

AperTO - Archivio Istituzionale Open Access dell'Università di Torino

Regole, convenzioni tacite e diritto. Una possibile prospettiva della teoria economica

This is the author's manuscript

Original Citation:

Availability:

This version is available <http://hdl.handle.net/2318/64345> since

Publisher:

ESI

Terms of use:

Open Access

Anyone can freely access the full text of works made available as "Open Access". Works made available under a Creative Commons license can be used according to the terms and conditions of said license. Use of all other works requires consent of the right holder (author or publisher) if not exempted from copyright protection by the applicable law.

(Article begins on next page)

Nella stessa collana:

nuova serie

1. *Valori e principii del diritto romano. Atti della Giornata di studi per i 100 anni di Silvio Romano Maestro di Istituzioni (Torino, 12 ottobre 2007), a cura di Andrea Trisciuglio, 2009.*

LA DIMENSIONE TACITA DEL DIRITTO

a cura di

RAFFAELE CATERINA



Edizioni Scientifiche Italiane

Questo volume è stato pubblicato con il contributo del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Torino.

CATERINA, Raffaele (a cura di)
La dimensione tacita del diritto
Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Torino
nuova serie, 2
Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2009
pp. VIII+180; 24 cm
ISBN 978-88-495-1857-3

© 2009 by Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a.
80121 Napoli, via Chiatamone 7
00185 Roma, via dei Taurini 27

Internet: www.edizioniesi.it
E-mail: info@edizioniesi.it

I diritti di traduzione, riproduzione e adattamento totale o parziale e con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche) sono riservati per tutti i Paesi.

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

Associazione Italiana per i Diritti di Riproduzione delle Opere dell'ingegno (AIDRO)
Via delle Erbe, 2 - 20121 Milano - tel. e fax 02-809506; e-mail: aidro@iol.it

Indice

RAFFAELE CATERINA, <i>La dimensione tacita del diritto</i>	1
Parte prima: <i>La conoscenza tacita</i>	
ANDREA POZZALI, <i>Dall'individuale al collettivo: la dimensione sociale della conoscenza tacita</i>	17
MARIA ANTONELLA BRANDIMONTE, <i>Quando il silenzio è d'oro. Costi e benefici della verbalizzazione nei processi cognitivi</i>	27
CRISTINA MEINI e ALFREDO PATERNOSTER, <i>Taciti conflitti di interesse</i>	37
Parte seconda: <i>Le regole tacite</i>	
MICHELE GRAZIADEI, <i>La legge, la consuetudine, il diritto tacito, le circostanze</i>	49
DOMENICO FRANCAVILLA, <i>Diritto e conoscenza non linguistica. Osservazioni su origine, trasmissione e diffusione delle regole</i>	65
PIERCARLO ROSSI, <i>Spunti critici sui rapporti tra consuetudine e diritto: un approccio eterodosso</i>	77
STEFANO FIORI, <i>Regole, convenzioni tacite e diritto. Una possibile prospettiva della teoria economica</i>	85
GUIDO BOELLA, <i>Affordance sociali e diritto</i>	97
UGO PAGALLO, <i>Come rendere manifesto il tacito attraverso la topologia giuridica</i>	107

Parte terza: <i>Gli atti muti</i>	
PAOLO DI LUCIA, <i>Il linguaggio dell'atto muto</i>	119
GIUSEPPE LORINI, <i>Semiotica dell'atto muto</i>	129
LORENZO PASSERINI GLAZEL, <i>Decriptare criptòtipi</i>	139
LUCA TUMMOLINI, <i>L'armonia del silenzio: verso una teoria degli accordi taciti</i>	147
<i>Bibliografia</i>	159
<i>Elenco degli Autori</i>	177

Questo volume nasce dalla omonima giornata di studi, organizzata dal Dipartimento di Scienze Giuridiche nel quadro del Progetto Prin 2005 «I fondamenti cognitivi per la creazione del diritto», che si è tenuta a Torino, presso la Fondazione Rosselli, il 19 settembre 2008.

