

**I 35 paradossi della consuetudine
ovvero conversazione con “maestra ignoranza”
sull’esistenza di un fantasma**

Anticipazioni ex abrupto provenienti da :
“Kanon. Filosofia della regolarità” di A. G. Conte

di **Giacomo Maria Prati**

In tema di consuetudine possono enuclearsi :

- 1. paradossi che derivano dall’antica formulazione strutturale del concetto di consuetudine;**
- 2. paradossi che derivano dalla nozione intuitiva di consuetudine**
- 3. paradossi relativi alla giuridicità o meno della consuetudine**
- 4. paradossi che derivano dall’ambiguità della nozione di diritto**
- 5. paradossi che derivano dall’assenza di un discorso coerente sul metodo**
- 6. paradossi che derivano da altri paradossi**

Per consolidata tradizione sia dottrinale che giurisprudenziale si individuano in due elementi i fattori costitutivi del fenomeno giuridico antichissimo della consuetudine:

- a) la diuturnitas**
 - b) l’opinio iuris ac necessitatis**
-
- a) iterazione regolare (affidabile, costante, ricorrente, prevedibile)**
 - b) valutazione condivisa di valore (“dover essere”)
(quanto di spontaneo e quanto di necessitato?)**

Tale distinzione apparentemente così chiara, semplice, razionale, e illuminante, in realtà genera ben quattro paradossi di difficile compensazione/superamento

1. Il paradosso della reversibilità o della tautologia :

“ la diuturnitas è l’opinio e l’opinio è la diuturnitas”

**irrelevanza della distinzione / rischio di inconoscibilità del fenomeno nella sua
“atomicità” non scomponibile in elementi più semplici**

Esplicazione : anche la diuturnitas é frutto di una valutazione condivisa e non unilaterale; e anche l’opinio è frutto di una regolarità di osservazione ed interpretazione - (causalità reciproca ed equivalente)

2. Il paradosso del decorso causale autogeno (recursus ad infinitum) e sterile

- a) L’opinio iuris ac necessitatis innestandosi (sequenzialità causale) sulla diuturnitas genera la consuetudine**
- b) L’opinio è a sua volta una consuetudine in quanto deve essere : condivisa, costante, persistente ed avere per oggetto la stessa iterazione della diuturnitas; (una consuetudine genera una consuetudine? Tautologia e autoconservazione e autoidentificazione)
Posizione di un postulato senza un contesto o un metodo.**

- c) *Cosa o chi genera l'opinio iuris ac necessitatis quale altra consuetudine o altro fattore causale ? Sono fattori eteronomi o endogeni ? E' la giurisprudenza? Perdita dello spazio e dell'orizzonte dell'indagine, evaporazione dei segni di orientamento dell'indagine. Nebbia.*

3. Il paradosso della "tradizione occultata"

- 1. nel concetto e nel termine linguistico di "opinio iuris ac necessitatis abbiamo visto come il primo termine di paragone è tautologico (l'opinione persistente del diritto è già diritto) e quindi il secondo contenuto : la "necessità" (ma di cosa? e per cosa?) si auto-impone per via linguistica e per mera "traditio" passiva quale modello specifico di concezione genetica e unitaria del diritto**
- 2. autodimostrazione del fattore genetico del diritto : il diritto è opinione di necessità che si impone nella prassi (il diritto contiene in se il rinvio a se stesso, contiene in se il simulacro di se stesso)**
- 3. ergo : siccome questa fantomatica necessità non ha nome né qualifica né contenuti allora va intesa quale "necessità di diritto" cioè un'altra formula per manifestare l'autopoiesi del diritto come prassi e nella prassi (la consuetudine è un gioco linguistico/prospettico divenuto tradizione sociale condizionante (idola fori))**

4. Il paradosso dell'osmosi fra occhio/fenomeno visto ; fra osservazione/prassi

Non si può "guardare" una prassi con costanza senza produrre una consuetudine valutativo/pratica. Chi guarda una regolarità produce una regola !

Non si può osservare una consuetudine senza aderire ad essa !

