

## **In difesa della consuetudine** **Il mistero necessario e creativo**

**di Giacomo Maria Prati**

*"...Il dito che indica la luna non è la luna..."*

*La legittimità non consiste nell'agire  
in questa o in quella maniera  
nel proprio ambito,  
ma nel non uscirne.*

*Joseph de Maistre*

**Abbiamo visto come appaia quasi inesplicabile dal punto di vista logico e analitico il problema della natura giuridica della consuetudine.**

**Eppure qualcosa ci spinge a ri-valorizzarla e a vederla quale fulcro creativo di ogni diritto, quale orizzonte inevitabile, quale "rito" e simbolo necessario alla crescita e sedimentazione del diritto quale esperienza e sapere organizzato.**

**Per oltrepassare i paradossi è necessario mutare il "punto panoramico" cioè spostarsi per ri-costruire l'unitarietà del fenomeno quale istanza vitale/esistenziale sia individuale che sociale e sintesi di : osservazione/valutazione e adesione/accettazione; superare l'ipostatizzazione copulativa delle dicotomie formali e logico/linguistiche.**

**Consuetudine = prassi + fiducia. La c. si comprende solo in rapporto alla buona fede e al processo, gli altri "indici" perenni (strutturali) del riconoscimento del diritto.**

**E' possibile quindi oltre-passare i contesti che generano i paradossi restando coerenti all'ottica fenomenologica assunta.**

**Tracce :**

**i. ricondurre la consuetudine al fattore del "processo" giurisdizionale e/o della buona fede (gli altri fattori generativi di base, come si indicherà in seguito) presenza dell'istanza della buona fede nella consuetudine**

**ii. risolvere il misterioso passaggio (metafisica dell'azione? noumeno?) dalla regolarità alla regola, individuando le condizioni, i presupposti, i contesti, gli ambienti nei quali il diritto sembra emergere ed essere indicato/riconosciuto (es: il linguaggio performativo, ma non quale opzione totalizzante).**

**iii. La c. è fenomeno simbolico di relazione; e ci dimostra che quando guardo il mondo cambia e cambio io stesso, solo la funzione dell'occhio non muta nel "suo" esserci (video ergo sum!); la c. è racconto ri-costruttivo che può essere anche (ed è) efficace, suggestivo, funzionale. (studio della retorica e delle sue istanze psichiche)**

**Si vanno oltre i paradossi se non si considera la c. quale dato isolato e ab-soluto da tutto il resto ma quale fattore dialettico in sinergia costante con il fenomeno della buona fede e del processo. Il processo manifesta la logica della consuetudine e la formalizza; il processo è un "occhio consuetudinario". Siccome il processo è consuetudine e la giurisprudenza sono consuetudini allora si può parlare di consuetudini quali processi dialettici e dinamici di sintesi valutativa.**

***Il diritto è solo consuetudine, ma si tratta di una consuetudine assai creativa, re-inventiva, ri-costruttiva.***

***Proviamo ad anticipare alcuni le tesi:***

***la consuetudine quale:***

- 1. fenomeno umano che diventa giuridico nel processo (il processo quale macchina vorace che trasforma tutto ciò che accoglie in: diritto)***
- 2. canone ottico inevitabile***
- 3. istanza di vita (per “sopportare” il peso delle complessità bisogna selezionarla e “ridurla”, sia razionalmente che praticamente)***
- 4. metodo/ processo di semplificazione dell’osservazione***
- 5. è mera regolarità quale uno dei presupposti e condizioni e habitat dell’osservazione” in termini di diritto / una regolarità ritenuta opportuna e necessaria, data per presente, è l’osservatore che la inventa e la genera all’istante mentre osserva altri elementi....se guardi la c. svanisce / se guardi x z w allora la c. appare/struttura del sistema)***
- 6. modo di raccontare che funziona nel diritto***

***Come si può osservare il diritto infatti se non postulando una regolarità che potrebbe (o dovrebbe) essere co-implicata con una regola ricavabile induttivamente e/o abduttivamente ?***

***Non ci può essere regola senza un attività di riferimento e viceversa un attività non sarebbe configurabile come tale se non disponesse a ricavarci una qualche regola; altrimenti si tratterebbe solo di un insieme di atti singoli caotici. (assenza di insieme in realtà)***

***Il problema della consuetudine è simile al problema della **genesi del valore.*****

***Come si genera il valore? Lo troviamo già evidente e lo formalizziamo o lo creiamo tramite il Giudizio ?***

***Per quantità o per qualità? Per necessità pratica (quantità) o per persuasione magica (qualità)?***

***Il valore sorge per iterazione di una qualità? Per conferma quantitativa di una forma qualitativa (riconoscibile tramite un simbolo) ?***

***Nello sviluppo storico è impossibile distinguere i due fattori in senso diacronico.***

***Si vuole azzardare un ipotesi i ogni caso: non tanto il “potere” quanto un nuovo concetto di un “organizzazione di successo”è la formula che favorisce l’affermarsi quantitativo di valori comuni. Di solito si è trattato di organizzazioni che veicolano valori comuni e diffusi (le Chiese, gli Imperi, ora le banche)***