I primi ringraziamenti vanno dunque al Dipartimento di Scienze Giuridiche, e alla Fondazione Rosselli, che ha ospitato e incoraggiato l'iniziativa.

Un grande ringraziamento va a Nadia Coggiola e a Giulia Terlizzi, che sono state al mio fianco con intelligenza e generosità nell'organizzazione dell'incontro e nella preparazione del libro.

Ringrazio Massimo Papa, che ha contribuito al successo della giornata.

Ringrazio, infine, Eleonora Bassi, che (come in tante altre occasioni) ha saputo aiutarmi a capire ciò che volevo fare, per il suo affetto, il suo consiglio, il suo incoraggiamento.

Torino, 25 maggio 2009

RAFFAELE CATERINA

*Regole, convenzioni tacite e diritto.
Una possibile prospettiva della teoria economica*

di Stefano Fiori

SOMMARIO: 1. Dalle regole tacite a quelle scritte: l'approccio gradualista. – 2. Convenzioni e legge: una divisione del lavoro? – 3. Accelerazione del tempo storico e riconfigurazione dei rapporti fra norme.

Una larga parte della letteratura economica, specialmente di scuola istituzionalista (sia essa «old» o «new»), accetta l'idea che il ruolo delle convenzioni, delle norme sociali, degli «habits» e delle «routines» abbia una rilevanza particolare nella spiegazione dei processi economici. Gli agenti sono descritti come «rule followers», piuttosto che come massimizzatori di utilità, e ciò consente di mettere in evidenza come le convenzioni e le norme sociali abbiano una funzione essenziale nell'orientare il comportamento umano (Rutherford 1994). Inoltre, la dimensione tacita (che caratterizza abiti, costumi e routines) è stata in vari modi discussa dalla teoria economica non ortodossa, non solo di derivazione istituzionalista, in quanto permette di ri-delineare la nozione di razionalità del soggetto economico, sottolineandone i tratti non ottimizzanti e non deliberativi.

Teorie recenti hanno cercato di definire in modo più analitico la relazione che si stabilisce tra convenzioni e regole sociali, perlopiù tacite, e regole esplicite, che pertengono alla sfera del diritto, e, in autori rappresentativi come Hayek e North, l'immagine dominante è che fra i due tipi di norme vi sia una sostanziale continuità, un graduale passaggio dall'una all'altra. Quesiti del tipo «a cosa servono le convenzioni» e «perché esse permangono una volta che si sono evolute in legge» emergono inevitabilmente da tali approcci. Essi infatti rinviano al problema della coabitazione di norme che hanno strutture diverse, ma che, in linea di principio, dovrebbero estendersi allo stesso ambito comportamentale e di condotta degli individui. In breve, occorrerebbe spiegare perché le convenzioni continuano a sopravvivere una volta che il loro percorso si è – per così dire – esaurito, essendo la società pervenuta a codificare ciò che prima non era codificato, e a esplicitare ciò che prima non era ver-

balizzato, o quanto meno perteneva a un insieme di regole non scritte.

In ciò che segue si illustrerà sommariamente come la visione qui denominata «gradualista» connoti tanto la teoria hayekiana, quanto quella di North, e come essa possa essere rivista alla luce di prospettive che ne rovesciano alcuni assunti; in tal senso saranno di aiuto alcune riflessioni di Rodolfo Sacco.

La tesi sostenuta sarà che è possibile concepire la relazione fra convenzioni (tacite) e diritto nei termini di una peculiare *divisione del lavoro*, in quanto i domini dei due tipi di norme non sono pienamente sovrapponibili o sostituibili (e ciò aiuterebbe a comprenderne la coabitazione), un fatto, questo, che emerge con chiarezza quando i sistemi di codici (tacito ed esplicito) esprimono opzioni conflittuali. Infine, facendo riferimento a Reinhart Koselleck, si mostrerà come l'«accelerazione» dei processi storici, esperita dagli individui, ponga il problema di una riconfigurazione dei rapporti fra convenzioni (tradizioni, usi etc.) e regole scritte, evidenziando un tratto specifico del mondo contemporaneo.

