



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2023

MARCO Q. SILVI

Teoria artifattuale del diritto e ideologie giuridiche

ABSTRACT - Artifactual theories of law – such as the one proposed in Italy by Corrado Roversi – evoke the idea of the artificiality of law, an aspect typically connected to its positivity; so much so that someone has reduced this theory to a mere positivist doctrine. In my opinion, however, the explanatory power of the conceptual apparatus offered by artifactual theory goes beyond the aspect of positivity of law. To this end, I test this conceptual apparatus with reference to two phenomenal areas normally emphasized by anti-positivist legal doctrines: (i) the creative activity deployed by judges – an aspect on which the various forms of legal decisionism rely; and (ii) the customary law – a case in point for those sociological and realist perspectives that emphasize the spontaneous formation of law.

KEYWORDS - Law as an artifact - legal realism - legal decisionism - customary law - social ontology

MARCO Q. SILVI*

Teoria artifattuale del diritto e ideologie giuridiche**

Dee recar meraviglia come tutti i filosofi seriamente si studiano di conseguire la scienza di questo mondo naturale, del quale, poiché Iddio egli lo fece, esso solo ne ha la scienza; e trascurano di meditare su questo mondo delle nazioni, o sia il mondo civile, del quale, perché l'avevano fatto gli uomini, ne potevano conseguire la scienza gli uomini.

Giambattista Vico

SOMMARIO: 1. *Una critica immeritata* – 2. *Artifattualità del diritto* – 2.1. *La teoria di Corrado Roversi* – 2.2. *Due possibili affinamenti* – 2.3. *Uno sguardo alla storia deliberativa delle società di capitali unipersonali* – 3. *Teoria artifattuale e decisionismo giudiziale* – 3.1. *Le attività creative dei giudici* – 3.2. *Istituti giuridici modificati contra legem* – 3.3. *Istituti giuridici creati ex novo* – 3.4. *Due osservazioni* – 4. *Teoria artifattuale e teorie della consuetudine* – 4.1. *La posizione di Corrado Roversi* – 4.2. *Due ulteriori osservazioni*

1. *Una critica immeritata*

Le ricerche che, oggi, dopo i lavori di John R. Searle, chiamiamo di ontologia sociale¹ possono essere (idealmente) interpretate come una risposta alla sollecitazione di Giambattista Vico, presa a motto del presente lavoro, di indagare «questo mondo delle nazioni, o sia il mondo civile». Si

* Dottore di ricerca in Filosofia analitica e teoria generale del diritto. Università degli Studi di Milano-Bicocca.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

¹ Cfr. ad esempio J.R. SEARLE, *Atti linguistici*, Bollati Borlinghieri, Milano, 1976 (1969); ID., *La costruzione della realtà sociale*, Einaudi, Torino, 1996 (1995); ID., *Creare il mondo sociale*, Raffaello Cortina, Milano, 2010 (2010); ID., *Il mistero della realtà*, Raffaello Cortina, Milano, 2019 (2019). Sull'ontologia sociale, la letteratura è ormai ampia: in Italia, oltre ai lavori di Corrado Roversi richiamati alla successiva nota 2, nonché a quelli di Maurizio Ferraris (cfr. ad esempio M. FERRARIS, *Documentalità. Perché è necessario lasciar tracce*, Laterza, Roma, 2009; ID., *Manifesto del nuovo realismo*, Laterza, Roma, 2012; *Il colore dei soldi*, in A. Condello (a cura di), *Il danaro e i suoi inganni*, Einaudi, Torino, 2018, pp. 47-108; ID., *Documanità. Filosofia del mondo nuovo*, Laterza, Roma 2021), mi limito a rinviare a P. DI LUCIA, E. FITTIPALDI (a cura di), *Revisiting Searle on Deriving "Ought" from "Is"*, Palgrave Macmillan, London, 2021.

tratta d'un mondo di fatti istituzionali [*institutional facts*], un mondo cioè che «l'avevano fatto gli uomini» – diversamente, invece, dai fatti bruti [*brute facts*] di cui si compone «questo mondo naturale», che, invece, «Iddio egli lo fece».

Nell'ambito di tali ricerche, in tempi recenti, alcuni autori hanno proposto di concepire la natura di quel sottoinsieme di fatti istituzionali, che sono gli istituti e le pratiche giuridiche, come *artefatti*, ancorché d'una specie particolare. Tali studiosi, in particolare, tentano di indagare la natura del diritto (e delle entità giuridiche) recuperando il dibattito sulla metafisica degli artefatti, ciò che ben si accorda con le già richiamate parole di Vico, secondo cui il mondo civile (la *social reality*, per dirla à la Searle) l'hanno fatto gli uomini, ed è, quindi, un prodotto dell'umana attività.

In Italia, una teoria artifattuale del diritto (*artifact theory of law*) è stata proposta da Corrado Roversi². A mio avviso, si tratta d'una teoria

² La concezione artifattuale di Roversi si iscrive in un più ampio percorso di ontologia sociale, su cui cfr. almeno C. ROVERSI, *Costituire. Saggio di ontologia giuridica*, Giappichelli, Torino, 2012; ID., *Mimesi istituzionale come integrazione concettuale: una interpretazione del prestito semantico nel contesto giuridico*, in P. PERRI, S. ZORZETTO (a cura di), *Diritto e linguaggio*, Ets, Pisa, 2016, pp. 109-128; ID., *Legal Metaphoric Artifacts*, in J. STELMACH, B. BROZEK, L. KUREK (a cura di), *The Emergence of Normative Orders*, Copernicus Center, Krakow, pp. 215-280; ID., *On the Artifactual – and Natural – Character of Legal Institutions*, in L. BURAZIN, K.E. HIMMA, C. ROVERSI (a cura di), *Law as an Artifact*, Oxford University, Oxford, 2018, pp. 89-111; ID., *Diritto posto, diritto creato: una analisi del positivismo giuridico dal punto di vista della teoria del diritto come artefatto*, in C. Sarra, M.I. Garrido Gomez (a cura di), *Positività giuridica. Studi e attualizzazioni di un concetto complesso*, Padova University, Padova, 2018, pp. 127-152; ID., *Law as an Artefact. Three Questions*, in *Analisi e diritto*, 2/2019, pp. 41-68; ID., *Regole costitutive: un percorso eretico*, in A. ROSSETTI, M.Q. SILVI (a cura di), *Oltre la costitutività. Contributi in ricordi di Amedeo G. Conte*, Editoriale scientifica, Napoli, 2021, pp. 151-188; ID., *A Three-dimensional Ontology of Customs*, in E. FREZET, M. GOETZMANN, L. MASON (a cura di), *Spaces of Law and Custom*, Routledge, London, 2021. Come segnala lo stesso Roversi (cfr. C. ROVERSI, *Law as an Artifact*, cit., pp. 48-53), una concezione artifattuale del diritto è stata elaborata anche da altri autori, all'estero, in tempi coevi, ma in gran parte in modo indipendente gli uni dagli altri: tra questi si distinguono le indagini di Luka Burazin (cfr. ad esempio L. BURAZIN, *Can There Be an Artifact Theory of Law?*, in *Ratio Juris*, 2016, pp. 385-401; ID., *Legal Systems ad Abstract Institutional Artifacts*, in L. BURAZIN, K.E. HIMMA, C. ROVERSI (a cura di), *Law as an Artifact*, Oxford University, Oxford, 2018, pp. 112-135; ID., *Legal Office*, in *Revus*, 2023, <https://journals.openedition.org/revus/9539>), Jonathan Crowe (cfr. ad esempio J. CROWE, *Law as Artifact Kind*, in *Monash University Law Review*, 2014, pp. 735-755; ID., *Natural Law an the Nature of Law*, Cambridge University, Cambridge, 2019), e Kenneth M. Ehrenberg (cfr. K.M. EHRENBURG, *The Function of Law*, Oxford University, Oxford, 2014; ID., *Law Is an Institution, Artifact, and Practice*, in L. BURAZIN, K.E. HIMMA, C. ROVERSI (a cura di), *Law as an Artifact*, Oxford University, Oxford, 2018, pp. 177-191).

interessante, con una potente forza esplicativa dei fenomeni giuridici. Mi è stato, però, obiettato che una tale teoria sarebbe un tentativo di ornare e ammodernare un normativismo originario e prospettive positivistiche, le quali, per quanto criticabili, disporrebbero già di apparati concettuali consolidati in grado di resistere a rivisitazioni eccentriche, quale sarebbe, appunto, quella in discorso³.

Mi pare, quest'ultima, una critica immeritata, alla quale intendo, in qualche modo, replicare.

Non intendo, però, qui, mettere a confronto la teoria artifattuale del diritto con le varie proposte teoriche in cui si declinano positivismo e normativismo, né con le (rivali) visioni antinormativistiche (in generale) e realistiche (in particolare)⁴. Una tale prospettiva (di confronto tra tali correnti teoriche) non mi pare interessante, né particolarmente proficua, per l'indagine sui fenomeni giuridici: a me interessa, piuttosto, l'elaborazione di concetti che siano in grado di garantire una migliore comprensione di

Queste teorie hanno tutte a oggetto specificamente entità giuridiche, ma, a ben vedere, nulla vieta che esse possano essere estese anche alla generalità dei fatti istituzionali.

³ Queste critiche sono state formulate a M.Q. SILVI, *Funzioni di istituti giuridici e scopi abusivi degli agenti. Una prospettiva artifattuale*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2/2022, pp. 447-473, da un anonimo valutatore, che devo ringraziare per lo spunto e lo stimolo che mi ha portato ad approfondire le questioni qui trattate.

⁴ La letteratura sul punto è, peraltro, sconfinata e il dibattito tra le varie correnti teoriche continua a perpetuare sé stesso. Come dicevo, non è un argomento che m'appassiona: mi limito a segnalare, anche per una ricostruzione del recente dibattito nordamericano, l'interessante lavoro di Pietro Salis (*La riduzione sociologica della normatività. Tre osservazioni sull'argomento di Stephen Turner*, in *L'irrocervo*, 2/2022, pp. 110-130). Peraltro, etichettare come positivista o antipositivista, o altro, una posizione teorica a me pare impresa a volte scivolosa, che richiede quindi molta cautela: ne sono testimoni, ad esempio (tra i tanti), le osservazioni di R. GUASTINI, *In margine a un libro di Aurelio Gentili*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2/2014, pp. 513-520 (su un libro di Aurelio Gentili), e quelle di G. PINO, *L'isola che non c'è. Il positivismo giuridico secondo Riccardo Guastini*, in P. Chiassoni, P. Comanducci, G.B. Ratti (a cura di), *L'arte della distinzione. Scritti per Riccardo Guastini. Vol. II*, Marcial Pons, Madrid, 2019, pp. 437-464 (sulle ricerche di Guastini); interessanti anche le opposte interpretazioni di Kelsen fornite, da un lato, da Pierluigi Chiassoni, che interpreta Kelsen come un "realista radicale", seguendo peraltro la definizione che lo stesso Kelsen dà di sé (cfr. P. CHIASSONI, *Il realismo radicale della teoria pura del diritto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1/2012, pp. 237-261), e, dall'altro lato, da Realino Marra, secondo il quale, invece, un vero realismo giuridico dovrebbe ripudiare la dottrina pura di Kelsen (cfr. R. MARRA, *Liberi da Kelsen. Per un vero realismo giuridico*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1/2012, pp. 263-280). Sulle correnti antinormativistiche – di cui il c.d. realismo giuridico raggruppa un insieme (vario) di sottocorrenti – mi limito a rinviare ad A. TANZI, *L'antiformalismo giuridico. Un percorso antologico*, Raffaello Cortina, Milano, 1999.

detti fenomeni (da un punto di vista, per quanto possibile, avalutativo)⁵. Peraltro, è lo stesso Roversi ad aver già confrontato la sua teoria artifattuale con altre concezioni del diritto, mostrando, da un lato, che il c.d. sogno positivista dovrebbe essere ridimensionato proprio alla luce d'una teoria artifattuale del diritto⁶, e, dall'altro lato, che quest'ultima teoria è piuttosto idonea a cogliere e spiegare, ad esempio, la dialettica (inevitabile) tra positivismo e realismo giuridico⁷.