***La moneta diventava così l’epifenomeno di simboli e valori condivisi, svolgendo una funzione anche rappresentativa.***

***La consuetudine genera valore e/o conferma valori già emergenti.***

***C’è **consuetudine** anche senza **organizzazione**?***

***Una domanda di difficile soluzione, (un falsa domanda) in quanto di sviluppo circolare e in quanto la nostra visione della storia è viziata da ideologie, ideali, culture, codice educativi....***

***A contrario si può dire che una delle prove più forti dell’essenzialità della consuetudine per il diritto è la natura consuetudinaria del “processo” e dell’**organo**” (da cui “organizzazione”)***

**In ogni forma, seppur minima, di organizzazione sociale esistono i processi e gli “organi”.**

**Senza processo il diritto diventa “invisibile”; diventa discussione culturale fra dotti o mero scontro sociale o politico**

**Per “organo” intendiamo qualsivoglia coagulo di forza sociale che agisce producendo statuizioni, comandi (anche solo simbolici) con una logica e dinamica distinta dai singoli componenti che lo formano. I primi organi: i consigli dei villaggi protostorici (capo guerriero, sacerdote/sciamano/mago, anziani); e i consigli delle diaconie cristiane.**

**Subito è configurabile un processo circolare fra consuetudine e processo/organo e fra gli stessi fenomeni paradigmatici del processo e dell’organo.**

**Il processo appare un “organo” a sua volta: una volta scelto vive di vita propria e il suo esito è imprevedibile per i suoi stessi attori.**

**E a sua volta l’organo si sviluppa quale **processo** di formazione della volontà nuova. Il processo/organo giudica e opera solo per giudizi e appare sia oggetto che generatore di consuetudini : la consuetudine sostiene e conferma l’esistenza e le statuizioni del processo /organo; il processo organo conferma e inverte consuetudini precedenti e a sua volta ne co-genera.**

**Passiamo ora ragionamenti più specifici.**

**Ci sono due casi estremamente concreti e illuminanti sull’essenza della consuetudine : l’anatocismo e la moneta.**

**La recente giurisprudenza sull’anatocismo ci rivela uno dei segni di “potenza” della consuetudine : la “spontaneità”.**

**Sembra utile riportare ampi brani di due sentenze della Cassazione in tema di distinzione fra “usi normativi”(assimilabili alla consuetudini) e “usi negoziali” (=prassi) : la sentenza n° 2593 del 20.2.03 e la sentenza n° 20 maggio 1998-16 marzo 1999 n.2374.**

“.....Ritiene tuttavia la Corte che il tradizionale orientamento debba essere rivisto, anche alla luce delle obiezioni sollevate da una parte della dottrina e della giurisprudenza di merito, in quanto l’esistenza di un uso normativo idoneo a derogare ai limiti di ammissibilità dell’anatocismo previsti dalla legge appare più oggetto di una affermazione, basata su un incontrollabile dato di comune esperienza, che di una convincente dimostrazione.  
2.4. Un primo rilievo, non estraneo, peraltro, allo stesso orientamento che viene ora sottoposto a revisione critica, deve essere fatto. Gli “usi contrari”, ai quali il legislatore fa riferimento, sono i veri e propri usi normativi, di cui agli articoli 1, 4 e 8 delle disp. Pref. al c.c. che, secondo la consolidata nozione, consistono nella **ripetizione generale, uniforme, costante, frequente e pubblica di un determinato comportamento (usus)**, accompagnato dalla **convinzione** che si tratti di comportamento (non dipendente da un mero arbitrio soggettivo ma) giuridicamente obbligatorio, e cioè conforme a una norma che già esiste o che si ritiene debba far parte dell’ordinamento (opinio iuris ac necessitatis).  
Agli usi normativi, che costituiscono fonte di diritto obiettivo, come è noto, si contrappongono gli usi negoziali, disciplinati dall’art.1340 c.c., consistenti nella **semplice reiterazione di comportamenti** ad opera delle parti di un rapporto contrattuale, indipendentemente non solo dall’elemento psicologico, ma anche dalla ricorrenza del requisito della generalità. L’efficacia di detti usi è limitata alla creazione di un precetto del regolamento contrattuale, che si inserisce nel contratto salvo diversa volontà delle parti. Ancora diversi, infine, sono **gli usi interpretativi** (art.1368 c.c.), consistenti nelle pratiche generalmente seguite nel luogo in cui è concluso il contratto o ha sede l’impresa, che non hanno funzione di integrazione del regolamento contrattuale, ma costituiscono soltanto uno strumento di **chiarimento e di interpretazione** della volontà delle parti contraenti.