1. Dalle regole tacite a quelle scritte: l'approccio gradualista

La teoria hayekiana dell'*evoluzione* delle regole, da cui emergerebbero gli ordini spontanei, costituisce un esempio di lettura basata sulla continuità e sul gradualismo. Infatti, *prima* comparirebbero «regole e modi di agire» non formali, e solo *dopo* essi verrebbero incorporati nel diritto scritto. Tali regole, in competizione con quelle adottate da altri «gruppi» – afferma Hayek –, furono premiate in virtù dei vantaggi che conferirono al gruppo che le aveva adottate, e ciò avrebbe consentito la loro adozione anche da parte di altri gruppi, con la conseguente scomparsa delle regole rivali (Hayek 1973, tr. it. 1986, 14, 25 e 27). Hayek definisce questa dinamica in termini evolutivi e di «eredità culturale» e specifica che «Il risultato di tale processo di sviluppo sarà *dapprima non una conoscenza articolata*, ma una conoscenza che, sebbene possa essere descritta in termini di regole, l'individuo agente *non è in grado di formulare verbalmente*, ma è solo capace di mettere in pratica nell'azione» (Hayek 1973, tr. it. 1986, 25-26; corsivo aggiunto). Infine, il gradualismo, essenzialmente non discontinuo, si manifesta attraverso l'analisi dell'«evoluzione» pluriscolare della società occidentale, punto di riferimento dominante nell'analisi dell'intellettuale austriaco.

Un secondo elemento che indica la derivazione del diritto da norme non scritte, ma generalmente osservate, è costituito dal fatto che il

diritto deve avere, in primo luogo, la funzione di emendare l'ordine emerso spontaneamente dall'osservanza delle regole tacite. In tal senso, esso deve essere una *continuazione coerente* di queste ultime, se così non fosse, il pericolo sarebbe quello di dar vita a un ordine «costruttivista», le cui regole formali, prodotte dalla mente ingegneristica del legislatore, distruggerebbero l'ordine spontaneo, ingabbiandolo entro un contesto normativo che ne impedisce lo sviluppo. Hayek non esclude che l'ordine spontaneo delle regole possa emergere da «una progettazione deliberata» del diritto, ma questa origine è destinata a essere modificata dalle forze che conducono all'ordine spontaneo, le quali ne rideterminano le forme e i contenuti, a meno – appunto – di un intervento costruttivista (Hayek 1973, tr. it. 1986, 61).

Infine, il fatto che le regole che guidano la condotta (ordinata) degli uomini non siano seguite in virtù della loro esplicitazione verbale sembra implicare due livelli (connessi) di spiegazione. Da un lato, si sottolinea un limite informazionale: le credenze (da cui derivano le modalità dell'azione) sono il prodotto di un'infinita interrelazione di eventi che correlano specifiche conoscenze individuali di tempo e di luogo; le quali non possono essere acquisite nella loro interezza da alcun agente. Questa condizione mette in luce la «irrimediabile ignoranza della maggior parte dei fatti particolari che determinano i processi sociali [ed] è la ragione per cui la maggior parte delle istituzioni hanno assunto la forma che attualmente hanno» (Hayek 1973, tr. it. 1986, 19). Dall'altro, Hayek sembra individuare una causa più profonda dell'impossibilità di verbalizzare le norme, la quale rinvia alla struttura cognitiva e adattiva della mente. L'adozione delle regole comportamentali, che conferirono un vantaggio selettivo ai gruppi che originariamente le adottarono, *non* poteva essere oggetto di comprensione razionale né, conseguentemente, di verbalizzazione. Esse prevalsero perché «aumentavano le possibilità di sopravvivenza del gruppo», ma tale risultato non era osservabile, né comprensibile. «L'uomo cominciò ad agire prima di aver cominciato a pensare» e ciò che viene chiamato «comprendere» non è altro che «un modo di rispondere alle sollecitazioni del proprio ambiente con una struttura di azioni che [...] aiutano [l'uomo] a sopravvivere» (Hayek 1973, tr. it. 1986, 125. Cfr. 27-28).