La strategia che qui seguirò è, invece, testare la forza esplicativa dell'apparato concettuale offerto dalla teoria artifattuale del diritto, con riferimento a due ambiti fenomenici normalmente enfatizzati dalle prospettive che si autoqualificano antinormativistiche (o antipositivistiche): (i) l'attività nomopoietica dispiegata dalla giurisprudenza – aspetto su cui fanno leva le varie forme di decisionismo giuridico⁸; e (ii) il fenomeno consuetudinario – caso esemplare per quelle prospettive sociologiche e realiste che mettono l'accento sulla formazione spontanea del diritto⁹.

⁵ Il mio modo di concepire l'indagine filosofica, che tento di seguire anche nel presente lavoro, è quella che Guastini (nel distinguere almeno due percorsi della filosofia analitica del diritto) chiama *laboratorio concettuale* (cfr. R. GUASTINI, *Manifesto di una filosofia analitica del diritto*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 1/2012, pp. 51-66). In tale prospettiva, come ripeteva Aristide Tanzi, ogni teoria del diritto, sia essa positivista, o antinormativistica, o realistica, o altro, è potenzialmente idonea (attraverso il suo apparato concettuale) a offrire un particolare sguardo sul diritto, che ne mette in luce almeno un suo elemento costitutivo.

⁶ Cfr. C. ROVERSI, *Diritto posto, diritto creato*, cit.

⁷ Cfr. C. ROVERSI, *On the Artifactual – and Natural – Character of Legal Institutions*, cit., pp. 10-14. Cfr. anche C. ROVERSI, *Diritto posto, diritto creato*, cit., pp. 141-143.

⁸ Seguendo Amedeo G. Conte (*Primi argomenti per una critica del normativismo*, in ID., *Filosofia dell'ordinamento normativo. Studi 1957-1968*, Giappichelli, Torino, 1997 (1968), p. 415), parlerò non tanto di 'realismo' (o 'realismo giuridico'), ma di 'decisionismo' (o 'decisionismo giuridico'), che consiste in un'espressione meno ambigua e scevra di connotazioni eulogistiche. Il richiamo a tale lavoro di Conte non è fortuito in questa sede: con esso, infatti, Conte aveva argomentato (nel 1968) una possibile mediazione, nell'ambito della teoria della validità, tra le (apparentemente antitetiche) prospettive normativistiche e quelle decisionistiche. Ciò che mi pare confermi ulteriormente la poca utilità teorica dell'interrogarsi se un autore sia normativista o decisionista.

⁹ Cfr. emblematicamente R. SACCO, *Il diritto muto*, Il Mulino, Bologna, 2015. Sul realismo giuridico di Sacco, e della sua teoria dei formanti, cfr. le (a mio avviso condivisibili) considerazioni critiche di M. JORI, *Del diritto inesistente*, Ets, Pisa, 2010, pp. 86-90. Secondo Jori, in particolare, sebbene la teoria di Sacco si presenti come una neutra rappresentazione dei modi con cui il diritto si forma, in realtà, essa reca elementi idiosincratici che veicolano una specifica ideologia giuridica: «A mio avviso – commenta ad esempio Jori (*Op. cit.*, p. 89) – chiunque affermi che tutti i diritti devono riconoscere tutte o alcune forme di consuetudine *lato sensu*, lo facciano o meno le loro "fonti autoritative", non sta compiendo una migliore descrizione del diritto ma enunciando una posizione di politica del diritto di

2/2023

A tal fine, procedo come segue. *Sub 2* richiamerò i tratti principali della teoria artifattuale del diritto di Roversi, proponendo alcuni affinamenti che, a mio avviso, possono arricchirne la portata esplicativa. *Sub 3* mi soffermerò su quegli aspetti della teoria di Roversi che consentono di dare conto, in modo adeguato, anche del ruolo creativo dei giudici. *Sub 4*, affronterò, invece, il tema del fenomeno consuetudinario al fine di mostrare come esso ben si inquadri e trovi collocazione anche nell'ambito della teoria artifattuale¹⁰.

2. Artifattualità del diritto

2.1. La teoria di Corrado Roversi

Roversi sviluppa la sua teoria artifattuale del diritto, nell'ambito delle sue più ampie ricerche di ontologia sociale, come tentativo di fornire una risposta robusta alla domanda (ontologica, appunto) sulla natura di quel particolare insieme di fatti istituzionali che sono le istituzioni giuridiche (e il diritto, in generale).

In particolare, Roversi tenta di affrontare (almeno) due temi, due problemi, che l'ontologia sociale di Searle non considera adeguatamente: da un lato, la stabilità dei fenomeni istituzionali nel tempo e, dall'altro lato, l'ipostatizzazione (apparentemente magica) d'una realtà extralinguistica costituita mediante atti di linguaggio. Tali due problemi, osserva Roversi, vengono meno (si dissolvono) se si considera che le istituzioni giuridiche sono artefatti, ossia «oggetti che, con modalità diverse, vengono *creati* dagli esseri umani»: da un lato, infatti, gli artefatti hanno una loro persistenza nel tempo, e, dall'altro lato, anche l'empirista non può non concedere che gli artefatti siano oggetti esistenti, senza alcuna aura sospetta di mistero¹¹.

portata generale, che è beninteso del tutto rispettabile, ma non giustificabile come una migliore descrizione del diritto, cioè di tutti i diritti».

¹⁰ È bene precisare che i fenomeni cui farò riferimento nella mia analisi sono *istituti giuridici*, consistenti in un *insieme* (più o meno strutturato) *di norme*. Non farò quindi riferimento a decisioni giudiziali che creano norme nuove, ma a decisioni giudiziali che, creando norme nuove, incidono (in qualche modo) sulla "fisionomia" d'un istituto. Né farò riferimento a *singole* norme consuetudinarie, ma a *pratiche* consuetudinarie, a istituti giuridici relativi che hanno relazioni (di qualche tipo) con consuetudini.

¹¹ Cfr. ad esempio C. ROVERSI, *Constituire*, cit., pp. 79-83, 97-102. Soprattutto l'aspetto dell'ipostatizzazione dei fatti istituzionali è avvertito come urgente da Roversi, anche a fronte di autorevoli critiche (quali, ad esempio, quelle mosse da Guastini al concetto di regola costitutiva e, più in generale, all'intera teoria dei fatti istituzionali di Searle – cfr. R. GUASTINI, *Cognitivismo ludico e regole costitutive*, in A. Rossetti, M.Q. Silvi (a cura di), *Oltre*

In tale prospettiva, pertanto, Roversi recupera il dibattito, sviluppatosi nell'ambito della filosofia analitica sulla metafisica degli artefatti, adattandolo alle entità giuridiche, che hanno delle specificità proprie. In particolare, esse sono prive d'un substrato materiale (come invece avviene nel caso di cacciaviti, sedie e altri strumenti tecnologici), ma sono oggetti *immateriali*, consistenti in *rappresentazioni* basate sul *linguaggio* (sono costrutti linguistici, frutto di operazioni semantiche¹²) e su un sistema di regole (che consentono tali attribuzioni di senso) condivise in una certa comunità¹³.

Cercando di semplificare al massimo, il nucleo delle tesi di Roversi sugli artefatti (in generale) è individuabile nella sua proposta di definizione di artefatto, racchiusa in quella che egli chiama la "ART formula", che, grosso modo, così recita: un artefatto è il risultato di (1) una *storia deliberativa* [*deliberative history*], che consiste in (2) un *processo di creazione e successive modifiche basati su intenzioni* [*intention-rooted creation process*], che hanno come contenuto (3) un *piano di interazione* [*interaction plan*], il quale deve a sua volta essere fondato in (4) un *meccanismo di funzionamento* [*mechanism*] con una qualche base reale¹⁴.

Con gli elementi (1) e (2) della ART formula, Roversi intende aderire a una concezione "mista" degli artefatti, che tenta di mediare tra tre differenti concezioni le quali pongono l'accento ora sulla natura *intenzionale* (o *autoriale*) degli artefatti, ora sulla *funzione* che l'artefatto soddisfa, ora sull'idea di *storicità*, ossia sullo sviluppo storico-evolutivo che costituisce il concetto entro il quale un certo oggetto è l'artefatto che esso è. Così,

la costitutività, cit., 89-116 (1983)): cfr. ad esempio C. ROVERSI, *Regole costitutive*, cit., pp. 186-189.

¹² Che il diritto sia un fenomeno essenzialmente linguistico, non significa che esso debba essere necessariamente "parlato": il diritto può essere anche "muto", potendo realizzarsi anche senza il ricorso alla parola, ma solo attraverso meri comportamenti materiali. Anche in tali casi, tuttavia, permane sempre un aspetto di "linguisticità", deve comunque operare un codice semiotico: sul punto, sia consentito rinviare a M.Q. SILVI, *Diritto muto?* in *Rivista di filosofia del diritto*, 1/2020, pp. 197-217. Tornerò su questo aspetto *sub* 4.2.

¹³ Cfr. C. ROVERSI, *Diritto posto, diritto creato*, cit., pp. 140-141; C. ROVERSI, *On the Artifactual – and Natural – Character of Legal Institutions*, cit., pp. 8-9. Cfr. anche C. ROVERSI, *Law as an Artifact*, cit., p. 46, in cui evidenzia, appunto, che, diversamente dagli oggetti materiali «law, legal systems, and legal institutions are inherently immaterial: they mainly consist of representations, and their physical substratum, when present, is relevant only insofar as it supports these representations. Moreover, these representations are inherently social, and hence collective, whereas material objects can be exclusively individual».

¹⁴ Cfr. C. ROVERSI, *On Artifactual – and Natural – Character of Legal Institutions*, cit., pp. 6-7; cfr. anche C. ROVERSI, *Diritto posto, diritto creato*, cit., pp. 139-140.

seguendo Ronald R. Dipert (1993), e la sua idea di “storia deliberativa”, Roversi propone la sua concezione secondo cui un artefatto è non il risultato d’un originario atto intenzionale del suo autore (che gli impone una determinata funzione), ma «la storia di diverse intenzioni variamente intrecciate, una storia nella quale le intenzioni autoriali e le intenzioni dei fruitori dell’oggetto sono in rimando costante e determinano mutamenti, aggiustamenti, radicali cambi di rotta»: si tratta, insomma, di «una storia evolutiva, composta da atti dichiarativi, interpretazioni e re-interpretazioni, modifiche»¹⁵.