Quando la prassi assume connotati evidenti erga omnes di ripetizione-ritorno periodico allora non può essere "attestata", studiata, riconosciuta senza rafforzarla. E se ci si volesse opporre a tali tipi di prassi allora si aprirebbe una possibile germinazione futura (ma cosa può un singolo contro l'indistinto?) o di una desuetudine (che è sempre una nuova consuetudine) o di una consuetudine altra.

In ogni caso la valutazione/osservazione della prassi è la medesima matrice generativa sia dell'idea di iterazione, che dell'idea di regolarità, che dell'idea di regola (=opinio = c'è una regola= voglio vederci una regola = il "dover essere" "deve" essere, "deve" esserci !)

5. Il paradosso della tautologia generativa dell' opinio iuris ac necessitatis"

Nel concetto di "opinio" è già implicito il senso del "dover essere", cioè è già dato il diritto di cui si esporrebbe la fonte generativa. Coincidenza fra oggetto dell'opinio, il diritto/"iuris" e risultato dell'esistenza del fenomeno "consuetudine" (quale fatto, dato, prassi) : il diritto. Il risultato è anticipato, è già manifestato nella causa ! Inconsistenza di ogni visione causale del diritto quale "effetto" o fattore "generativo"

Il diritto pone se stesso, si auto-produce, si auto-riflette occultando ogni via causale altera da se stesso, dal proprio riconoscimento pratico; che è poi lo stesso diritto.

L'opinio è la manifestazione del "dover essere", è il riconoscimento di tale istanza psicosociale, è l'inveramento nella prassi di tale struttura mentale comune.

**Quando il diritto “appare” è già prassi : estrema difficoltà di individuare indici o contesti generativi o fattori autogeni. La consuetudine è “vuota”, è puro nome, è puro simbolo, non ci aiuta a indagarla ! E’euristicamente impotente e sterile
Sterile anche la sua natura dicotomica: o esiste o non esiste, come fosse un dato fisico e non un prodotto interpretativo ex prassi, un processo di graduale ormazione!**

6. Il paradosso della giurisprudenza quale “consuetudine delle consuetudini”

Autocontrollo conservativo/evolutivo delle prassi di efficacia/valore dominante

- a) contra : la giurisprudenza è ricognitiva e non generativa di norme**
- b) pro : distizione formalistica e non pragmatica : la giurisprudenza è per sua natura creativa di norme : le sentenze, le leggi più concrete, razionali, certe, e studiate che esistano. La giurisprudenza per sua natura è consuetudinaria, anzi è l’unica consuetudine forte e certa in quanto è assistita da indici formali, procedurali, simbolici: è prassi che si solidifica e sedimenta e non solo un mero prodotto euristico occasionale.**
- c) Gli operatori del processo creano quel diritto che fingono di “trovare” : lo costruiscono, lo proiettano, lo decidono, lo plasmano. Autopoiesi del diritto. Riconoscimento = esistenza (e vice versa). Prova = prassi (e vice versa).**

7. Il paradosso dell’universalità della consuetudine

- a) Tutto è consuetudine = altrimenti non sarebbe sussistente nella prassi e non sarebbe oggetto di un opzione di valore**
- b) Il diritto lo genera nella prassi chi lo accetta e lo accoglie, non chi lo agita o indica (il senso della proposizione lo decide l’ascoltatore)**
- c) consuetudine = solidificazione pratica della fiducia; generata da atti singoli e ripetuti di adesione alla credibilità/affidabilità a presunto valori, simboli, codici, forme, linguaggi , e prassi.**
- d) Ergo la consuetudine non spiega il diritto ma lo pone e manifesta. Non lo “causa” ma ne è inscindibile; si può guardare solo “dentro” la consuetudine, ma non fuori di essa in quanto la “consuetudine” è habitus esistenziale quotidiano, inseparabile dall’occhio dell’osservatore, habitus di semplificazione, “costruzione” e “ri/costruzione” personale di modelli, ipotesi, simboli, relazioni, linguaggi (ne veri e nè falsi ma : o efficaci, coerenti, armonici; o inefficaci, incoerenti, disarmonici). Ogni fenomeno appare in un processo dinamico che va schematizzato (dalla prassi empirica si distilla la prassi valutativa e viceversa)**