*Consegue da quanto osservato che, in materia, non hanno, quindi, alcun rilievo in quanto tali (indipendentemente cioè dalla loro eventuale efficacia probatoria di un preesistente uso normativo conforme, di cui si tratterà oltre), le cosiddette norme bancarie uniformi predisposte dall'associazione di categoria (Associazione bancaria italiana - A.B.I.), che non hanno natura normativa, ma solo pattizia, nel senso che si tratta di proposte di condizioni generali di contratto indirizzate dall'associazione alle banche associate (la cui validità, peraltro, in relazione alla disciplina comunitaria e interna della concorrenza, è stata di recente, per alcuni aspetti non secondari, messa in discussione dalle autorità amministrative di vigilanza). Come tali, quindi, le c.d. norme bancarie uniformi assumono rilevanza nel singolo rapporto contrattuale con il cliente in quanto siano richiamate nel contratto stesso, secondo la disciplina dettata dagli articoli 1341 e 1342*

*c.c.*

*2.5- L'indagine alla quale la Corte è chiamata non può, inoltre, essere limitata a rilevare se nei rapporti tra banca e cliente esista un generico uso favorevole all'applicazione dell'anatocismo, essendo evidente che la specifica e puntuale disciplina limitativa legale può essere sostituita, per volontà del legislatore, sono da una normativa consuetudinaria altrettanto specifica e puntuale e non da una generica prassi derogatoria, che, propria a causa della sua genericità, non potrebbe mai costituire fonte di diritto obiettivo. D'altra parte, se l'unico contenuto di una regola consuetudinaria fosse quello di ammettere l'anatocismo nei rapporti tra banca e cliente, si tratterebbe di una regola inutile, in quanto puramente ripetitiva della norma di legge, che, si ripete, non contiene un divieto assoluto, ma, all'opposto, afferma l'ammissibilità dell'anatocismo, sia pure nei limiti dalla stessa norma indicati. Lo specifico oggetto di indagine è, pertanto, come esattamente propone il ricorrente, l'esistenza o non di una consuetudine in base alla quale nei rapporti tra banca e cliente, gli interessi a carico del cliente possano essere capitalizzati (e quindi possano produrre ulteriori interessi) ogni trimestre.*

*Ora, dall'orientamento giurisprudenziale richiamato, non emerge che questa Corte abbia in precedenza affermato l'esistenza di una norma consuetudinaria di questa precisa portata, essendosi limitata ad affermare, sulla base di un dato di comune esperienza, che l'anatocismo trova generale applicazione nel campo delle relazioni tra istituti di credito e clienti. Anzi, la dottrina formatasi nel vigore della disciplina anteriore all'entrata in vigore del nuovo codice, anche sulla base della giurisprudenza dell'epoca, affermava che gli usi normativi in materia commerciale, fatti salvi dall'art.1232 del c.c. del 1865, erano nel senso che i conti correnti venivano chiusi ad ogni semestre e che al momento della chiusura potevano essere capitalizzati gli interessi scaduti. Inoltre, anche tra i primi e più autorevoli commentatori dell'art.1283 del codice vigente, si affermava che l'uso contrario richiamato da detta disposizione prevedeva che divenisse produttivo di interessi solo il saldo annuale o semestrale del conto corrente. Non v'è alcun elemento, quindi, che autorizzi a ritenere esistente, prima del 1942, un uso normativo che autorizzava la capitalizzazione trimestrale degli interessi a carico del cliente di un istituto di credito.*

*2.6. E', comunque, decisivo un ulteriore rilievo, puntualmente messo in evidenza da una parte della dottrina. La capitalizzazione trimestrale degli interessi scaduti a debito del cliente è stata prevista in realtà per la prima volta dalle c.d. norme bancarie uniformi in materia di conto corrente di corrispondenza e servizi connessi predisposti dall'A.B.I. con effetto del 1 gennaio 1952. La clausola sei, dopo avere affermato che in via normale i rapporti di dare e avere sono regolati annualmente, portando in conto (e cioè capitalizzando) gli interessi al 31 dicembre di ogni anno, disponeva che i conti che risultino anche saltuariamente debitori dovevano essere regolati invece, in via normale, ogni trimestre e con la stessa cadenza gli interessi scaduti producevano ulteriori interessi, al tasso da determinarsi tenendo conto delle condizioni praticate usualmente dalle aziende di credito operanti sulla piazza. Non è stata mai accertata, invece, dalla Commissione speciale permanente presso il Ministero dell'industria, ai sensi del d.l.g.vo del C.p.S. 27 gennaio 1947, n.152 (modificato con la legge 13 marzo 1950, n.115) l'esistenza di un uso normativo generale di contenuto corrispondente alla clausola di cui si è detto. Tale uso generale è stato oggetto di accertamento e pubblicazioni in raccolte di natura meramente privata. Per quanto riguarda, inoltre, l'accertamento di usi locali da parte di alcune Camere di commercio provinciali, ai sensi del combinato disposto degli artt.34, 39-40 del r.d. 20 settembre 1934, n.2011 e dell'art.2, del D.Lg.vo luogoten. 21 settembre 1944, n.315, deve rilevarsi che si tratta di*