In altri termini, vi è uno *scarto* tra le ragioni («comprensione») che l'individuo indica (verbalizza) come cause della sua condotta e le ragioni effettive, le quali appartengono più a una razionalità adattiva che a una razionalità deliberativo-intenzionale. *Sono tali ragioni effettive* (adattive), *invisibili agli agenti, che sfuggono alla verbalizzazione*. Esse pertanto vanno distinte da quelle ragioni che attribuiscono la mancanza di verbalizzazione alla impossibilità fattuale di raccogliere *tutte* le informazioni sugli infiniti eventi – dispersi nel tempo

e nello spazio – che hanno portato alla formazione di un ordine sociale. È questo scarto, dal quale deriva una strutturale incapacità di verbalizzazione delle regole osservate – posta in luce a suo tempo dalle riflessioni di G. Ryle e M. Polanyi – che in forme più radicali (e con non poche variazioni) ricompare nella psicologia economica contemporanea del *decision making*, e pone dei quesiti sui rapporti tra norme tacite e scritte.

Al momento, tuttavia, ciò su cui occorre focalizzare l'attenzione è che la prospettiva hayekiana evidenzia una sostanziale continuità e gradualità nel passaggio dalla norma tacita a quella scritta, per la quale, pur permanendo una strutturale impossibilità a verbalizzare ogni dettaglio della regola che guida l'azione (anche quella meglio pianificata), vi è uno spazio per il diritto, come continuità e miglioramento di ciò che spontaneamente è emerso come norma di comportamento.

Un altro approccio di tipo gradualista, relativo alle relazioni fra codici scritti e non scritti, è quello di Douglass North (premio Nobel per l'economia come Hayek). Secondo North, le istituzioni possono essere formali o informali a seconda dei vincoli che le caratterizzano, là dove i primi sono «le regole espressamente fissate dall'uomo» e i secondi costituiscono «le convenzioni e i codici morali» (North 1990, tr. it. 1997, 24). Il loro rapporto è di reciproca influenza e tale per cui le consuetudini non scritte («unwritten codes of conduct»), che sottostanno alle regole scritte formali, *integrano* queste ultime. L'aspetto gradualista, per il quale le norme formali derivano da quelle informali, è particolarmente marcato. Infatti, afferma North, «il punto veramente essenziale» consiste nel comprendere «il carattere graduale del cambiamento istituzionale» (North 1990, tr. it. 1997, 131):

«Le istituzioni evolvono dalle convenzioni (conventions), dai codici morali e dalle regole di comportamento alla legislazione, al diritto consuetudinario (*common law*) e ai contratti privati [...]. Le istituzioni, inoltre, si trasformano secondo una logica incrementale piuttosto che a salti discontinui. La ragione di ciò, ma anche del fatto che le discontinuità (come una rivoluzione o una conquista) non sono mai completamente tali, risiede nel radicamento sociale dei vincoli informali. Per quanto le leggi possano cambiare in una notte a seguito di decisioni politiche o giudiziarie, i vincoli informali che rappresentano gli usi, i costumi e i codici morali sono molto più impetetrabili a politiche predeterminate» (North 1990, tr. it. 1997, 27)

La precedenza dei vincoli informali e non scritti, rispetto al diritto, che ne costituisce la prosecuzione naturale è ulteriormente esplicitata in senso gradualista:

«La differenza tra vincoli formali e informali è una questione di grado.

Si immagini una linea continua sulla quale siano indicati a un estremo i tabù, i costumi e le tradizioni e all'altro le costituzioni scritte. Il passaggio, lungo e irregolare, dalle tradizioni (unwritten traditions) e dalle consuetudini alla legge scritta è stato a senso unico, dalle società semplici a quelle più complesse [...]» (North 1990, tr. it. 1997, 77).