8. Il paradosso dell’ “auto-consuetudine” o della “tradizione totalizzante”

**L’idea della “consuetudine” è una consuetudine !
Impossibilità di distinguere se è nata prima l’ idea o la prassi della consuetudine. Impossibilità di fondare una rappresentazione sul mero dato della sua persistenza temporale.**

9. Il paradosso del valore e della percezione

- a) o si percepiscono dei fatti o si attribuisce un valore**

- b) non si può percepire la c. in quanto non è un fenomeno sensoriale, potrebbe essere un fenomeno simbolico**
- c) dare valore a fenomeni rappresentativi (mediazione di secondo grado) è proprio di ogni atto conoscitivo/proiettativo (indistinzione della c. rispetto ad altre rappresentazioni) e non implica alcuna giuridicità**

10. il paradosso dell'incertezza assoluta

- a) Ogni atto di adesione (volitiva, valutativa, proiettiva, passiva) ad una regolarità può fondare e/o rifondare la c.**
- b) Nulla ci dà la garanzia che l'atto sarà ripetuto una seconda volta**

11. La catena dei paradossi della quantità e della qualità

- a) non ci sono criteri per stabilire quando la quantità muta in qualità**
- b) non sappiamo se la quantità possa mutare in qualità**
- c) la qualità è una ri-costruzione rappresentativo/simbolica (vale solo per ciascun singolo dato/fatto)**
- d) la serie delle ripetizioni è muta**
 - a) la quantità presuppone l'identità di un dato**
 - b) ciascun dato/fatto ha la propria identità, la propria unicità**
 - c) non esiste la quantità ma solo la ripetizione di dati/fatti singoli**
 - d) solo i simboli possono permetterci di parlare in termini di "quantità" (es: la moneta)**
 - e) la c. è un simbolo (è anticonoscitiva) è res linguistica e non giuridica;**
 - f) mancano le condizioni e i criteri per poter valutare quando è utile o necessario usare tale linguaggio**

12. Il paradosso della ripetizione

- a) la ripetizione presuppone l'identità di una res che compare una molteplicità di volte**
- b) non ci sono criteri per riscontrare una identità se non la riproduzione tecnica**
- c) si può valutare in modo efficace in termini di iterazione o di regolarità solo in un sistema di osservazione chiuso costruito dall'osservante**
- d) la società è un sistema aperto e incontrollabile**
- e) il concetto di iterazione e di regolarità sono, nel linguaggio comune, ri-costruzioni linguistiche semplificative**
- f) il diritto utilizza il linguaggio comune e la socialità**
- g) la c. è un "salto" logico di tipo linguistico/simbolico che anticipa una volontà di vedere il "diritto"/"dover essere" in alcuni fatti ma per ragioni o condizioni differenti dalla finzione di una "resistenza" particolare di certi fatti**

13. Il paradosso della morte del diritto

- a) *Il diritto si distingue dal fatto*
- b) *Il fatto si distingue dal diritto*
- c) *La c. è un fatto in quanto oggetto di studio/valutazione*
- d) *La c. non è diritto*

- a) *La c. è la forza della prassi*
- b) *Se la c. è diritto allora ogni fatto è diritto*
- c) *Allora il diritto “svanisce” diventando il dominio della forza e delle forze (studio dell’energia o politica)*

14. Il paradosso della collettività o dell’indeterminatezza

- a) *la c. presuppone una collettività di soggetti che valutano, agiscono e aderiscono*
- b) *manca un possibile complemento oggetto di tali operazioni*
- c) *infatti la collettività non esiste : mancano codici e linguaggi comuni*
- d) *indeterminatezza (e non controllabilità) irrisolvibile sia dei soggetti che di un possibile enunciato/senso/significato su cui dovrebbero far convergere la loro volontà*