accertamenti avvenuti tutti in epoca successiva al 1952 e ciò esclude che, in concreto, possa essere attribuita alla indicata clausola delle c.d. norme bancarie uniformi in vigore dal 1952 una funzione probatoria di usi locali preesistenti. Peraltro, la presunzione derivante dall'inserimento nelle raccolte delle camere di commercio, di cui all'art.9 delle disp. Prel. al c.c. riguarda l'esistenza dell'uso e non anche la natura, normativa o negoziale. Anzi, in concreto, il rapporto temporale che è intercorso tra la predisposizione delle c.d. norme bancarie uniformi in tema di conti correnti di corrispondenza e le deliberazioni camerali con le quali sono stati accertati usi locali di contenuto corrispondente, può autorizzare la presunzione che l'accertamento dell'uso locale sia conseguenza del rilievo di prassi negoziali conformi alle condizioni generali predisposte dall'A.B.I., prassi alle quali mai potrebbe riconoscersi efficacia di fonti di diritto obiettivo, se non altro per l'evidente difetto dell'elemento soggettivo della consuetudine, potendo al massimo ritenersi che si possa trattare di clausole d'uso ai sensi dell'art. 1340 c.c. A conferma della fondatezza di tale presunzione può ricordarsi che nella raccolta degli usi bancari curata dalla Camera di commercio di Firenze, edizione 1960, l'uso relativo alla capitalizzazione trimestrale degli interessi a carico del cliente è espressamente definito come uso negoziale. Giova, peraltro, sottolineare che, comunque, nella specie la banca controricorrente non ha invocato un uso normativo locale, ma un uso nazionale, che, in conformità con una parte della giurisprudenza di merito e della dottrina, sulla base dei puntuali rilievi, storici e giuridici, ora sinteticamente indicati, deve ritenersi inesistente.

2.7 Infine, non appare irrilevante anche quanto può desumersi dalla concreta esperienza giurisprudenziale e dalla dottrina più volte richiamata, circa l'elemento psicologico che si accompagna al generalizzato inserimento nei concreti regolamenti contrattuali di clausole (la cui validità, alla stregua dell'art.1283 c.c e in mancanza di un uso contrario, non potrebbe certo essere data per scontata) conformi alle condizioni generali predisposte dall'A.B.I. che prevedono la capitalizzazione trimestrale degli interessi a debito del cliente, mentre gli interessi a carico della banca sono capitalizzati annualmente. Dalla comune esperienza, infatti, emerge che l'inserimento di tali clausole è acconsentito da parte dei clienti non in quanto ritenute conformi a norme di diritto oggettivo già esistenti o che sarebbe auspicabile che fossero esistenti nell'ordinamento, ma in quanto comprese nei moduli predisposti dagli istituti di credito, in conformità con le direttive dell'associazione di categoria, insuscettibili di negoziazione individuale e la cui sottoscrizione costituisce al tempo stesso presupposto indefettibile per accedere ai servizi bancari. Atteggiamento psicologico ben lontano da quella **spontanea adesione** a un precetto giuridico in cui, sostanzialmente, consiste l'opinio iuris ac necessitatis, se non altro per l'evidente disparità di trattamento che la clausola stessa introduce tra interessi dovuti dalla banca e interessi dovuti dal cliente. Su questo aspetto soggettivo, peraltro, l'orientamento di questa Corte non aveva fatto alcuna specifica considerazione, essendosi limitata ad osservare che sia le banche che i clienti chiedono e riconoscono come "legittima" la pretesa degli interessi anatocistici. Ma tale osservazione non è rilevante, perché la legittimità della pretesa della corresponsione degli interessi anatocistici deriva direttamente dalla circostanza che il legislatore del '42 non ha ripetuto l'antico divieto ma, al contrario, ha ritenuto ammissibile l'anatocismo, sia pure nei limiti senati dall'art.1283 c.c. il punto da decidere era, invece, di vedere se tali limiti erano superabili, per l'esistenza di una norma di diritto obiettivo consuetudinario di contenuto diverso, mentre su tale aspetto il citato orientamento non esprime alcuna valutazione.

3. Sulla base dei rilievi formulati si deve, quindi, ritenere che la previsione contrattuale della capitalizzazione trimestrale degli interessi dovuti dal cliente, in quanto basata su un uso negoziale, ma non su una vera e propria norma consuetudinaria è nulla, in quanto anteriore alla scadenza degli interessi...."

**Si tratta di un passaggio importante : in poche parole la Cassazione nega che gli usi bancari siano normativi in quanto non sono accettati "spontaneamente" dagli utenti ma sono a loro imposti da contratti standard, e pone l'accento sul carattere di "ripetizione pubblica" di un comportamento da parte di una generalità di consociati.**

**La "spontaneità" dei comportanti che sostanziano le consuetudini diventa così garanzia di libertà, espressione della sovranità, rivincita della praxis quale "diritto della vita" e della sua libera evoluzione.**