È bene subito fermare l’attenzione sull’idea di “storia deliberativa”, su cui ritornerò *infra*. Per ora, mi limito a evidenziare che l’intuizione che tale idea cattura ed esprime è che quello che fa di un artefatto ciò che esso è, non è (o almeno non è tanto) l’intenzione creativa d’un atto originario (d’un autore, d’un creatore originario). In realtà, la costruzione d’un artefatto è l’esito d’un *processo storico-evolutivo*, in cui intervengono coloro che usano quell’artefatto, e che, usandolo, di volta in volta, lo interpretano, lo reinterpretano e lo modificano (come si nota facilmente, è proprio in questo snodo concettuale che si trova *in nuce* la tesi di Roversi, cui ho fatto cenno sopra, secondo la quale il c.d. sogno positivista andrebbe ridimensionato proprio alla luce della sua teoria artifattuale¹⁶).

Tornando agli altri elementi della ART formula, l’elemento del *piano di interazione* – elemento (3), in estrema sintesi, esprime l’idea per cui gli atti (intenzionali), in cui si dispiega il processo creativo (e di re-interpretazione) degli artefatti – elemento (2), hanno per contenuto una serie di situazioni condizionali attraverso le quali un’interazione tra utenti e artefatti è connessa a un risultato tipico (a una funzione tipica) perseguito da quegli utenti¹⁷. La nozione di *meccanismo* – elemento (4), invece, consiste in qualche supporto reale che consenta al piano di interazione dell’artefatto di operare effettivamente (ossia di poter «avviare la storia deliberativa dell’artefatto e non ridurlo a una arbitraria e idiosincratca bizzarra»). Così – esemplifica Roversi – «un avvitatore elettrico, se usato correttamente, stringe viti; un computer *laptop* fornisce determinati servizi se determinati azioni vengono svolte nell’ordine e nelle modalità corrette»; ma tali piani di interazione, che connotano l’avvitatore elettrico, o il *laptop*, per poter effettivamente svolgere

¹⁵ C. ROVERSI, *Diritto posto, diritto creato*, cit., pp. 139-140. Cfr. ad esempio anche C. ROVERSI, *On the Artifactual – and Natural – Character of Legal Institutions*, cit., p. 6.

¹⁶ Cfr. ad esempio C. ROVERSI, *Diritto posto, diritto creato*, cit., pp. 129-137.

¹⁷ Cfr. ad esempio C. ROVERSI, *On the Artifactual – and Natural – Character of Legal Institutions*, cit., p. 7.

la loro funzione, necessitano di un adeguato meccanismo: è necessario, ad esempio, che «l'avvitatore sia di un metallo sufficientemente duro, che la costituzione del *laptop* sia oggettivamente in grado di fornire questi servizi»¹⁸.

Dati questi contenuti della ART formula, essi sono così adattati da Roversi alle peculiarità delle istituzioni giuridiche: gli istituti giuridici sono *artefatti immateriali basati su regole* [*immaterial rule-based artifacts*] che sono il risultato di (1') una storia deliberativa, che consiste in (2') un processo di creazione *linguistica* basata su intenzioni [*intention-rooted linguistic creation process*], che hanno come contenuto (3') un piano di interazione *definito da regole costitutive*, che determina gli effetti normativi di determinate azioni [*system of constitutive rules defining interaction plan*]; un tale piano di interazione, infine, deve a sua volta essere fondato su (4') un meccanismo di funzionamento, che consiste in un *sistema di riconoscimento condiviso* e di conseguente *rule-following* in una determinata comunità umana¹⁹.

2.2. Due possibili affinamenti

Per le finalità di questo lavoro, come ho anticipato, un punto di rilievo è l'idea di storia deliberativa che, con riferimento agli artefatti giuridici, è intesa come un processo creativo di atti linguistici intenzionali che si susseguono nel tempo e che, in vario modo, pongono, re-interpretano e modificano l'istituto giuridico in questione.

Un tale processo di reinterpretazione e modifica, come si vedrà, consente non solo di cogliere e comprendere la produzione, e l'evoluzione, di istituti di fonte più strettamente legislativa, ma anche di dar conto sia dell'attività nomopoietica dei giudici, sia del ruolo delle consuetudini – e ciò non solo nella reinterpretazione e modifica d'un istituto già creato per legge, ma anche nella creazione di istituti giuridici nuovi: non si vede, infatti, perché, nella storia deliberativa sottesa a un artefatto giuridico, non possano entrare anche le decisioni dei giudici o i comportamenti (più o meno spontanei) dei consociati che danno vita a una certa pratica giuridica.

¹⁸ C. ROVERSI, *Diritto posto, diritto creato*, cit., p. 140. Cfr. anche C. ROVERSI, *On the Artifactual – and Natural – Character of Legal Institutions*, cit. p. 6.

¹⁹ Cfr. C. ROVERSI, *Law as an Artifact*, cit., pp. 188-189. Cfr. anche C. ROVERSI, *On the Artifactual – and Natural – Character of Legal Institutions*, cit., p. 9, nonché C. ROVERSI, *Diritto posto, diritto creato*, cit., pp. 140-141.

Per chiarire meglio tale profilo, al fine di meglio comprendere e illuminare la dinamica con cui concretamente si può dispiegare la storia deliberativa degli artefatti giuridici, anche con riferimento all'azione creatrice della giurisprudenza e delle consuetudini, formulo due osservazioni. Si tratta di due affinamenti alla teoria di Roversi, che ho anche altrove proposto²⁰.

2.2.1. La prima osservazione (il *primo affinamento*) riguarda il concetto di *piano di interazione* – elementi (3) e (3') della ART formula, che costituisce il contenuto dell'insieme di atti intenzionali che concorrono a formare la storia deliberativa d'un certo artefatto.

Come visto, nel caso di artefatti giuridici, il piano di interazione – elemento (3') – consiste nell'insieme di regole costitutive che ricollegano a determinate condizioni la produzione di determinati effetti (giuridici). L'insieme di tali regole costitutive determina, quindi, la *struttura* d'un certo artefatto, «specifica[ndo] ciò che è possibile fare con quell'artefatto e il modo in cui è possibile farlo»²¹.

Occorre poi osservare che le strutture d'un certo istituto giuridico sono normalmente *strutture tipiche*, nel senso che, normalmente, il diritto (almeno gli ordinamenti giuridici simili al nostro) non disciplina direttamente la singola occorrenza concreta d'un istituto, ad esempio, *questo* matrimonio, *questa* compravendita, *questo* testamento, ma definisce gli istituti del matrimonio, della compravendita, del testamento *in generale*: ogni istituto giuridico è costruito in modo *tipico*: tipica è la sua struttura, e tipica è anche quindi la sua funzione. E infatti, quando Roversi parla di piano di interazione d'un artefatto giuridico, a me pare faccia riferimento alla sua struttura tipica, all'insieme delle regole costitutive che (per impiegare la nota distinzione proposta da Charles S. Peirce tra *types* e *tokens*) che definiscono il *type* dell'istituto considerato (l'insieme delle regole che ne fissano gli effetti e pongono le condizioni per la valida produzione di tali effetti).

Tuttavia, per comprendere come concretamente un processo di creazione e ridefinizione di tale struttura avvenga, per comprendere cioè le condizioni possibilità del dispiegarsi d'una storia deliberativa d'un certo istituto giuridico, non può essere trascurato anche il momento *concreto*, il momento in cui si intende produrre un certo *token* d'un istituto *type*.

²⁰ Cfr. M.Q. SILVI, *Funzioni di istituti giuridici e scopi abusivi degli agenti*, cit.

²¹ C. ROVERSI, *Regole costitutive*, cit., p. 188.

2.2.2. La distinzione tra la struttura tipica d'una certa pratica giuridica, e il suo concreto impiego, autorizza a formulare la seconda osservazione (e proporre un *secondo affinamento* alla teoria artifattuale) che consiste nell'introdurre il concetto di *affordance*.

L'idea di *affordance*, come noto, è stata elaborata dallo psicologo James J. Gibson (nel suo *The Ecological Approach to Visual Perception*, 1979), ed è presentata nei termini seguenti: «Le *affordances* dell'ambiente sono ciò che questo offre all'animale, ciò che l'ambiente fornisce o provvede – tanto a suo favore quanto a suo detrimento»²². È la struttura, la composizione, il *layout* degli oggetti, «a costituire le *affordances*», ma tali *affordances* si danno solo in relazione al tipo di soggetto che percepisce la struttura, la composizione, il *layout* di quegli oggetti: le *affordances*, insomma, «sono specifiche relativamente a quell'animale. Non si tratta di proprietà astratte. Sono proprietà unitarie relativamente alla postura e al comportamento degli animali che consideriamo. [...] Un'*affordance* è allo stesso tempo un fatto ambientale e un fatto comportamentale. È sia fisica, sia psichica, eppure non è né fisica né psichica: si indirizza verso entrambe le direzioni, quella dell'ambiente e quella dell'osservatore»²³.

Tornando alla teoria artifattuale del diritto, se si considera il piano di interazione d'un certo istituto giuridico, costituito dalle regole costitutive che concorrono a formarne la struttura tipica, si può osservare come l'insieme degli effetti normativi sanciti da dette regole, nonché i presupposti per la (valida) produzione di tali effetti, pongano in essere una serie di *affordances* a colui che si "confronta" con quell'istituto. Alcune di tali *affordances* corrisponderanno alla funzione tipica dell'istituto, la quale sottende uno o più interessi (nel senso, pregnante, della *Interessnjurisprudenz*), per la cui tutela/promozione, quell'istituto è stato costruito.

Tuttavia, quella stessa struttura potrebbe presentare anche *affordances* ulteriori, magari addirittura ignote a coloro che hanno preso parte (sino a

²² J.J. GIBSON, *L'approccio ecologico alla percezione visiva*, Mimesis, Milano, 2014 (1979), p. 145.

²³ J.J. GIBSON, *Op. cit.*, pp. 194-196. L'idea di impiegare la teoria delle *affordances*, per indagare la dimensione del normativo, non è nuova nell'ambito delle scienze sociali, in cui si parla anche di *social affordances* (cfr. A. COSTALL, *Socializing Affordances*, in *Theory & Psychology*, 4-5/1995, pp. 467-481; MOREIRA DE CARVALHO, *Social Affordances*, in J. Vonk, T.K. Shackelford (a cura di), *Encyclopaedia of Animal Cognition and Behaviour*, Springer, Dordrecht, 2020, *ad vocem*). L'idea di *affordance* è stata usata anche da Andrea Rossetti per mostrare la peculiare costitutività di artefatti materiali, in una prospettiva socio-tecnica (cfr. A. ROSSETTI, *Tecnologie costitutive: la costitutività da un punto di vista socio-tecnico*, in A. Rossetti, M.Q. Silvi (a cura di), *Oltre la costitutività*, cit., pp. 249-260).

quel momento) alla storia deliberativa di quell'istituto, ma che potrebbero rispondere a esigenze e interessi ulteriori, perseguiti da alcune persone che sono in grado di coglierle. Ecco che, in altre parole, gli istituti giuridici possono essere utilizzati *in concreto* (ossia in sede di produzione d'un *token* dell'istituto *type*), per sfruttare *affordances* offerte dalla struttura del medesimo istituto (*type*), ulteriori e irrelate rispetto alla funzione tipica²⁴.