North parzialmente ridimensiona l'immagine del mutamento graduale e «a senso unico», dalle convenzioni alla legge, e ammette che i vincoli informali – a loro volta – possano emergere come estensioni, modificazioni e integrazioni dei vincoli formali (North 1990, tr. it. 1997, 70). Tuttavia, ciò non rovescia la visione prevalente secondo la quale il mutamento istituzionale è improntato al gradualismo. Le convenzioni, i costumi e le tradizioni sono il prodotto spesso plurisecolare di culture specifiche, il cui movimento e la cui capacità di trasformazione è considerata lenta. A ciò si aggiunga che, nel modello di North, il mutamento istituzionale è correlato alla dinamica che si instaura fra istituzioni (informali e formali) e organizzazioni. Queste ultime, da un lato, ricevono incentivi dalle istituzioni che ne influenzano lo sviluppo, dall'altro pongono richieste e premono sul sistema istituzionale, contribuendo al suo mutamento. Tuttavia, anche questo processo è lento e incrementale, e produce i suoi effetti attraverso l'aggregazione di un numero infinito di piccoli mutamenti (North 1990, tr. it. 1997, 73).

L'attenzione di North, dunque, si focalizza sulla formazione di «credenze», delle ideologie, dei «modelli mentali condivisi», i quali sono dipendenti dal contesto storico e culturale, o meglio ne costituiscono l'essenza (Denzau & North 1994). Da tali processi deriverà la performance istituzionale e, in particolar modo, avranno rilevanza le credenze di soggetti («imprenditori politici ed economici») capaci di orientare in modo più deciso lo sviluppo delle istituzioni (North 2005, tr. it. 2006, 20-21).

Le teorie di Hayek e North, pur nelle loro differenze¹, appaiono paradigmatiche di un modo di intendere il rapporto fra codici non scritti e scritti. Non si nega in assoluto che i secondi possano modificare i primi e/o generarne di nuovi, ma tale funzione appare o relativamente residuale o pericolosa (se connessa, dice Hayek, a mentalità «costruttiviste»). Viceversa, o a causa dei processi di «evoluzione culturale» (Hayek) o per effetto della «path dependence» (North), le consuetudini appaiono vincolate a un movimento lento e graduale di formazione e mutamento, dal quale emergerà coerentemente la struttura formale del diritto. Il passaggio dalla norma scritta a quella

¹ Per esempio, il primo adotta il paradigma dell'evoluzione culturale e sottolinea la non verbalizzazione di certe regole, il secondo no.

non scritta coinvolge la storia e la cultura delle civiltà, un'eredità ineliminabile che condiziona i sentieri di mutamento istituzionale. Inoltre, la dimensione del tacito non sempre è univoca. Infatti, North non associa esplicitamente il carattere «informale» dei codici a una componente tacita, mentre in Hayek la regola informale appare entro processi che conducono alla sua non verbalizzazione.