**Una questione altrettanto spinosa è data dal concetto di "usi interpretativi".**

**La "giurisprudenza" è consuetudine? E' uso normativo o interpretativo?**

**Non ci sono norme generali sull'argomento ma solo all'interno di certi settori come il Codice civile o il Codice penale, a loro volta vissuti attraverso le lenti della giurisprudenza. A livello di concetto l'"uso interpretativo" presuppone il diritto quale res inveniibile in "natura" e bisognevole solo di chiarificazione e al massimo di integrazione. E' la concezione eteronoma e positivista del diritto, concezione che rifiutiamo in quanto irrazionale, totalizzante e bisognevole di postulati irrazionali.**

**La Giurisprudenza ha paura ad ammettere l'ordine delle cose: la sua stessa attività e i suoi stessi esiti conservati nel ricordo sono consuetudini valutative, consuetudini di secondo grado, in quanto non esiste il diritto quale "res" da riconoscere ma solo il diritto quale co-generazione creativa e rituale.**

**Concentrando l'attenzione sulla moneta in generale invece possiamo dire che la "forza" della moneta non è data dalle Banche, (le quali tentano di esserne i monopolizzatori politici) né dagli Stati (i vecchi monopolizzatori) ma deriva unicamente dalla "consuetudine" cioè dalla pratica accettazione e adesione alla moneta compiuta dai suoi numerosi utilizzatori.**

**Quali sono i canoni della moneta quale consuetudine (vincente)?**

- a) **il simbolo**; ogni moneta manifesta simboli e svolge una funzione simbolica e sintetica e il "simbolo" è legame, è scambio;
- b) **l'astrattezza-sovranià**; è un "titolo": il rapporto unità/valore è incorporato in modo arbitrario (e sovrano) nella stessa; ciò facilita le valutazioni, liberandoci da calcoli complicati; è un modello, una forma;
- c) **l'unità**: la moneta è una: le serie riprodotte sono già valore di scambio, sono token/simboli che possiedono valore in quanto duplicazioni dell'unico Type o Archetipo
- d) **identità**: i duplicati sono identici al modello; tale fattore genera fiducia e stabilità psicosociale; se  $x$  ritorna uguale a  $x$  allora è un valore di per sé: ha già vinto la prima prova dell'esistenza; è affidabile;
- e) **l'universalità**: indifferenza della moneta al tipo di beni: qualsiasi bene di scambio è monetizzabile.
- f) **riproducibilità**: aspetto vicino a quello della sovranità
- g) **la triangolarità**: ogni moneta giudica e valuta due beni: è un giudice in un processo!

**Tali canoni ne fanno "metodo" di misura del valore sociale dei beni e ci dimostrano le forze degli archetipi sul collettivo!**

**Così opera la consuetudine: è metodo di misura dei fenomeni!**

**Sono canoni che in parte derivano psicosocialmente ed esteticamente dal valore simbolico e "regale" dell'oro nell'antichità e dall'altra dalla tecnica efestica dello "stampare".**

**Le ragioni contingenti dell'adesione consuetudinaria sono molteplici: la comodità/necessità pratica, (la nuova moneta in forma di "card" non si è imposta per esigenze di "comodità" e velocità?) la suggestione simbolica; l'assenza di forza per generare un sistema di generazione simbolica "altro"; l'illusione della coincidenza fra il potere politico/ economico e la genesi del valore della moneta, la**

**falsa illusione che la stabilità sociale derivi dal sistema politico e non invece dalla coesione pratica e spontanea dei consociati.**

**Il paradosso della valutazione di scambio:**

- a) **si scambiano due beni suscettibili di valutazione di valore**
- b) **la moneta è un valore unico, autosussistente**
- c) **si quantifica il valore dei beni differenti attraverso un unico mezzo altro**
  
- a) **il valore dei beni in sé deriva da se stessi o da altro (?)**
- b) **non c'è valore dei beni senza scambio**
  
- c) **i beni danno valore alla moneta e la moneta dà valore ai beni !**
  
- d) **ma la moneta è in realtà solo unità' di calcolo e non generatrice di valore; è un giudice che giudica senza leggi ! Dà valore o riceve valore dalle cose e dal loro scambio ? E' la sintesi del solo valore di scambio? No: perchè nessun bene è preso quale criterio di raffronto, e nessuno scambio è uguale all'altro ! E' una sorta di magia cerimoniale ! E' la sintesi del loro valore di beni? No: non ci sono criteri per combinare le unità di conto in cifre !**

**Esito : un Euro vale ogni secondo un valore differente in base ai mercati = inconoscibilità del valore vero della moneta ! Oppure : Un Euro non vale nulla se non lo utilizziamo !**

**Ogni unità di moneta presenta due tipi di valore: un valore di "base" c.d. autoreferenziale e un valore di "scambio". Il primo nasce legato al valore intrinseco (estetico/di rarità) di certi metalli (l'oro in primo luogo) e ora appare del tutto autoreferenziale in quanto viene autofondato dal sistema finanziario mondiale; il secondo è l'epifenomeno della "prova" della prassi : l'arbitrarietà del giudizio di pochi che vince la prova della prassi.**

**Dopo gli accordi di Bretton Woods la potenza misteriosa della consuetudine in rapporto alla moneta appare grandemente maggiorata e manifesta.**