Questi usi concreti dell'istituto, però, possono assumere anche un rilievo importante per la sua stessa storia deliberativa: essi, infatti, possono divenire oggetto di riflessione e valutazione da parte di coloro che, a vario titolo, partecipano attivamente a tale storia deliberativa. In tali contesti, in altre parole, utilizzi concreti che sfruttano *affordances*, più o meno "nascoste", nella struttura dell'istituto, per conseguire determinati interessi, possono divenire oggetto di rivalutazione e andare a re-interpretare, o addirittura a modificare non solo la funzione tipica dell'istituto medesimo, ma anche la sua stessa struttura, il suo piano di interazione.

Si pensi, ad esempio, alla possibilità di costituire società di capitali con un unico socio, possibilità preclusa dall'originaria versione del nostro codice civile e riconosciuta invece con una serie di successivi interventi legislativi a partire dal d.lgs. 88/93 (di recepimento della XII direttiva di armonizzazione – direttiva 89/667/CEE del 21 dicembre 1989): si tratta di una serie di interventi legislativi adottati all'esito d'un processo attraverso il quale si è superata una concezione della società quale strumento per un'iniziativa economica collettiva, e il connesso dogma della necessaria genesi contrattuale della stessa, divenendo invece preminente l'*affordance* connessa alla personalità giuridica della società, che costituisce uno strumento di limitazione della responsabilità patrimoniale del socio²⁵.

Come si nota, nella storia deliberativa dell'istituto preso ora ad esempio spicca il susseguirsi di atti (linguistici) intenzionali, che hanno assunto la forma di atti legislativi. Ma, come anticipato, non è sempre così: vi sono anche istituti giuridici nelle cui storie deliberative assumono un ruolo decisivo le decisioni della giurisprudenza (*sub 3*); altri, invece, in cui

²⁴ Si pensi, a mero titolo d'esempio, a quei matrimoni contratti per consentire a uno dei coniugi (straniero) di acquistare la cittadinanza italiana. Per ulteriori esempi, e per un maggior approfondimento del tema, sia consentito rinviare a M.Q. SILVI, *Funzioni di istituti giuridici e scopi abusivi degli agenti*, cit.

²⁵ La letteratura è notevole. Ai fini del presente lavoro, per una panoramica, e per i riferimenti bibliografici, mi limito a rinviare a M. SPIOTTA, *La società unipersonale. Una parabola normativa*, Giuffrè, Milano, 2012; nonché a F. BARACHINI, *Società unipersonali e regole del potere*, in *Il nuovo diritto societario*, 2019, pp. 1667-1686.

gli atti intenzionali che vi partecipano sono propri dei fenomeni consuetudinari (*sub* 4).

Prima di procedere, però, ritengo utile soffermarmi sulla storia deliberativa dell'ultimo esempio delle società di capitali unipersonali (*sub* 2.3).

2.3. *Uno sguardo alla storia deliberativa delle società di capitali unipersonali*

Se si assume la prospettiva offerta dalla teoria artifattuale del diritto, a ben vedere, una descrizione della storia deliberativa dell'istituto delle società di capitali unipersonali (in particolare, della società unipersonale a responsabilità limitata e di quella per azioni) non può dirsi accurata qualora ci si limiti a considerare soltanto i vari interventi legislativi che si sono susseguiti e che hanno modificato la struttura tipica dell'istituto definita originariamente dal codice civile.

Occorre ricordare, infatti, che l'idea di storia deliberativa è, nell'impostazione di Roversi, quella d'una «storia nella quale le intenzioni autoriali e le intenzioni dei fruitori dell'oggetto sono in rimando costante e determinano mutamenti, aggiustamenti, radicali cambi di rotta»²⁶: in altre parole, dovrebbero assumere rilievo anche le intenzioni di coloro che, a vario titolo, hanno “usato” (e “usano”) l'istituto, in occasione delle varie sue concrete istanziazioni (a livello, quindi, di singoli *tokens*).

È anche a partire da tale momento, di concreto utilizzo dell'istituto, che è possibile dar conto, in modo adeguato e completo, del processo di reinterpretazione e rivalutazione che ha determinato l'evoluzione del *type* dell'istituto considerato, e di alcune sue *affordances*, quale quella dello schermo societario, *affordances* che sono state colte e sfruttate in vario modo per il perseguimento e la tutela di interessi particolari, ad esempio, l'interesse (particolare e concreto) della limitazione della propria responsabilità patrimoniale.

Ed è quindi a partire da tale dinamica, tutta concreta, che si sono potute compiere – anche a livello di struttura tipica – quelle valutazioni e rivalutazioni sugli interessi che hanno, in un certo momento, indotto a ritenere che «l'esigenza di contenere le perdite legate all'insuccesso di una impresa non rappresenti soltanto una necessità del singolo, ma al contrario costituisca un interesse pubblico, qualora si consideri che dalla deroga

²⁶ C. ROVERSI, *Diritto posto, diritto creato*, cit., p. 139.

dell'art. 2740 c.c. si genera una maggiore propensione degli agenti economici ad assumere il rischio di una nuova attività»²⁷.

Questa valutazione, che la dogmatica ritiene stia a giustificare la modifica legislativa della disciplina societaria in esame, non è, quindi, nata dal nulla, ma da una riflessione svolta sulle concrete dinamiche applicative della disciplina della società di capitali, ossia dei concreti utilizzi dell'istituto in esame. E tra tali utilizzi, ad esempio, dovrebbero a mio avviso rientrare anche quelli – originariamente ritenuti impropri e contrastati dall'ordinamento giuridico – in cui alla società di capitali ricorrevano singoli imprenditori, che cercavano di beneficiare dello schermo societario mediante il coinvolgimento di soci fittizi (c.d. prestanomi).

Tale ultimo punto è, a mio avviso, interessante in questa sede. Prima della richiamata riforma societaria, poteva capitare che l'investitore "solitario" (che non intendesse associarsi con altri, ma) che volesse beneficiare comunque dell'*affordance* della autonomia patrimoniale perfetta, offerta dal piano di interazione del *type* società di capitali, decidesse di servirsi di prestanomi per concludere il contratto societario (e realizzare il *token* d'una società per azioni o a responsabilità limitata): con ciò egli perseguiva uno scopo particolare (quello di limitare la propria responsabilità patrimoniale rispetto al rischio d'impresa), scopo che, però, come detto, era tendenzialmente ritenuto abusivo, meritevole di essere contrastato²⁸. (Anche) un tale scopo particolare è stato, però, col tempo, oggetto di rivalutazione, re-interpretazione, anche alla luce di altri interessi (come visto, quello dell'incentivo all'iniziativa economica): tale processo di rivalutazione ha portato, quindi, a modificare la struttura tipica delle società di capitali (in particolare di quella a responsabilità limitata e della società per azioni) consentendone la genesi unipersonale.

La mia analisi è estremamente superficiale, e forse potrà indignare un cultore del diritto commerciale (il discorso meriterebbe un approfondimento adeguato, che è impossibile qui svolgere). Ciò che, però, mi pare sia possibile affermare ragionevolmente, è che, nella prospettiva della teoria artifattuale del diritto, anche a fronte di un istituto costruito, e modificato nel tempo, mediante atti legislativi, un'analisi adeguata di tale

²⁷ M. PALMIERI, *Il persistente fenomeno dell'abuso dello schermo societario*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2007, p. 651.

²⁸ Anche qui la letteratura è ampia. Mi limito a rinviare, a mero titolo di esempio, ad A. GRISOLI, *Le società costituite mediante prestanomi*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 9-10/1969, pp. 426 ss.

istituto, *in quanto artefatto giuridico*, non dovrebbe limitarsi alla sola considerazione delle modifiche compiute dal legislatore, ma dovrebbe tenere conto anche dei vari ripensamenti, rivalutazioni, che partono dai concreti utilizzi che si sono svolti nel tempo (anche da quelli ritenuti difformi), i quali entrano, anch'essi, a far parte della sua storia deliberativa²⁹.

3. Teoria artifattuale e decisionismo giudiziale

3.1. Le attività creative dei giudici

3.1.1. L'idea di storia deliberativa d'un artefatto giuridico, intesa come *intention-rooted linguistic creation process*, consente di dar conto anche di atti linguistici intenzionali che non sono i comandi del legislatore. Ad esempio, essa consente di porre in primo piano anche gli atti degli organi dell'applicazione, in particolare del giudice.

Normalmente, i giudici intervengono, con le loro decisioni, a interpretare e re-interpretare norme e istituti, ossia le singole regole che concorrono a definire il piano di interazione d'un certo istituto giuridico, nonché l'istituto nel suo complesso. Tale attività, però, non è sempre attività di genuina interpretazione (non si traduce sempre in atti ascrivibili d'un significato a una disposizione), ma è, molto spesso, attività di costruzione giuridica, ossia attività nomopoietica, produttrice di norme nuove³⁰.

²⁹ Ovviamente, il fatto di aver riconosciuto lo schermo della personalità giuridica anche all'investitore unico, non esclude che la disciplina della società di capitali, se coordinata con altre disposizioni dell'ordinamento, offra ulteriori *affordances* tali da rendere ancora utile "abusare" dello schermo societario, per il perseguimento di ulteriori scopi particolari, che l'ordinamento continua a ritenere meritevoli di contrasto (ad esempio, sul c.d. abuso della personalità giuridica per scopi fiscali, cfr. ad esempio D. STEFANI, *Note in tema di società schermo*, in *Rivista trimestrale di diritto tributario*, 3/2020).

³⁰ Riprendo, qui, la terminologia di Riccardo Guastini (cfr. ad esempio R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 27-32), che distingue tra interpretazione in senso stretto e costruzione giuridica. Cfr. anche R. GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, Torino, 1990; ID., *Componenti cognitive e componenti nomopoietiche nella scienza giuridica*, in *Diritto pubblico*, 3/2004, pp. 227-238; ID., *Lo scetticismo interpretativo rivisitato*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2/2006, pp. 227-236).

Sulle attività creative dei giudici³¹ – tema centrale per i c.d. realismi giuridici (sia americano, sia scandinavo, sia genovese) – è stato scritto moltissimo in sede di teoria e filosofia del diritto³².

Non pretendo di aggiungere altro, se non mostrare come alcuni interventi creativi possano essere (anche proficuamente) rilette nella prospettiva della teoria artifattuale del diritto, in particolare alla luce dell'idea di piano di interazione (di struttura tipica) d'un artefatto (giuridico) e delle *affordances* che questo offre, in occasione dei suoi concreti utilizzi.

Penso che il modo migliore di far ciò, sia analizzare, e commentare, alcuni esempi di storie deliberative di specifici istituti: ne esibirò due tratti dal nostro diritto amministrativo.