La visione secondo la quale si attribuisce alla convenzione un'origine antica e duratura, associata a una lenta e graduale evoluzione tuttavia può essere sottoposta ad analisi². Spesso, sottolinea Rodolfo Sacco, la consuetudine, più che essere l'evento fondativo del diritto, *sopravvive* malgrado i tentativi di marginalizzazione che quest'ultimo attua nei suoi confronti (Sacco 1999, 13, 20). Per esempio, la regola consuetudinaria (antichissima e ovunque diffusa) di raccolta da parte di terzi del prodotto naturale del suolo, in proprietà terriere non cintate, appare (come in molti altri casi) una sfida *sui generis* alla legge. Questo aspetto potrebbe essere in qualche modo relazionato al pericolo insito nel «costruttivismo» intravisto da Hayek. Ma, in realtà, qui l'oggetto non è l'abuso del potere del pianificatore (il quale, per Hayek, conformemente alle pratiche degli Stati totalitari, con la sua azione arresterebbe il movimento delle forze che conducono all'«ordine spontaneo»), bensì una *irrisolta e strutturale* tensione tra il diritto scritto e la consuetudine entro la stessa civiltà, in primo luogo quella occidentale (ma non solo), pur declinata nella sue varietà nazionali. In questa prospettiva, «La vecchia pratica resiste [e] il diritto scritto non è in grado di sgretolarla» (Sacco 1999, 23). Essa, inoltre, può *discostarsi* dalle formule del codice civile e *neutralizzare* le regole sulla forma dei contratti (Sacco 1999, 24). Dunque, l'immagine della consuetudine delineata da Sacco rovescia in punti essenziali quella che ci consegnano Hayek e North (pur nella diversità dei linguaggi e delle prospettive): essa non è solo (o prevalentemente) l'anticipazione in forma poco delineata di ciò che sarà il diritto scritto, lungo una linea che dal meno definito muove verso il più definito. Al contrario, essa assume la forma di un codice tacito, alternativo, che spesso convive conflittualmente e si scontra con la legge, costringendo quest'ultima a scendere a patti. Malgrado il tentativo del giurista di confinare la consuetudine o l'uso in ambiti residuali, o di integrarli nella legge, le due entità rimangono distinte e persino sembrano essere connotate da *storie diverse, non convergenti* (Sacco 1999, 13, 18, 20). Ciò

² Va sottolineato il fatto che nella letteratura economica, molto spesso, i termini «consuetudini», «convenzioni», «usi», «costumi», «vincoli informali» etc. sono usati in modo interscambiabile. Inoltre, andrebbe valutato più analiticamente in che modo questi termini possono essere impiegati per definire la dimensione tacita delle regole.

accade, per esempio, quando fra contesti sociali e forme del potere vi è un certo grado di separatezza, come nel caso delle comunità di villaggio medioevali, le quali «sopravvivevano negli interstizi del potere ecclesiastico, imperiale e regio» (Sacco 1999, 40).

Infine, la consuetudine può *non* assumere i connotati del movimento lento e plurisecolare, ma al contrario può «cambiare con velocità vertiginosa», come mostrerebbe il caso delle bidonvilles africane, e la sua stessa formazione potrebbe realizzarsi «in modo istantaneo, in base ad una concorde valutazione dei dati da parte degli interessati e dei controinteressati», mostrando grande fluidità e duttilità (Sacco 1999, 34, 20; cfr. Sacco 2007).

2. Convenzioni e legge: una divisione del lavoro?

L'ipotesi che i costumi e gli usi precedano il diritto scritto è certamente largamente condivisa (Schlicht 1998), così come lo è quella ad essa correlata che il passaggio dagli uni all'altro sia avvenuto in termini graduali. Tuttavia i suggerimenti di Sacco permettono la formulazione di alcuni quesiti.

La spiegazione gradualista, infatti, se isolata, non è in grado di motivare compiutamente perché una molteplicità di usi, costumi e tradizioni persistano, una volta che il processo di codificazione scritta della norma consuetudinaria sia pervenuto a compimento. Se il diritto fosse in grado di sostituire, in modo efficiente e sufficientemente esteso, l'ambito che prima era di competenza delle consuetudini, allora queste ultime dovrebbero cessare di esistere, o perlomeno dovrebbero essere relegate in contesti residuali (là dove il diritto scritto ha lasciato marginali zone franche).

Posto in altri termini, la visione gradualista enfatizza una sostanziale omogeneità e continuità fra gli usi e la legge, tale per cui questa appare come il sostituto quasi perfetto (anzi, perfezionato) della convenzione, poiché essa occupa il medesimo dominio delle convenzioni, circa quanto attiene alla regolazione e al coordinamento dei comportamenti individuali. Come afferma North, l'emergere di una dimensione formale delle istituzioni, come diretta prosecuzione di quella informale, «è una questione di grado».

Ma questa visione rischia di essere riduttiva. In ciò che segue, pertanto, si esplorerà la possibilità di rappresentare il rapporto fra tradizioni e regole scritte in termini di *divisione del lavoro*, là dove questa espressione evidenzia la non sovrapponibilità perfetta fra i domini entro i quali operano i due tipi di vincolo.