15. Il paradosso della causalità e del movente

- a) *non sappiamo la causalità di una iterazione/regolarità*
- b) *non sappiamo il “mover” (causalità psichica) di un’opinione o valutazione*
- c) *non si può ricavare nulla da due ignoranza irrisolvibili: da ciò di cui non si conosce l’origine non si può far derivare null’altro*

16. Il paradosso dell’occhio

- a) *la c. è un modo di vedere i fatti*
- b) *se la c. fosse giuridica allora tutto sarebbe diritto !*
- c) *se la c. non è giuridica allora non esiste*

17. Il paradosso del riconoscimento

- a. *non ci sono procedure di individuazione delle consuetudini (il fallimento della commissione per gli usi civici)*
- b. *non è provabile se ci sia o come sia una consuetudine*
- c. *le prassi quando divengono materia di prova nel processo diventano oggetto di norme processuali ed elementi strumentali rispetto alla formazione della sentenza*
- d. *i fatti possono essere solo “materia” per norme giuridiche altere*
- e. *la c. non è né fonte e né prassi: il processo è fenomeno ri-costruttivo, è fatto di rappresentazioni e la c. non è una rappresentazione*

- f. la c. non possiede forma e, secondo il diritto, “quod non est in actiis non est in mundo”**
- g. la c. o c'è ed è un fenomeno oppure non esiste, ma non è un fenomeno distinguibile dagli altri fenomeni della prassi**

18. Il paradosso dell'atipicità

- a) La c. è fatto atipico in quanto si caratterizza solo per la quantità notevole di ripetizione di se stesso**
- b) Può essere provato solo con prove atipiche**
- c) La prova atipica è materiale extragiuridico**
- d) La c. non è realtà giuridica**

19. Il paradosso del vuoto e dell'opinione.

- a) la c. è vuota di prescrizione; e presenta un vuoto fra prescrizione e verifica della stessa in quanto non si riesce a rintracciare alcun comando né nell'accadimento empirico di fatti né nei mondi caotici dell'interpretazione**
- b) l'opinione è una doxa**
- c) l'opinione aderisce alla prassi quindi scompare**
- d) se l'opinione è extragiuridica allora è irrilevante e cosa fonda la giuridicità della c. ? se è giuridica allora da cosa trae origine?**
- e) Sussiste un grande iato fra prescrizione e adesione pratica nella c.; fra essere e dover essere; c'è un “conflitto interno” tale che la c. non appare ricostruibile quale fenomeno autonomo (e se fosse un processo logico-pratico?)**

20. Il paradosso della due regole

- a) ogni regola è o ascrittiva o prescrittiva**
- b) se la c. fosse regola prescrittiva dove sono per la c. gli apparati tipici della regole prescrittive ? Quale sanzione? Quale controllo?**
- c) Se al c. fosse regola ascrittiva non si distinguerebbe dai comuni rapporti sociali e umani (es: le cd. Consuetudini costituzionali sono infatti fragili prassi politiche prive di vera giuridicità) dove l'autocoscienza delle regole? (la copulatività dell'atto ascrittivo = prassi e non diritto né dover essere)**
- d) L'iterazione può far nascere una previsione probabilistica di verifica ma solo a livello gnoseologico e non volitivo e quindi non ne può nascere una prescrizione (o osservi o desideri) in quanto non c'è fondamento al modello causale; e inoltre la mera causalità è mera possibilità ergo non incisa dal senso del dover essere**

21. Il paradosso della violazione

- a) il diritto si “vede” quando viene violato**
- b) la c. non è violabile (o aderisci ad essa o non aderisci :ontologia)**
- c) la c. non è diritto (se aderisci compi un fatto, e rafforzi la c. incinandola; se non aderisci è dato irrilevante e sconosciuto)**

Non esiste una “crisi” o una critica della consuetudine! Senza trauma non c'è diritto

Non c'è conflitto avente ad oggetto la c. La c. è un prodotto interpretativo. Le costanti per essere tal devono essere strutturali/funzionali/procedurali e la c. non è né una e né l'altra