3.1.2. Prima di procedere, però, ritengo utile richiamare alcune considerazioni sull'attività con cui i giudici individuano la *ratio*, la funzione, la finalità (uso qui i termini come sinonimi) d'una norma (o d'un istituto). Il concetto di funzione, infatti, viene tipicamente in gioco quando si discute di un artefatto e dei suoi possibili utilizzi.

Come ha ben mostrato Guastini, l'attività di individuazione della finalità (tipica) d'un istituto non è attività di interpretazione in senso stretto, ma attività di costruzione giuridica, connessa all'ampia discrezionalità, quasi arbitraria, che, sotto il profilo logico (gnoseologico), è rimesso all'interprete³³.

³¹ Il riferimento (al plurale) è a E. DICIOTTI, *Le attività creative dei giuridici*, Mucchi, Modena, 2022.

³² È impossibile, oltre che inutile, dare conto della ricca bibliografia. Ai fini del presente lavoro, laddove utile, mi servirò principalmente delle riflessioni di Guastini (cfr. nota 30), esponente di spicco della c.d. scuola genovese, che ha proposto una teoria dell'interpretazione che lui stesso ha avuto modo di qualificare "analitica e realista" (cfr. R. GUASTINI, *Prima lezione sull'interpretazione*, Mucchi, Modena 2019). Più di recente, sul realismo giuridico americano (e le sue linee di tendenza attuali), cfr. B.H. BIX, *The Many Faces of Modern Legal Realism*, in *Ordines. Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee*, 1/2023, pp. 19-35; su quello scandinavo, invece, cfr. J. RABANOS, *Back to (Law as) Facts. Some Remarks on Olivecrona, Scandinavian Legal Realism, and legal Notion as Hallow Words*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1/2023, pp. 205-231.

³³ Cfr. ad esempio R. GUASTINI, *Produzione di norme a mezzo di norme*, in *Informatica e diritto*, 1/1985, pp. 7-31. Nella sua analisi, Guastini considera l'attività di decisione sulla *ratio* come momento funzionale d'un procedimento analogico (o comunque a un argomento costruttivo volto a colmare una lacuna – reale o assiologica). In realtà, la decisione della *ratio* è funzionale anche allo svolgimento di altri argomenti impiegati dai giudici, ad esempio, la decisione sulla sussistenza (o meno) d'un abuso del diritto, o nell'ambito d'un

Tale ampia discrezionalità, a mio avviso, ben si comprende se ci si pone nella prospettiva delle *affordances* offerte dalla struttura tipica d'un certo istituto (di cui va ricercata la *ratio*). Se, infatti, si considera l'insieme delle regole che concorrono a costituire tale piano di interazione, definendo l'insieme delle conseguenze giuridiche che (variamente) si possono produrre in occasione dell'utilizzo concreto di tale istituto, emerge uno spettro di risultati, di scopi, che possono essere effettivamente realizzati utilizzando quell'artefatto giuridico³⁴. Come visto, le *affordances* offerte da una o più regole che concorrono a costituire il piano d'interazione d'un certo istituto possono essere molteplici e non sempre "visibili": esse "appaiono" se si osserva l'istituto dal punto di vista delle specifiche esigenze individuali proprie dell'agente (ad esempio, se voglio interrompere la prescrizione del mio diritto di credito, potrei citare in giudizio il mio debitore, senza però realmente voler coltivare la causa).

Pertanto, il giudice che decide sulla *ratio* di un istituto compie anche una valutazione sulle *affordances* che la struttura normativa di quell'istituto offre, selezionando (sulla base di valutazioni e criteri vari – che rientrano in quelli che Alf Ross chiama i fattori pragmatici dell'interpretazione³⁵) quella (o quelle) che egli ritiene idonea a tutelare/promuovere un certo interesse che egli valuta meritevole, a dispetto di altri. Questa peculiare prospettiva mostra l'ampiezza della discrezionalità del giudice, connessa all'ampio spettro delle possibili *affordances* che il piano di interazione dell'istituto può

giudizio di meritevolezza, o, ancora, laddove si tratti di stabilire se un contratto sia posto in frode alla legge.

³⁴ Mi pare che questa ricostruzione, nella prospettiva artifattuale, sia in linea con l'analisi di Guastini, il quale evidenzia, appunto, che il prodotto dell'atto che decide quale sia la *ratio* d'una norma è, a sua volta, una norma (asserita come implicita) esprimibile in un enunciato del tipo: 'La situazione *R* è desiderabile'. Quest'ultima norma sarebbe "ricavata" dal giudice (o dal giurista) sulla base d'un argomento che muove dall'osservazione del fatto che l'adempimento della norma (alla quale la *ratio* è ascritta) sarebbe idonea a produrre, tra le altre cose, lo stato di cose *R*. Ma, prosegue Guastini (26-27), il medesimo adempimento di tale norma è idonea a produrre anche una (diversa) situazione *P*: ecco che, allora, il giudice potrebbe decidere per una diversa norma esprimibile in un enunciato del tipo 'La situazione *P* è desiderabile'. Come si nota, *R* e *P* sono stati di cose che possono essere prodotti in base agli effetti previsti dal (concreto utilizzo del) piano di interazione dell'istituto considerato.

³⁵ Sono, i fattori pragmatici dell'interpretazione, «considerazioni fondate su una valutazione della ragionevolezza pratica del risultato [di una norma o di un istituto], giudicato [tale risultato] in relazione a certe fondamentali valutazioni presupposte» (A. ROSS, *Diritto e giustizia*, Einaudi, Torino, 1965 (1958), pp. 137 ss.).

offrire, e che può variare anche in relazione ai peculiari contesti concreti in cui quell'istituto è in effetti impiegato³⁶.

Stante la loro natura nomopoietica, le rivalutazioni delle finalità d'un istituto (o di sue norme), compiute dai giudici, entrano certamente nella storia deliberativa di quell'istituto. Ma l'attività creatrice dei giudici non è, ovviamente, circoscritta alla sola funzione di istituti (e delle norme che li compongono): essa investe anche il relativo piano d'interazione, la sua struttura tipica, che può essere modificata in modo molto rilevante. Quel che qui mi interessa è, in particolare, mostrare come le modifiche della struttura tipica d'un istituto possano avvenire (anche) attraverso valutazioni, o ri-valutazioni, delle finalità dell'istituto medesimo, a partire dalle *affordances* che il relativo piano d'interazione offre in concreto.

Come detto, presenterò due esempi, ambedue tratti dal diritto amministrativo italiano. Il primo consiste in un istituto che è stato *modificato* in modo rilevante – e *contra legem* – da decisioni giudiziali; il secondo, invece, consiste in un istituto che è stato (interamente) *creato* da decisioni giudiziali.

3.2. Istituti giuridici modificati *contra legem*

3.2.1. Il primo esempio è tratto dal c.d. diritto dell'energia, e riguarda gli atti normativi (o meglio, atti a contenuto generale³⁷) delle c.d. autorità amministrative indipendenti.

Il Consiglio di Stato, con una pronuncia del 2006, ha imposto all'autorità indipendente di regolazione settoriale (nel caso di specie, si trattava dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas, ora ridenominata Autorità di regolazione per energia reti ambiente – 'Arera'), quali ulteriori condizioni di validità dei propri atti di regolazione (atti a contenuto generale), oltre all'obbligo di preventiva consultazione dei soggetti

³⁶ D'altro canto, è anche il caso di evidenziare che, nonostante l'ampia discrezionalità del giudice, il numero delle *affordances* possibili non è infinito: infatti, l'insieme delle conseguenze giuridiche ammesse dal piano di interazione dell'istituto limita lo spettro delle funzioni degli scopi *plausibili* (ciò, a ben vedere, vale anche per gli artefatti tecnologici: posso usare un cacciavite per forzare un lucchetto d'una bicicletta, o per aprire una busta chiusa, ma difficilmente potrò usarlo per ripararmi dalla pioggia).

³⁷ Sulle categorie (dogmatiche) di atto normativo e atto a contenuto generale (nel diritto amministrativo), cfr. CdS, Ad. Pl., 4/2019.

interessati, anche quello di motivazione dei propri provvedimenti³⁸; quest'ultima condizione è in patente contrasto con l'art. 3, co. 2, della legge sul procedimento amministrativo (l. 241/90), ai sensi del quale, come noto, «[l]a motivazione non è richiesta per gli atti normativi e per quelli a contenuto generale».

L'argomento del Consiglio di Stato, in estrema sintesi, muove dall'assunto secondo cui le autorità indipendenti (non solo quindi l'Arera) sarebbero «poste al di fuori della tradizionale tripartizione dei poteri, e quindi al di fuori del circuito di responsabilità delineato dall'art. 95 Cost.», in ragione della loro indipendenza e neutralità dal potere esecutivo, cui risale la responsabilità delle amministrazioni statali. In tale contesto, il potere regolatorio delle autorità «può trovare un fondamento dal basso, a condizione che siano assicurate le garanzie del giusto procedimento e che il controllo avvenga poi in sede giurisdizionale»³⁹: da tali premesse, il giudice ha concluso che ai procedimenti regolatori condotti dalle autorità indipendenti non si applica la disciplina generale sul procedimento amministrativo, ivi compreso l'art. 3, co. 2, l. 241/90.

3.2.2. Non intendo, qui, commentare l'argomento seguito dal Consiglio di Stato (non è questo un lavoro di metagiurisprudenza). Mi interessa, invece, rileggere le valutazioni compiute dal giudice alla luce della teoria artificiale, e delle altre considerazioni formulate *sub* 2.

Il giudice si occupa della struttura d'un tipo di atto giuridico che l'Arera è competente ad adottare (*ex* l. 481/95 e d.lgs. 79/99): si tratta di un atto normativo (o, secondo la tassonomia del diritto amministrativo, d'un atto a contenuto generale), che, nel caso di specie, aveva a oggetto le modalità (anche economiche) di erogazione del servizio di dispacciamento dell'energia elettrica⁴⁰. In particolare, il giudice si sofferma sul piano di

³⁸ Cfr. CdS, Sez. VI, dec. 7972/2006. Tale decisione era stata preceduta, nel medesimo anno, da alcune altre decisioni con cui il Consiglio di Stato aveva svolto identici argomenti, ma per concludere che, in quei casi, l'Autorità aveva rispettato tali (nuove) condizioni: cfr. CdS, Sez. VI, dec. 2007/2006 e 2201/2006.

³⁹ A ciò il Consiglio di Stato aggiunge la circostanza per cui i poteri di regolazione delle autorità (che si estrinseca in atti a contenuto generale) non sono sottoposti, a livello legislativo, a regole comportamentali stringenti, ma si configurano come poteri dai confini ampi: «la caduta del valore della legalità sostanziale – conclude il giudice – deve essere compensata, almeno in parte, con un rafforzamento della legalità procedurale, sotto forma di garanzie del contraddittorio».