In primo luogo, la divisione del lavoro agisce nel senso della *com-*

plementarietà: l'immenso spazio dell'agire sociale richiede forme di coordinamento che non possono essere risolte attraverso il diritto scritto. Le occorrenze empiriche sono molteplici e la consuetudine, al pari delle *routines* entro le organizzazioni, costituisce un modo di economizzare le risposte, garantendo il coordinamento attraverso la reiterazione dei comportamenti. Ciò implica una distinzione di spazi operativi, dai quali deriva la possibilità di applicazione di un tipo di norma piuttosto che l'altro. Non si tratta semplicemente di riconoscere la diversa modalità di funzionamento delle convenzioni rispetto alle leggi, ma la possibile diversità dell'ambito di applicazione.

Inoltre, la complementarietà può assumere la forma peculiare del *conflitto* fra codici scritti e non. North ricorda che Alexander Hamilton, padre fondatore degli Stati Uniti, di fronte all'alternativa tra combattere in duello o ritirarsi, decise per la prima opzione. La pratica del duello, sopravvissuta fino al XX secolo, pur violando la legge, era largamente impiegata per risolvere le dispute fra gentiluomini. Qui le norme scritte e le convenzioni sono in conflitto, e gli agenti possono scegliere fra due codici in uso, ma in *competizione*. Ciò che rende interessante il caso è che tali codici comportamentali nascono e si sviluppano entro lo stesso tessuto sociale. Diversa, infatti, è la compresenza di codici confliggenti sorti in ambiti diversi, come accade quando il diritto «altro» di un popolo conquistatore cerca di imporsi sugli usi delle popolazioni sottomesse. La dimensione conflittuale fra codici coesistenti, prodotto del medesimo insieme di relazioni sociali, ma alternativi, risulta essere difficilmente compatibile con l'interpretazione *esclusivamente* gradualista, per la quale i «vincoli informali» sfociano in modo piano nei «vincoli formali». Né il *gap* è superato ammettendo (come fa North) che i vincoli informali possano sorgere come integrazione, modificazione ed espansione dei vincoli formali. Questa prospettiva, pur conferendo maggiore plausibilità all'interpretazione incrementalista, non ne modifica l'essenza, poiché ribadisce l'idea della continuità e della omogeneità fra i due tipi di norme.

Data la persistenza plurisecolare, in Europa, del duello, si può ipotizzare che le domande cui esso rispondeva fossero vive e presenti, malgrado gli sforzi di soppressione da parte della legge, che comparvero fin dal Cinquecento. La divisione del lavoro, in questo caso, implica una netta separazione degli ambiti di operatività dei codici, un diverso modo (ed evidentemente un diverso meccanismo) nel promuovere il coordinamento sociale. L'analisi allora potrebbe seguire due sentieri. Uno è quello di indagare sia le ragioni che hanno prodotto le storie divergenti delle norme convenzionali e del diritto scritto sia i contesti sociali, economici e culturali da cui tale divergenza è

sorta e si è sviluppata. L'altro è quello di analizzare se esiste un qualche meccanismo per il quale le caratteristiche strutturali e operative delle convenzioni e delle leggi, in quanto forme di coordinamento che riducono l'incertezza, contengano in sé la possibilità di generare regole di condotta molto differenziate (un evento che in sé, tuttavia, non nega la possibilità della convergenza).

In altri termini, da un lato, varie cause di ordine storico, economico, culturale etc. possono spiegare il conflitto fra regole che coabitano entro una stessa comunità, pur essendo ad essa organiche. Dall'altro, si tratta di osservare se vincoli formali e informali, che pure possono essere considerati come sistemi cooperativi e consequenziali l'uno all'altro, non nascondano entro le proprie strutture la possibilità di divergere. Del primo problema non mi occuperò (lasciandolo agli storici economici, ai sociologi e agli antropologi), del secondo mi occuperò brevemente nel paragrafo successivo.