21. Il paradosso della costante giuridica

- a) *la c. viene posta quale costante*
- b) *le costanti nel diritto sono tutte “finzioni”/“presunzioni” come le “capacità” d’intendere e volere, la capacità giuridica, e la capacità di testimoniare.*
- c) *come le capacità la c. è muta, vuota e inutile ; se ne prescinde: il diritto è fatto, è caso unico, non è costante*

22. Il paradosso dell’ “opinione malata” o “prematura” o “ideologica” o “velleitaria”

- a) *nella c. l’opinione è fuorviante e sbagliata: presume una giuridicità che ancora non c’è perché deve ancora emergere-imporsi la c. fatta di opinione e di diuturnità*
- b) *deve ancora essere verificata dalle future prassi (ma allora si perde il comando effettivo e diventa una doxa de iure condendo)*
- c) *oppure è solo interpretazione di passati eventi (ha senso solo nel processo quale tecnica oratoria)*

23. Il paradosso della fonte e dell’indice

- a) *La c. non è fonte del diritto né indice del diritto*
- b) *Una “convincimento praticata” è la vita e tutti i suoi atti, non c’è nulla di giuridico*
- c) *Ciò che non è provato sia giuridico non può generare il diritto*
- d) *Assenza di dimostrazione del modello causale (opzione di metodo/senza metodo non c’è conoscenza)*
- e) *Che diritto genererebbe e come?*

24. Il paradosso dello spettatore

- a) *la c. non è fenomeno*
- b) *A chi appare? quando? come?*
- c) *Come studiarla? Non c’è metodo né sistema né struttura né tipologia*
- d) *Eppure essendo permanente nel tempo dovrebbe essere un adatto oggetto di conoscenza invece : ogni osservazione è un fatto che si equivale, assoluto*

25. Il paradosso dell’attività

- a) *ogni attività ha una regola*
- b) *ogni attività è c.*
- c) *ogni attività è giuridica*

- a) *ogni attività è oggetto di una regola*
- b) *regola disciplina un’attività*
- c) *la c. è attività, ergo non è regola ma oggetto di possibili regole*

26. Il paradosso dei tipi e dei fini (di prassi e di osservazioni)

- a) *non ci sono criteri/valori/valutazioni per distinguere fra 1. iterazione 2. regolarità 3. regola*
- b) *ma sia 1. che 2 seguono dei fini (3. non si considera perché è già diritto)*
- c) *la c. la si vorrebbe distinta da 1. e 2.*
- d) *Non si sa cosa produca la c. ! né a cosa serve e che cosa serve!*
- e) *La c. non ha fini = la c. non è un attività; e non essendo un tipo di attività non può neppure essere connessa con una regola (come 1. e 2.)*

27. Il paradosso della possibile somiglianza

- f) *la regolarità assomiglia alla c. ; la c. è un modo di vedere la regolarità*
- g) *sono possibilità di visione e racconto*
- h) *sono o scelte o necessità*
- i) *non sono doverose*

28. I paradosso del modello e della parodia

- a) *il passaggio (parodia) dall'osservazione dell'iterazione a quello della regolarità e della regola non segue modelli (è intuitivo/immediato)*
- b) *ergo non può spiegarsi secondo modelli*
- c) *la c. non è indagabile*

- a) *il passaggio imita un senso (parodia) in quanto è esigenza mnestica e fisiologica ; e anche : fenomeno estetico !*

29. Il paradosso del tempo e dell'illusione

- a) *la c. esiste se osservo*
- b) *ma se osservo deve esistere anche prima della mia osservazione*
- c) *la c. non esiste prima della mia osservazione : la creo osservando*

30. Il paradosso della soddisfazione del desiderio

- a) *la iterazione e la regolarità sono fatti; sono soddisfazione di desideri/volontà*
- b) *la c. è solo desiderio*
- c) *la c. è o prima o dopo il fatto*
- d) *la c. è un fantasma ; la c. è un dato solo del foro interiore dei soggetti (pura intenzione o ricordo di passate soddisfazioni)*
- e) *la c. è mero istante deserto*