⁴⁰ Il tipo di atto è definito, in termini generali, dall'art. 2, co. 12, lett. e), h), e co. 37, nonché art. 3 d.lgs. 79/99. Può essere inoltre utile richiamare sinteticamente la vicenda. Nella prima fase d'avvio della disciplina (transitoria) del servizio di dispacciamento dell'energia

2/2023

interazione di tale istituto, integrandolo di nuove condizioni di validità: (i) quella della preventiva consultazione dei soggetti interessati sul contenuto dell'atto e (ii) quella della motivazione dell'atto (con particolare riferimento alla necessità che siano chiarite le ragioni e i contenuti dell'intervento, in risposta delle osservazioni formulate in sede di consultazione); condizione, quest'ultima, che era (sino ad allora) espressamente esclusa dall'art. 3, co. 2, l. 241/90⁴¹.

Alla base di tale modifica della struttura tipica dell'atto giuridico in esame, v'è una rivalutazione della stessa, che muove dalle concrete modalità con cui quella struttura tipica è stata utilizzata dall'Arera (nella realizzazione della concreta istanziazione di quel tipo di atto), ossia omettendo di replicare a una osservazione formulata proprio dall'impresa ricorrente su un profilo (ritenuto dal giudice rilevante) del contenuto

elettrica (adottata con deliberazione 48/04) l'Arera aveva riscontrato comportamenti opportunistici che gli utenti del servizio potevano porre in essere, falsando il prezzo di mercato, al fine di trarre vantaggio dalla differente valorizzazione che l'energia elettrica poteva assumere nell'ambito della borsa dell'energia o attraverso contratti fuori borsa (nell'ambito del c.d. scambio): per disincentivare tali comportamenti (i produttori decidevano di vendere in borsa o nello scambio a seconda del differenziale di prezzo) l'Arera, con la deliberazione 122/04, introdusse un apposito corrispettivo (c.d. di non arbitraggio). La ricorrente, tuttavia, lamentò che tale corrispettivo dovesse essere pagato anche dagli utenti che, come la ricorrente, si trovavano in una condizione (permanente e strutturale) di non poter porre in essere quelle condotte speculative. Tale critica era stata sollevata nell'ambito della consultazione preventiva, che l'Arera aveva comunque avviato, ma non aveva trovato alcun riscontro in sede motivazionale. Solo in sede contenziosa, la difesa erariale aveva fornito una diversa motivazione, chiarendo che l'intervento rispondesse alla finalità di ricondurre il meccanismo dello scambio «a criteri di razionalità», negando che ci si trovasse di fronte a una integrazione postuma della motivazione, atteso che, appunto, l'art. 3, co. 2, l. 241/90 espressamente esclude l'onere di motivazione per provvedimenti di contenuto generale, come era quello in esame.

⁴¹ La prima condizione, ossia quella di esperire una preventiva consultazione, era, in verità, già stata introdotta dalla stessa Arera che, sin dall'inizio della sua attività (cfr. deliberazione 61/97) si è (auto)vincolata in tal senso; con la conseguenza che il mancato rispetto di tale condizione (salvo motivate ragioni d'urgenza) riverberava sulla validità dell'atto (cfr. ad esempio Tar Lombardia, Sez. II, sent. 171/2003). È qui interessante osservare anche come, con la decisione 7972/2006, il Consiglio di Stato – con intervento altrettanto creativo – compie una rivalutazione della *ratio* di tale specifica condizione procedurale: una tale condizione, infatti, non risponde (più) a esigenze organizzative dell'amministrazione (che si autovincola per garantire un esercizio ordinato delle sue competenze), ma (secondo la nuova decisione del giudice) risponde a finalità di giustificazione democratica dello svolgimento di tali competenze (divenendo, quindi, un vincolo cui l'amministrazione *deve necessariamente* sottostare).

dell'atto adottato. Come aveva osservato il giudice di primo grado⁴², una tale omissione da parte dell'Arera era del tutto legittima, in quanto consentita da una delle *affordances* offerta dalla disciplina del procedimento amministrativo ivi applicabile, che, come visto, solleva l'amministrazione dall'onere di motivazione – nonostante l'Arera normalmente motivasse i propri provvedimenti.

Si badi però. Il Consiglio di Stato non ha censurato l'Arera per essersi discostata, nel caso concreto, da una propria prassi applicativa. Ciò che il giudice ha censurato è, più in generale, la *possibilità* offerta dalla struttura tipica dell'atto (riconosciuta dalla legge) di non motivare il provvedimento (su un aspetto ritenuto rilevante): è cioè criticata specificamente un'*affordance* offerta dalla struttura tipica dell'atto, di cui l'Arera si era servita in occasione di quella concreta istanziazione del medesimo atto.

La critica, come si nota, è mossa sulla base di valutazioni che, facendo appello all'idea (politica) di legittimazione democratica ("dal basso"), valorizzano l'interesse al pieno contraddittorio degli operatori, nonché quello del giudice di poter esercitare un più penetrante controllo giudiziale sulla ragionevolezza del provvedimento amministrativo⁴³.

3.3. Istituti giuridici creati ex novo

Un esempio, invece, emblematico, di decisioni giudiziali che hanno creato, *ex novo*, un intero istituto in precedenza inesistente nel nostro ordinamento, è quello della c.d. occupazione acquisitiva (o appropriativa), istituto di creazione pretoria, con cui la Corte di Cassazione (sin da Cass., Sez. Un., sent. 1464/1983) aveva sancito che l'irreversibile trasformazione d'un bene di proprietà privata, compiuta dalla pubblica amministrazione in funzione del perseguimento di una pubblica utilità⁴⁴, comportava il

⁴² Cfr. Tar Lombardia, Sez. IV, sent. 402/2005.

⁴³ In tale prospettiva, infatti, il Consiglio di Stato non si è limitato a incidere sulla struttura d'un tipo di atto di regolazione dell'Arera, ma – stante la formulazione della sentenza – ha inteso modificare la struttura di *tutti* i tipi di provvedimenti di regolazione generale adottabili da tutte le autorità amministrative indipendenti (e non solo quelli dell'Arera).

⁴⁴ La pubblica amministrazione avrebbe dovuto, quindi, aver adottato una dichiarazione di pubblica utilità, idonea a conferire all'opera natura pubblica, senza però che fosse stato adottato, entro il termine biennale, un formale atto espropriativo. In assenza d'una tale dichiarazione di pubblica utilità, ci si trova di fronte a un differente istituto, sempre di origine pretoria, consistente nella c.d. occupazione usurpativa, rispetto alla quale la parte privata può ottenere la restituzione del terreno (e la preventiva riduzione in pristino).

trasferimento della proprietà stessa dal privato alla pubblica amministrazione, che era tenuta a risarcire il primo (secondo le norme sul risarcimento per danno da fatto illecito *ex art. 2043 c.c.*)⁴⁵.

In estrema sintesi, e per quanto rileva in questa sede, l'istituto nasce per contemperare varie esigenze e risolvere diverse problematiche legate alle ipotesi (non infrequenti) di occupazione, da parte della pubblica amministrazione, di beni immobili (fondi) di privati per scopo di pubblica utilità, ma senza disporre di idoneo titolo abilitativo. In tali casi, infatti, il privato non poteva ottenere la riduzione in pristino del bene pubblico (le norme sulla giurisdizione impediscono al giudice di condannare la pubblica amministrazione alla restituzione dell'immobile), quindi il privato poteva sperare solo in un'azione risarcitoria per l'impossibilità di godere d'un bene che era stato ormai irrimediabilmente trasformato dagli interventi compiuti (illecitamente) dalla pubblica amministrazione⁴⁶.

Il nuovo istituto creato dalla Corte di Cassazione si fondava sul presupposto della trasformazione irreversibile del bene immobile. A tale presupposto, la Cassazione ascriveva le seguenti conseguenze giuridiche: (i) l'estinzione del diritto di proprietà del privato sul bene trasformato; (ii) l'acquisto a titolo originario della proprietà su quel fondo da parte dell'amministrazione; (iii) l'insorgere in capo al privato d'un diritto al risarcimento del danno *ex art. 2043 c.c.*, in quanto l'occupazione configurava un fatto illecito (istantaneo, con effetti permanenti).

Come si nota, la giurisprudenza interviene, qui, direttamente a "inventare" e a "plasmare" un nuovo artefatto giuridico, per far fronte principalmente a esigenze di tutela del privato (esigenze che sono state ritenute particolarmente urgenti e significative, se si pensa che il nuovo istituto non solo costituisce un modo d'acquisto della proprietà non

Peraltro, la Cassazione, anche in tale caso, aveva riconosciuto alla parte privata una tutela risarcitoria che, se esercitata, comportava (implicitamente) il trasferimento della proprietà dal privato alla pubblica amministrazione (Cass., Sez. Un., sent. 4451/2001).

⁴⁵ Sull'occupazione acquisitiva, la letteratura è amplissima. Ai fini del presente lavoro, mi servo della ricostruzione fornita da A. GAMBARO, *Occupazione acquisitiva*, in *Enc. Dir.*, IV Agg. (2000), pp. 854 ss., per le vicende che hanno interessato l'istituto fino all'anno 2000 (prima delle decisioni CEDU 30 maggio 2000, *Belvedere Alberghiera S.r.l. c. Italia*); per il periodo successivo, rinvio alla ricostruzione compiuta dal Consiglio di Stato nelle seguenti decisioni: CdS, Ad. Plen., 2/2016, 4/2020, 6/2021.

⁴⁶ Inoltre, la possibilità, originariamente riconosciuta dalla giurisprudenza, di adottare un atto espropriativo tardivo, quindi in sanatoria, metteva anche a rischio la stessa tutela risarcitoria (in tale caso, l'espropriato aveva diritto solo a un indennizzo).

previsto dalla legge, ma ha anche per origine un fatto illecito⁴⁷). Il piano di interazione di tale istituto è stato, anch'esso, precisato nel tempo dalla medesima giurisprudenza, in base alle esigenze che potevano emergere nelle concrete occorrenze dell'istituto (sanando, di volta in volta, alcune problematiche emerse, soprattutto connesse con la decorrenza del termine di prescrizione quinquennale per il risarcimento del danno).

È interessante osservare come la storia deliberativa dell'occupazione acquisitiva sia una storia fatta, almeno inizialmente, di decisioni giudiziali che hanno creato, di volta in volta, le varie regole che, nel loro insieme, hanno concorso a costituire la struttura tipica dell'istituto.

Tale struttura tipica è stata successivamente incisa anche da atti di altra natura, in particolare legislativi, e decisioni di altri giudici, che sono venuti ad arricchirne la storia deliberativa. In estrema sintesi, dopo alcuni atti legislativi che hanno cercato di regolare gli aspetti economico-patrimoniali dell'istituto in esame, assumono rilievo le decisioni critiche della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo che, dal 2000, è intervenuta a escludere la compatibilità dell'istituto con la Convenzione⁴⁸. Successivamente, sono intervenuti a più riprese, altri atti legislativi che hanno tentato di "rinnovare" l'istituto per superare le criticità sollevate dalla Corte EDU (cfr. dPR 327/01, e la sua integrazione a opera del d.l. 98/11), nonché decisioni della Corte Costituzionale e, infine, del giudice amministrativo (in particolare del Consiglio di Stato), che ne hanno ulteriormente affinato il piano di interazione⁴⁹.

3.4. *Due brevi osservazioni*

L'analisi sopra svolta autorizza a formulare due brevi osservazioni.

