali*, Padova, CEDAM.
- ROMANO S. 1947. *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè.
- ROSS A. 1990. *On Law and Justice*, London, Steven & Sons, 1958 (a cura di Gavazzi G., *Diritto e giustizia*, Torino, Einaudi).
- SEARLE J. 1990. *Collective Intentions and Actions*, in COHEN P., MORGAN J., POLLACK M.E. (eds.), *Intentions in Communication*, Cambridge (Mass.), MIT Press, 401-415.
- SENDEN L. 2004. *Soft Law in European Community Law*, Oxford, Hart.
- SHAPIRO S. 1989. *On Hart's Way Out*, in «Legal Theory», 4, 1989, 495-496.
- SHAPIRO S. 2013. *Legality*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press.
- SLAUGHTER A.-M. 2000. *Judicial Globalization*, in «Virginia Journal of International Law», 40, 2000, 1103-1124.
- SOMERS-HALL D. 2013. *Deleuze's Difference and Repetition*, Edinburgh, Edinburgh University Press.
- SOMMA A. (ed.) 2009. *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, Giappichelli.
- TOUMELA R. 2007. *The Philosophy of Sociality: The Shared Point of View*, Oxford, Oxford University Press.
- VELLEMAN J.D. 1997. *How to Share an Intention*, in «Philosophy and Phenomenological Research», 57, 1997, 29-51.
- WALDRON J. 2012. *"Partly Laws Common to All Mankind." Foreign Law in American Courts*, New Haven, Yale University Press.
- WESTERMAN P., HAAGE J., KIRSTE S., MACKOR A.R. (eds.) 2018. *Legal Validity and Soft Law*, Dordrecht, Springer.
- WILLIAMS J. 2003. *Gilles Deleuze's Difference and Repetition. A Critical Introduction and Guide*, Edinburgh, Edinburgh University Press.
- ZAIBERT L.A. 2003. *Collective Intentions and Collective Intentionality*, in D.R. Koepsell, L.S. Moss (eds.), *John Searle's Ideas about Social Reality. Extensions, Criticisms and Reconstructions*, Oxford, Blackwell, 209-232.
- ZOURABICHVILI F. 1997. *Qu'est-ce qu'un devenir, pour Gilles Deleuze?*, Lyon, Horlieu.
- ZOURABICHVILI F. 2012. *Le vocabulaire de Deleuze*, Paris, Ellipses, 2003 (trad. it. di Zaltieri C., *Il vocabolario di Deleuze*, Mantova, Negretto).