- a) *la prescrizione è desiderio (di ordinazione e controllo) ; la prescrizione è diritto*
- b) *la c. o c'è o vuole esserci*
- c) *se la c. c'è è soddisfazione accaduta quindi non è prescrizione; quindi non è diritto*
- d) *se la c. vuole esserci allora no c'è e allora è solo astratta intenzionalità interiore non verificata nel aprasi e quindi non indagabile*

31. Il paradosso del salto paranoico

- a) *il valutare l'esistenza di un nesso fra x e w è un fatto che non ha senso senza il suo porsi quale modello*
- b) *tale modello non è verificabile perché si pone prima di convincere di se*
- c) *la c. si pone senza convincere*

- d) *la c. è modello e ipotesi (doxa)*
- e) *la c. non è un fatto*
- f) *la c. non può pretendere di avere la stessa forza dei fatti*
- g) *la paranoia non è un argomento; né una sintesi, né è giuridica*

32. Il paradosso dell'esecuzione e dell'autonomia

- a) *l'unica c. giuridica è l'ottemperanza ad una regola*
- b) *l'ambito della regola è deciso dalla stessa regola*
- c) *non si sa se la maggioranza segue la regola*
- d) *non si sa se la maggioranza si riconosce nell'ambito disegnato dalla regola*
- e) *la verifica pragmatica della regola = esistenza della regola = autopoiesi della regola = assenza della consuetudine quale dato autonomo dalla regola*

33. il paradosso della proiezione e del fatto compiuto autogenerativo

- a) *accadono dei fatti*
- b) *ci voglio vedere una connessione*
- c) *proietto questa mia volontà*
- d) *i fatti restano altri (schermo bianco) ma nasce un racconto*
- e) *la c. quale racconto postumo che diventa fatto esso stesso e autovincola chi lo racconta e gli ascoltatori*
- f) *raccontandosi la c. quale racconto diventa prassi e poi consuetudine*
- g) *la c. quale arbitraria imposizione (assenza di giuridicità) e quale profezia che si autoavvera*

34. Il paradosso del fatto e del diritto

- a) *o il diritto è fonte di se stesso (evaporazione della c.)*
- b) *o la prassi genera il diritto (è il diritto) (eteronomia del diritto, da scartare)*
- a) *non c'è distanza fra desiderio/comando e verifica/esecuzione non c'è dover essere / non c'è diritto*
- b) *la c. è fatto o modello? Fattore o prodotto?*
- a) *prima accade il fatto poi arriva il diritto / o sei fatto o sei diritto*
- b) *la c. vuole essere sia fatto che diritto (impossibile) e vuole invertire il rapporto*

35. Il paradosso dello storico

*Chi cerca prove per fatti storici è identico al giurista che cerca prove per fatti giuridici ;
la differenza riguarda la dimensione esistenziale e simbolica : il diritto ha come scopo il giudizio cioè se stesso, e la conoscenza è piegata a ciò, lo storico ha come scopo la mera conoscenza.*

Indici di attendibilità di fonti di fatti / uguali per storici e giuristi:

- a) *antichità delle fonti dei fatti (rappresentazioni / documenti)*
- b) *diffusione delle fonti (quantità)*
- c) *qualità delle fonti (differenze - stilemi -strutture)*

- 1. più la fonte è antica più è attendibile**
- 2. più la fonte è recente più è di scarsa capacità illuminante sull'esistenza della c.**
- 3. più la fonte è antica più muta il contesto di riferimento e il codice linguistico e l'efficacia probatoria della stessa**
- 4. il diritto vale hic et nunc; sempre**
la c. inizia nel passato e continua nel presente e, prevedibilmente, nel futuro, quindi è res aliena sia per lo storico che per il giurista.

Conclusioni :

- ii. la consuetudine non è una fonte del diritto**
- iii. la consuetudine non è un fenomeno giuridico**
- iv. non sappiamo se esiste la consuetudine o se sia solo un automatismo semplificadorio della nostra mente**

Giacomo Maria Prati