⁴⁷ A questo aspetto, forse moralmente imbarazzante, ha anche replicato la Corte Costituzionale (sent. 188/1995), che ha argomentato che, nel caso dell'occupazione acquisitiva, l'acquisto della proprietà costituiva una «conseguenza dipendente non dall'illecito, ma dalla situazione di fatto – realizzazione dell'opera pubblica con conseguente non restituibilità del suolo in essa incorporato – che trova il suo antecedente storico nell'illecita occupazione e nella illecita destinazione del fondo alla costruzione dell'opera stessa».

⁴⁸ A partire dalla sentenza *Belvedere Alberghiera c. Italia*, cit..

⁴⁹ Per una ricostruzione del susseguirsi, dopo le decisioni della Corte EDU, dei vari atti legislativi, decisioni della Corte Costituzionali e decisioni del Consiglio di Stato, cfr. ad esempio CdS, Ad. Pl., sent. 2/2020, §§ 14 e ss.

3.4.1. La *prima* è che la teoria artifattuale del diritto appare pienamente compatibile con varie forme di decisionismo. Come visto, infatti, la teoria del diritto come artefatto consente proprio di mettere in luce le dinamiche che stanno alla base della creazione e dell'evoluzione dei vari artefatti giuridici, illuminando il ruolo di "artefice" svolto dal giudice (o meglio, dai giudici). Anche un decisionista *à la* Holmes non dovrebbe aver nulla da obiettare: in tale sua prospettiva, infatti, «[t]he prophecies of what the courts will do in fact»⁵⁰ individueranno la struttura d'un certo artefatto giuridico, e i suoi impieghi *corretti* da parte degli utenti.

Anzi, la teoria artifattuale del diritto mi pare consenta proprio di illuminare la tensione, di tipo ideologico, tra posizioni teoriche riconducibili al normativismo e quelle decisioniste. La suggestione che ne ricavo è che il conflitto tra normativisti e decisionisti sia un (anche) un conflitto su chi abbia titolo a intervenire nella storia deliberativa d'un istituto (chi sia il "vero" artefice d'un artefatto giuridico): ad esempio, se il giudice sia (anche) autore dell'artefatto giuridico, oppure ne sia solo (sempre, o qualche volta a quali condizioni) un suo utente (eventualmente un *cattivo* utente, qualora autorizzi un uso difforme da quello sancito dalla legge).

3.4.2. La *seconda* osservazione che mi pare possibile compiere è che, nella prospettiva della storia deliberativa d'un istituto, le decisioni dei giudici che intervengono a interpretarne, rivalutarne, modificarne (o anche crearne *ex novo*) la struttura tipica, sono decisioni che non sono mai avulse, isolate, dai concreti utilizzi da parte di altri soggetti (Ciò in modo molto simile a quanto visto *sub* 2.3 con riferimento alla storia deliberativa della società di capitale, con riferimento al riconoscimento della possibilità di costituirla con atto unilaterale, e non solo con contratto). Infatti, come visto negli esempi *sub* 3.2 e *sub* 3.3, le decisioni dei giudici presuppongono (ri)valutazioni sia di istituti giuridici e delle *affordances* che essi possono offrire in concreto, sia degli interessi (particolari e concreti) perseguiti dagli agenti, che possono trovare più o meno aiuto nelle predette *affordances*.

Ad esempio, nel caso dei provvedimenti di regolazione delle autorità indipendenti, il giudice dà atto del fatto che, nonostante l'esenzione espressamente riconosciuta dall'art. 3, co. 2, l. 241/90, v'era già una *prassi* dell'Arera, nell'adottare i vari atti generali di sua competenza, e di fornire

⁵⁰ O.W. HOLMES, *The Path of Law*, in ID., *Collected Legal Papers*, Harcourt, Brace and Howe, New York, 1920, p. 137.

una motivazione sulle principali osservazioni emerse in consultazione⁵¹. V'era quindi un impiego della struttura tipica degli atti generali che l'Arera era abilitata a utilizzare, che già arricchiva il contenuto minimo di quegli atti previsti dalla legge, al fine di garantire una migliore conoscibilità (anche in prospettiva difensiva) delle ragioni poste a base provvedimento adottato.

Quanto all'esempio dell'occupazione acquisitiva, il giudice si trova in presenza del reiterato comportamento "abusivo" della pubblica amministrazione, che occupa terreni privati per la realizzazione di opere pubbliche senza completare l'iter espropriativo; ma gli strumenti giuridici previsti dall'ordinamento non offrivano, ai privati coinvolti, *affordances* adeguate rispetto alle esigenze di tutela, che erano state però ritenute dallo stesso giudice meritevoli e preminenti. È su queste basi, come visto, che sono maturate valutazioni sugli interessi e sull'adeguatezza degli istituti giuridici presenti, e hanno portato alla creazione d'un istituto nuovo.

4. Teoria artifattuale e teorie della consuetudine

4.1. La posizione di Corrado Roversi

Che la teoria artifattuale del diritto sia idonea a dare conto in modo adeguato delle pratiche giuridiche consuetudinarie è tesi espressamente sostenuta, e argomentata, dallo stesso Roversi⁵².

È bene premettere che, nella sua analisi dei fenomeni consuetudinari, Roversi non mi pare aderisca a una specifica teoria della consuetudine: mi pare, piuttosto, che egli assuma il fenomeno consuetudinario come dato di fatto, rispetto al quale testare la capacità esplicativa della propria teoria artifattuale⁵³. Lo scopo di Roversi è, piuttosto, (di)mostrare la natura artifattuale anche degli istituti giuridici formati per consuetudine.

⁵¹ Come visto alla nota 38, infatti, gli argomenti svolti dalla decisione 7972/2006 erano stati già impiegati in precedenza, in almeno due occasioni, al fine di giudicare corretto l'operato dell'Arera, che aveva soddisfatto il requisito della motivazione e della preventiva consultazione dei soggetti interessati.

⁵² Cfr. C. ROVERSI, *Legal Metaphoric Artifacts*, cit.; ID., *On the Artifactual – and Natural – Character of Legal Institutions*, cit., pp. 3-10; ID., *Diritto posto, diritto creato*, cit., p. 136; ID., *Law as an Artifact*, cit., pp. 57-60. Come segnala lo stesso Roversi, anche gli altri studiosi che propugnano una teoria artifattuale del diritto si sono posti il problema di fornire una spiegazione delle consuetudini in termini di artefatti.

⁵³ Per una ricca e interessante fenomenologia di istituti di origine consuetudinaria operanti (e riconosciuti) nell'ambito del nostro diritto privato, rinvio a P. POLLASTRO, *La consuetudine: un'araba fenice*, in G. BOMBELLI, P. HERITIER (a cura di), *I volti molteplici della consuetudine*, Mimesis, Milano, 2022, pp. 175-224. Sulla consuetudine, la letteratura è vasta:

2/2023

Secondo Roversi, infatti, anche gli istituti giuridici di formazione consuetudinaria sono rispettosi della ART formula. A tal fine, viene sempre in gioco la nozione di *storia deliberativa*, intesa come processo di creazione linguistica basato su intenzioni (avente come contenuto la struttura tipica dell'istituto, il suo piano di interazione).

Nel caso delle pratiche giuridiche di origine consuetudinaria, la storia deliberativa non si esaurisce in un singolo atto linguistico intenzionale (o nel susseguirsi di atti intenzionali – ad esempio, uno o più atti legislativi, in cui si interpongono eventualmente anche decisioni giudiziali); la storia deliberativa di istituti giuridici formati per consuetudine è, invece, costituita da una serie (più o meno omogenea) di comportamenti intenzionali (più o meno) reiterati (o giustapposti) nel tempo (*non intenzionalmente coordinati*) nei quali, però, *da un certo momento in poi*, le persone d'una certa comunità *riconoscono pubblicamente* il senso (lo *status*) d'una pratica istituzionale. Così, ad esempio, commenta Roversi:

People simply behave in a certain way; then, in time, they begin to refer to this habit of behaviour as a custom; the custom then becomes an institution and is referred to as such. This is a typical case of an intention-rooted creation process in which the original intentions did not include the artefact's sortal as part of their conceptual content. That sortal is a by-product of a given community's legal discourse: have we indeed have a linguistic creative process, but one that differs from the example of authoritative speech acts⁵⁴.

Come si nota, in accordo con la ART formula (e con l'idea di storia deliberativa d'un artefatto giuridico, quale «intention-rooted *linguistic creation process*»), l'elemento linguistico è essenziale per la costruzione

oltre ai classici lavori di Norberto Bobbio (cfr. N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, Cedam, Padova, 1942; ID., *Consuetudine (teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, IX(1962), pp. 426-443; ID., *Fatto normativo*, in *Enc. Dir.*, XVI(1967), pp. 988-995 – questi ultimi due confluiti, con modifiche, in N. BOBBIO, *Consuetudine e fatto normativo*, in ID., *Contributi per un dizionario giuridico*, Giappichelli, Torino, 1994, pp. 17-58), e al già citato R. SACCO, *Il diritto muto*, cit., mi limito a rinviare, in tempi relativamente più recenti, a B. CELANO, *Consuetudine: un'analisi concettuale*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, 2014, pp. 598-667, nonché alle raccolte curate da S. ZORZETTO (a cura di), *La consuetudine giuridica*, Ets, Pisa, 2008, e da G. BOMBELLI e P. HERITIER (a cura di), *I volti molteplici della consuetudine*, Mimesis, Milano, 2022.

⁵⁴ C. ROVERSI, *On the Artifactual – and Natural – Character of Legal Institutions*, cit., pp. 9-10. Cfr. anche C. ROVERSI, *Legal Metaphoric Artefacts*, cit., p. 6.

della pratica giuridica, anche se di formazione consuetudinaria⁵⁵: è infatti mediante il linguaggio (o attraverso codici semiotici condivisi) che è possibile, a un certo momento, in una certa comunità, riconoscere in determinati comportamenti l'esplicazione (l'istanziamento) d'una certa pratica istituzionale (giuridica). Del resto, come è stato acutamente osservato, le norme giuridiche, anche quando inesprese, sono pur sempre *formulabili*⁵⁶. E tale formulabilità (esprimibilità) assume quindi un ruolo essenziale (costitutivo) nella formazione, anche consuetudinaria, delle istituzioni giuridiche le quali, per così dire, "emergono" da comportamenti intenzionali che, all'origine, non sono necessariamente posti in essere con l'intenzione di creare una nuova pratica (e quindi sono necessariamente coordinati tra loro).

Analogo processo si riscontra, secondo Roversi, anche nell'ambito degli artefatti non giuridici, come avviene, ad esempio, nel caso d'un sentiero [*trail*] tracciato all'interno d'una foresta: «Many wayfarers – commenta Roversi – may have crossed the forest without knowing that in so doing they were blazing a trail. Eventually, however, the trail will become recognizable and begin to be used as such, that is, as an artefactual means by which to cross the forest without getting lost, and it will also come into used in standard discourse. People will start referring to the trail, pointing out its purpose and possible use – as by saying, “There’s trail over there: Use it to get home” – and in this way the trail takes on the same kind of objectiveness that other authored artefactual objects have and from the outset, that is, from the moment of their creation»⁵⁷.