**La consuetudine fonda il valore della moneta superando ogni possibile arbitrarietà storica/politica.**

**Già Nietzsche aveva rivelato il peso grandissimo nell'esistenza e nel sapere dell'operazione estetica del "valutare" e del "giudicare".**

**Giudicare è "pesare", è "misurare" e compendosi tale operazione si forma la stessa unità di misura ! La bilancia è simbolo sia di giustizia che operazione tecnica antichissima di commercio.**

**Anche nel libro di Daniele appare una evento fatale di Giudizio hic et nunc :**

**«Mene / Dio ha misurato tuo regno e gli ha posto fine. / Tekel: tu sei stato pesato (come un siclo, unità di peso) sulle bilance e sei stato trovato mancante /. Peres: il tuo regno sarà diviso a metà tra Medi e Persiani» (5,25-28).**

**Anche qui il Giudizio ternario !**

**Lo scambio (che è consuetudine), se effettuato, è già esso stesso un valore ! In quanto è un fatto, una prassi che si è compiuta a livello sociale, e veicola quindi un senso di equilibrio e soddisfazione comune.**

**Più cresce lo scambio più cresce l'aspettativa, la stabilità, la forza sociale.**

**Lo scambio è consenso!**

**Lo scambio inizialmente genera solo positività di relazione. Successivamente può generare rapporti di dipendenza e monopolismo.**

**Il *paradosso* dello scambio:**

- a) *più un bene è scambiato più accresce il valore dello scambio*
- b) *più un bene è scambiato più si svaluta il valore del bene*

**Il simbolo non si logora; la moneta resta Qualità nonostante l'uso.  
La "forza" della moneta è la risultante di:**

- a) *uso*
- b) *fiducia sociale*
- c) *simbolo di giudizio e di sintesi*

**Oggi nella moneta anche il valore di scambio è autoreferenziale !  
Il valore di scambio di un Euro è = al valore al quale lo ha scambiato !**

**Lo stesso processo consuetudinario genera la forza e la ricorrenza esistenziale del diritto !**

**Lo scambio è rete, è racconto, storia, redibilità, è evoluzione, è titolo a sua volta (di secondo grado), è forza suggestiva ed evocativa, è simbolo a sua volta di ricchezza e stabilità. La collettività delega spontaneamente ( o meglio : appare similmente) alla funzione /simbolo della moneta il compito di valutare il valore di scambio, anche in assenza di un valore intrinseco ! Gli effetti di tale delega sociale vengono ovviamente "espropriati" in modo sistematico dalle banche centrali.**

**A ciò può aggiungersi il paradosso del valore della moneta:**

- a) *la moneta non ha valore in se (io costo di produzione è irrisorio e può essere riprodotta indefinitivamente)*
- b) *la moneta misura il valore di ogni bene e di ogni scambio*
- c) *se si moltiplica o si riduce di per sé non cresce e non diminuisce il valore dei beni (si comprerà con meno moneta più beni o con più moneta meno beni)*

**oppure:**

- a) *la moneta misura il valore dello scambio (come un giudice fra due parti)*
- b) *la moneta è sovrana e infallibile quale unico e immediato giudice senza appello*
- c) *il giudice può essere ricusato oppure le parti possono non ricorrere al giudice ma è più "comodo" e facile farlo: di qui il "potere" del giudice/moneta*
- d) *il giudice /moneta si fa pagare con le stessi merci come se un Giudice si facesse pagare non dallo Stato ma dalle parti con la loro stessa res litigiosa ! Si tratterebbe certo di un Giudice molto parziale e inaffidabile !*

**Ogni token di moneta ha valore in quanto riproduce un fascinoso type ma di per se la moltiplicazione di token non aggiunge nulla la valore dell'unico type !**

**Questa fertilità di produzione della moneta sembra in realtà sterile se non fosse una fertilità "simbolica" : il potere sovrano di decidere quanto diffondere la funzione di misura del valore (moneta); il valore dell'automoltiplicazione della misura del valore ! Potere a sua volta misterioso e archetipico in quanto non è possibile delineare criteri tali da orientare la discrezionalità di produzione. (il fantasma dell'inflazione è un fantasma appunto)**

**Per ogni "*filosofia del valore*" emergono tre campi di forza sinergici :**

1. *il punto di osservazione iniziale (l'io osservante nel suo presente)*

2. **il riconoscimento del comportamento altrui attributivo di valore**
  3. **la propria adesione soggettiva al valore (interpretato/riconosciuto)**
1. **Si procede per giudizi simbolici/estetici, per comparazioni qualitative; e ciò presuppone l'adesione ad altri valori di riferimento (valutare il fatto/fenomeno x è valutare due valori almeno w e x)**
  2. **Per valutare il comportamento altrui in termini di valore è necessario un codice comune di linguaggio, di simboli orientativi e di valori base (valori-opzione o valori-habitat o valori impliciti) E' una "traduzione", un'operazione ternaria.**
  3. **date le premesse ogni osservazione non può che concludersi nella giustificazione della propria adesione pratica ad un valore attraverso l'attribuzione di "valore" a tale valore ! (il valore, come la moneta, quale oggetto di giudizio pratico di valore =l'uso)**

**In conclusione il "potere" della moneta è analogo al misterioso e simbolico potere della consuetudine ! E' potere inesplicabile se viene sganciato dall'esistenza di riserve statali (o bancarie) di metalli pregiati; è potere che viene creato dall'uso e quindi dalla collettività che proietta valore su tale uso e su tale simbolo.**

**In conclusione il "potere" della moneta è analogo al misterioso e simbolico potere della consuetudine !**

**Tornando al tema centrale del "processo", quale ineludibile topos del mythos del diritto, accenniamo ad un percorso mentale di gioco culturale che ci è stato recentemente sottoposto e che può qui assurgere a funzione di aneddoto illuminante:**

### **Il metodo "Mozzi" :**

- a) **disegnare se stessi (auto-osservazione)**
- b) **disegnare mappa della propria casa (rete di simboli per il proprio orientamento)**
- c) **elenco delle persone incontrate ieri (n°) - selezione di valore relazionale**
- d) **elenco degli eventi più importanti (stesso n°) - selezione di valore mestico auto-riflessivo**

**Lo scrittore Giulio Mozzi nel suo corso a Tortona su "Simboli e archetipi" ci fece testare questo procedimento quale esempio di passaggio dall' archetipo (noi stessi) alla rete dei simboli del nostro spazio vitale; e da questa rete a possibili racconti e "storie".**

**Il medesimo "processo" avviene nel processo:**

- a) **l'autocoscienza dialettica dello scontro**
- b) **l'uso di simboli condivisi e la loro combinazione ri-costruttiva**
- c) **i fenomeni e le relazioni vanno selezionate secondo ordini di priorità**

**Ergo il processo è (anche) fenomeno di comunicazione, retorica, narrazione.**

**Ergo il processo è baconiano sviluppo selettivo che avviene per comparazione critica e qualitativa.**

**E come tale possiede topoi e questo aspetto conferma ulteriormente il suo svilupparsi e riconoscersi quale consuetudine.**

**Le cinque ragioni (prove) della giuridicità e della centralità della consuetudine nel  
"mondo" del diritto :**

- 1. la moneta è consuetudine**
- 2. ogni Grund Norm è consuetudinaria e ogni Grund Norm è necessaria per evitare il recursus ad infinitum causale e per non "uscire" dal sistema del diritto**
- 3. il processo è consuetudine (è impossibile celebrare un processo senza fare riferimento ad una qualche consuetudine, almeno valutativa);**
- 4. il "ragionamento giuridico" è consuetudinario in quanto basato su automatismo quali il giudizio causale che è induzione simbolica di valore (simile all'intuizione estetica)**
- 5. la giurisprudenza è consuetudine**
- 6. il testo scritto normativo è debole, e viene sempre "retto" da consuetudini di adeguamento/evoluzione**

**Per sua natura la giurisprudenza deriva dalla iterazione di decisioni simili dalle quali si ricava per induzione, selezione e assimilazione, un "principio" chiaro e semplice che funge di per se da orientamento suggestivo e simbolico per altre decisioni. Si tratta quindi di una c. in quanto deriva da prassi consolidate a cui si attribuisce un valore giuridico. Non è possibile distinguere fra "ricognizione" e "generazione" di norme da parte di chi opera nel diritto (solo uno studioso sioalto dalla società può "ri-conoscere" norme senza produrle) e ciò per molteplici motivi : il diritto non è un sistema chiuso, non è una "macchina banale", non è un fenomeno o sistema osservabile scientificamente in un ambiente asettico e autogeno, non è oggetto riproducibile o sperimentabile.**

**Ri-conoscere norme equivale e co-generale, a confermarle, a rafforzarle o indebolirle: l'"occhio" che vede il diritto lo genera !**

**Ciò perchè il diritto è struttura mentale già operante in chi osserva.**

**Oltre a ciò basti pensare che la sentenza è una legge; è la legge del caso, la legge del rapporto e del conflitto che (esso solo) manifesta il diritto con chiarezza e forza.**

**Ma viceversa anche la produzione di una legge può essere vista come un conflitto simile al processo !**

**La più debole sentenza è più forte della più potente legge**

**Il documento che incorpora un testo normativo veicola una debolezza intrinseca: il suo essere un mero supporto comunicativo di un qualcosa di sfuggente !**

**Il documento cartaceo che contiene una norma non è neppure un token dell'unico documento normativo originario (la Gazzetta Ufficiale, o meglio ancora il testo originale votato negli organi competenti) ma è solo un simbolo, una possibile prova in caso di conflitto interpretativo/pratico. Lo stesso vale per il documento giuridico della P.A.**

**Il diritto è spontaneità, vita, volontà e si muove ed evolve in una dimensione sociale e pratica assai più vasta e complessa di quella contenuta in un pezzo di carta.**