⁵⁵ Uso qui termini come 'elemento linguistico', 'linguaggio', 'linguisticità', ecc. con un'accezione ampia, che può essere sintetizzata con le seguenti parole di J.R. SEARLE, *La costruzione della realtà sociale*, cit., pp. 71-71 (e che mi pare coerente con quella assunta da Roversi): «La caratteristica essenziale del linguaggio per la costituzione dei fatti istituzionali è l'esistenza di dispositivi simbolici, come le parole, che per convenzione *significhino* o *rappresentino* o *simboleggino* qualcosa *al di là di loro stessi*. Così, quando dico che il linguaggio è in parte costitutivo dei fatti istituzionali, non intendo dire che i fatti istituzionali richiedono linguaggi naturali compiuti [...]. La mia tesi [...] [è] che ci sono parole, simboli o altri strumenti convenzionali che significano qualcosa o esprimono qualcosa o rappresentano qualcosa o simboleggiano qualcosa *al di là di loro stessi*, *in un modo che è pubblicamente comprensibile*» (corsivi miei).

⁵⁶ Cfr. ad esempio M. JORI, *Del diritto inesistente*, cit., p. 105; R. GUASTINI, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 73.

⁵⁷ C. ROVERSI, *On Artifactual – and Natural – Character of Legal Institutions*, cit., 9. Altro esempio formulato da Roversi è quello del muro difensivo d'un villaggio, che sia semplicemente il risultato d'una giustapposizione di muri costruiti da singoli villici per proteggere le proprie case: «Here, nobody – commenta ad esempio C. ROVERSI, *Legal*

Anche qui, l'elemento linguistico (in senso lato) è decisivo per il processo di emersione dell'artefatto: «In fact – spiega Roversi – the artifact could not even have an independent standing if people did not take to referring to it as an independent object with a distinctive purpose. And this progressive linguistic emergence mirrors a fundamental change in the content of intentional state that accompany actions done with that artifact»⁵⁸.

4.2. Due ulteriori osservazioni

L'analisi di Roversi sulle consuetudini si limita a enucleare (almeno) due elementi costitutivi minimi – la presenza di comportamenti intenzionali variamente ricorrenti o giustapposti nel tempo, e il successivo riconoscimento attraverso il linguaggio (o un codice semiotico condiviso) del significato sociale di quei comportamenti. Essa non reca, peraltro, alcuna tesi, o argomento, su *come* avvenga, o su come sia, in generale, *possibile*, il passaggio da tali comportamenti (bruti) intenzionali, al

Metaphoric Artefacts, 4 – intended to create a wall surrounding the entire village, but everybody wanted to create something to defend their houses. Hence, the wall surrounding the village indeed resulted from creative intentions having as their content a sortal description as walls, but that sortal description did not, strictly speaking, refer to the wall serving as a defence perimeter for the entire village: It referred to the walls simply *surrounding* the houses». Ci si trova, qui, di fronte a un genere di artefatti diversi da quelli ideati e concepiti da un singolo autore, con un (solo) atto creativo volto a produrre specificamente quel particolare artefatto, come può essere avvenuto, ad esempio, per un cacciavite. Pertanto, Roversi (*ivi*, 5) propone di distinguere tra due specie di artefatti, che egli chiama “*intended artefact*” e “*recurrence artefacts*” e che così definisce: (i) «Intended artefacts are created through intentional actions which have as their content an intention to produce an artifact of that kind»; (ii) «Recurrence artifacts are instead created through intentional actions whose content is in some sense related to the artifact but is not an intention to create an artifact of that kind». Ecco che, ben si comprende, la necessità dell'elemento linguistico come elemento costitutivo d'un *recurrence artefact*: «Now, what is crucial when focusing on recurrence artifacts is that, for a certain period of time (say, until time *t*), individuals simply behave and make things while not realizing that they are concurring in creating an artifact, and after *t* they progressively become aware of the artifact's existence and of its purpose and role».

⁵⁸ C. ROVERSI, *On the Artifactual – and Natural – Character of Legal Institutions*, cit., p. 5. Il processo di progressiva emergenza dei *recurrence artifacts* nel discorso (e coscienza) comune è chiamata da Roversi “artifactual apperception”: «This expression is obviously drawn from the common philosophical meaning of the *apperception* as consciousness of (or reflection on) our own perception».

riconoscimento (istituzionale) del loro senso giuridico⁵⁹. Questi ultimi sono temi propri d'una *teoria della consuetudine* la cui costruzione, è, come ho anticipato, estranea all'analisi di Roversi, ed eccede anche i confini del presente lavoro, che, è bene ripeterlo, vuole limitarsi a mostrare la capacità della teoria artifattuale del diritto di abbracciare anche (e dar conto dei) fenomeni consuetudinari.

A me pare che gli argomenti di Roversi siano sufficienti allo scopo. Ma non solo: mi pare anche che la sua teoria sia in grado di fornire alcuni contributi alle teorie della consuetudine. Almeno due.

4.2.1. In primo luogo, mi pare che includere nella storia deliberativa d'un artefatto giuridico anche un insieme di comportamenti che, *in un momento iniziale*, non sono necessariamente posti in essere con la specifica intenzione di realizzare quell'artefatto (ma magari sono volti a conseguire scopi individuali, propri del singolo agente), mostra l'importanza dei singoli interessi, dei bisogni individuali che, normalmente, spingono gli agenti ad agire in un certo modo nell'ambiente e a cogliere le *affordances* che l'ambiente offre loro: nel caso di fenomeni consuetudinari, però, non vi sono artefatti giuridici preesistenti che offrono le *affordances* di cui avrebbero bisogno, vi sono solo i bisogni che muovo i singoli ad agire nel modo corrispondente (e produrre, spontaneamente, quelle strutture normative che assicurano quelle *affordances*).

Sembra così riecheggiare la tesi sul celebre "diritto muto" di Rodolfo Sacco, secondo cui il nucleo essenziale del diritto spontaneo consisterebbe, appunto, nella *spontanea attuazione del bisogno*, dell'interesse, che l'agente intende realizzare⁶⁰.

Tuttavia, proprio l'idea di storia deliberativa (intesa come *intention-rooted linguistic creation process*) consente di concludere, contro Sacco, che il diritto spontaneo *non* è qualcosa che prescinde da ogni mediazione linguistica (non è composto da «fatti diversi da ogni procedimento

⁵⁹ Questo tema è, ad esempio, al centro delle riflessioni di T. GAZZOLO, *La consuetudine origine del diritto?* In G. BOMBELLI, P. HERITIER (a cura di), *I volti molteplici della consuetudine*, Mimesis, Milano, 2022, pp. 65-90. Per una rassegna di problemi che dovrebbe porsi una teoria della consuetudine, cfr. ad esempio P. CHIASSONI, *Tre buoni filosofi contro i cattivi costumi*, in S. Zorzetto (a cura di), *La consuetudine giuridica*, Ets, Pisa, 2008, pp. 65-70.

⁶⁰ Cfr. ad esempio R. SACCO, *Azione, pensiero, parola nella creazione del diritto*, in J. VISCONTI (a cura di), *Lingua e diritto*, Led, Milano, 2010, p. 29: «Il diritto spontaneo è creato con l'ottemperanza alla norma, l'atto muto è creato con l'attuazione del rapporto. Si tratta di un'unica strategia».

semantico»⁶¹). Come visto, invece, anche il diritto spontaneo è strettamente dipendente dal linguaggio; ciò in quanto, affinché un insieme di comportamenti vari e variegati reiterati nel tempo acquisti l'oggettiva configurazione d'una pratica giuridica, è necessaria (almeno) la presenza d'un codice semiotico condiviso tra gli uomini d'una certa comunità, che consenta a quegli uomini di *riconoscere pubblicamente*, (almeno) *da un certo momento*, in quei comportamenti, la concreta occorrenza d'una pratica giuridica⁶².

4.2.2. In secondo luogo, mi sembra che la teoria artifattuale del diritto sia anche in grado di illuminare quelle modifiche della struttura tipica d'un certo istituto giuridico (sia esso di formazione consuetudinaria o meno), che avvengono attraverso modalità riconducibili allo schema consuetudinario. Si tratta delle c.d. prassi applicative, che possono essere interpretate come una serie di comportamenti che (i) si reiterano nel tempo, in occasione dei concreti utilizzi di istituti giuridici esistenti, e che (ii) possono non corrispondere ad alcuna delle regole costitutive della struttura tipica di tali istituti, o addirittura porsi in contrasto con alcune di tali regole⁶³.

Tali prassi, che si presentano, reiteratamente, in occasione di tentativi di realizzare concrete istanziazioni (*tokens*) d'un certo istituto (*type*), potrebbero, *da un certo momento in poi*, essere pubblicamente riconosciute come condotte coerenti con una o più regole che si ritiene abbiano ormai integrato il piano di interazione dell'istituto in esame (generando così consuetudini *praeter* o *contra leges*, come quelle considerate, ad esempio, dal diritto canonico).

Molto spesso, invece, ciò non avviene. Avviene però che quelle stesse prassi svolgano comunque un ruolo notevole sull'attività di *rivalutazione* (reinterpretazione) compiuta, su quell'istituto, da altri soggetti istituzionali. Avviene così che quei comportamenti, sino a un certo punto non

⁶¹ R. SACCO, *Il fatto, l'atto, il negozio*, Utet, Torino, 2005, p. 146.

⁶² Si perviene, in tal modo, a una conclusione – ossia l'insostenibilità di tale tesi di Sacco – che altrove ho diversamente argomentato: sia consentito rinviare a M.Q. SILVI, *Diritto muto?*, cit.

⁶³ Secondo Bobbio (*Consuetudine e fatto normativo*, cit., p. 45), ad esempio, «[l]a consuetudine non è solo, secondo la vecchia massima di Paolo, *optima legum interpres* (D.I, 3, 47), ma è anche la nutrice e alimentatrice della legge: la consuetudine fa qualche cosa di più che interpretare la legge, la mantiene in vita» (in tale prospettiva, ad esempio lo stesso Bobbio, nel saggio del 1942, aveva distinto tra consuetudine formativa (d'una norma consuetudinaria) e consuetudine conservativa (d'una norma, sia essa consuetudinaria o no)).

contemplati, o anche ritenuti difformi rispetto alla struttura tipica d'un istituto giuridico, siano poi "recepiti", codificati, in atti normativi (ad esempio leggi) o in decisioni giudiziali che intervengono a modificare il piano di interazione dell'istituto medesimo.

In altri casi ancora, invece, quelle prassi applicative continuano a essere valutate, dagli altri organi della produzione e dell'applicazione previsti da un ordinamento, come prassi non rilevanti o, ancora, come prassi scorrette, indebite, difformi, e, pertanto, meritevoli di essere contrastante (anche se, non sempre, le azioni di contrasto risultano efficaci). Di fronte a questi casi, ci si può domandare quale sia la fisionomia dell'artefatto giuridico che ne segue: la risposta non è rinvenibile nella teoria artifattuale del diritto; dipenderà, piuttosto, dall'ideologia giuridica che si assume (e dalla teoria della consuetudine che ne dipende).