**Basti vedere la notevole distanza che separa sempre la "lettera" cartacea della legge dalle prassi della P.A.; nonchè i "tempi" e "modi" di "metabolizzazione" di una novità normativa: occorrerà almeno un anno prima che si accorga solamente a livello di prassi della novità e poi altri anni per una parziale adeguamento.**

**Basti pensare alle tristi vicende della L 241/90 la quale, a sedici anni distanza dal suo varo, è ancora in gran parte inapplicata, elusa, o "deformata" in molte P.A. italiane ! Per tal motivi è stata più volte "ritoccata" e "riproposta" !**

**Ma anche in un ipotetico e astratto caso di perfetta ed immediata ottemperanza pratica al dettato cartaceo della norma sarà sempre una consuetudine quella che ci permetterà di riconoscere la norma nella prassi.**

**Il documento è solo un supporto: la norma non risiede mai nel documento ma solo nella prassi di adempimento; cioè in una similare consuetudine ! Il diritto viene immediatamente “volatilizzato” non appena è conclusa la procedura formale di “produzione”, la quale a sua volta cristallizza simbolicamente un conflitto di forze e opposte tendenze sociopolitiche e culturali.**

**La consuetudine ci parla del vero cuore del diritto, della sua vera essenza :**

- 1. è autopoietica ; autodichiarativa e autoidentificativa perchè ha già vinto la sfida della prassi**
- 2. non ha bisogno di riscontri perchè è essa stessa il riscontro; già esiste, seppur a livello di latenza (inutilità dell’eteronomia, valida solo in un sistema formale presunto)**
- 3. è matrice “del” diritto restando “nel” diritto**
- 4. rende possibile il diritto quale sistema pratico e vivente (l’esistenzialità del diritto)**

**Il diritto senza consuetudine è mero arbitrio senza alcun limite, cioè non è diritto !**

**Il diritto ( e la consuetudine) è scelta di valore, è valore socialmente condiviso e corrisponde alla natura umana quale natura naturalmente produttiva in termini di diritto !**

**Due individui in un isola tropicale deserta “producono” diritto, magari senza accorgersene immediatamente, in quanto agiscono, si relazionano, simbolizzano, possiedono aspettative e affidamenti, progettano, parlano....**

**La consuetudine ci parla della genesi del valore e del giudizio quale operazione di sintesi simbolica.**

**La consuetudine “dà legge a se stessa” come fanno quotidianamente gli uomini in società : darsi una norma etica pratica; e ciò è tanto vero quanto si consideri che non basterebbe alcuna sanzione o sistema repressivo seppur potente e perfetto se non fosse inverato consuetudinariamente dalla maggioranza (anche semplice) dei consociati.**

**Anche a livello pratico è facile esemplificare sull’importanza della consuetudine oggi nel mondo del diritto italiano: basti pensare al mondo dello sport, della criminalità organizzata, del gioco d’azzardo, della prostituzione, della superstizione....**

**Le varie “mafie” non sono forse ordinamenti giuridici consuetudinari con proprie regole e sanzioni ?**

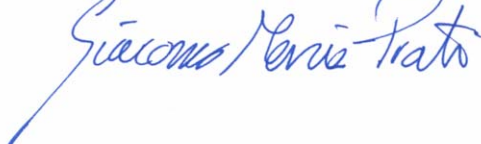
**Seppur sia stupido distinguere fra forma e materia nel diritto (che è simbolo e sintesi pratica) a fini espositivi possiamo dire che come il processo è “forma “ del diritto così la consuetudine è “materia” del diritto; relazione ovviamente reciproca in quanto la forma è anche consuetudine e il riconoscimento della consuetudine avviene per formas et simbula.**

**Come i simboli e le funzioni (loro secolarizzazione) operano quasi in modo “numinoso” in quanto solo in un secondo momento abbisognano di immagini e simboli e riti per sviluppare i loro decorsi pratici, la necessità originaria è inconoscibile, fascinosa e “terribile” come Nemesi o le Moire, così il processo nasce quasi inconsapevolmente dall’esistenza per poi farsi linguaggio simbolico e**

***immagine mitica; quale desiderio di ri-vivere, di ri-tornare, di ri-percorrere, il fatto irreparabile, quale desiderio di tornare a curvare la volta celeste in un tempo ciclico quale sfera serena nella sua equanimità, quale medicina avverso l'arbitrio brutale dell'assolutezza di un fatto.***

**Milano 2006-06-09**

**Giacomo Maria Prati**



### **Segni**

- *Joseph De Maistre, Saggio sul principio generatore delle costituzioni politiche e delle altre costituzioni, Soc. ed. Il Falco, Collana il Ponte, Milano, 25/10/1982.*
- *Roberto De Mattei - La sovranità necessaria - Il Minotauro 2001*
- *Prof. Giacinto Auriti, il paese di utopia", Tabula fati (sul web)*
- [www.giulioozzi.com](http://www.giulioozzi.com) ; Riassunto del corso di Giulio Mozzi in Tortona /10-11 giugno 2006 "Simboli e archetipi", Antica Sala Consigliere di via Mirabello, Antico Palazzo Municipale di Tortona.