Al momento, tuttavia, è possibile trarre una parziale conclusione circa l'idea che i rapporti fra convenzioni o usi non scritti e legge possano essere rappresentati in termini di divisione del lavoro.

L'idea gradualista e continuista non è rigettata, ma è considerata una spiegazione incompleta. Tra regole sociali tacite ed esplicite si possono individuare forme di complementarietà, le quali, a loro volta, possono rinviare a relazioni sia di cooperazione sia di conflitto. Le *forme complementari della cooperazione* implicano che l'operatività di ciascun tipo di norma si realizzi entro ambiti distinti, non sovrapponibili, né tali per cui il codice scritto possa sostituirsi a quello non scritto per via evolutiva. Entrambi sussistono, finché svolgono una funzione di coordinamento. È solo quando questa non sussiste più che uno dei due, o entrambi, scompaiono.

Le *forme complementari del conflitto* implicano, invece, che i due tipi di sistemi coesistano, ma siano in competizione: la scelta dell'uno richiede la rinuncia all'altro (o, persino, che l'uno invochi la scomparsa dell'altro, come nell'esempio del duello). Qui è come se le forme di coordinamento sociale si sdoppiassero: la coabitazione di sistemi di regole conflittuali non necessariamente conduce, come l'esperienza storica dimostra, alla scomparsa di uno dei due sistemi (plausibilmente la consuetudine). La funzione di regolazione sociale e di riduzione dell'incertezza, allora, pare realizzarsi su più livelli. Il conflitto fra norme tacite e scritte, spesso di lungo periodo, non conduce al collasso sociale, e talvolta tende a riprodursi più che a scomparire. Se la divisione del lavoro fra norme di natura diversa funziona, allora anche i conflitti che fra esse si instaurano, entro certi limiti, possono essere governati. In questa prospettiva, l'intero sistema istituzionale, per quanto prevalentemente caratterizzato da un insieme

coerente di regole dominanti, assume la forma del *bricolage*, entro il quale sistemi di codici diversi coabitano, si incrociano e talvolta confliggono. Non si tratta di una babele disaggregata di ordinamenti, quanto del fatto che, entro sistemi dominanti di norme, possono convivere codici differenziati, senza che questo, necessariamente, sia distruttivo del sistema stesso.

3. Accelerazione del tempo storico e riconfigurazione dei rapporti fra norme

La possibilità che i vincoli informali seguano un sentiero divergente da quello dei vincoli formali sembra poter essere attribuita alla loro stessa struttura, per la parte che agisce sulle reciproche modalità di cambiamento. È lo stesso North a mettere in evidenza il fatto che:

«La cosa forse più importante è che le regole formali cambiano, ma non i vincoli informali. Si sviluppa, perciò, una *tensione inconciliabile* tra i vincoli informali e le nuove regole [formal rules]» (North 1990, tr. it. 1997, 133; corsivo aggiunto)

Entro l'ipotesi di mutamento istituzionale di tipo gradualista emerge la possibilità che i *tempi di trasformazione* dei due tipi di vincoli possano non coordinarsi a causa delle loro caratteristiche strutturali. Le consuetudini e le tradizioni allora potrebbero rivelarsi una zavorra, piuttosto che il sostrato culturale dal quale emergerà il diritto o un nuovo ordinamento. Questa prospettiva, in parte, ricorda quella di Veblen, il quale aveva individuato nelle «abitudini mentali» (vale a dire, nel suo linguaggio, le istituzioni stesse) un possibile «fattore di conservazione». In aggiunta, ne consegue che se la persistenza di usi e costumi fosse ridotta, il mutamento istituzionale sarebbe più rapido e, conseguentemente, quanto più le consuetudini fossero indebolite tanto più i vincoli formali peserebbero nel fornire una direzione al complessivo mutamento istituzionale.

Questa ipotesi diventa plausibile alla luce dei lavori di Reinhart Koselleck, il quale ha sostenuto come, a partire dalla seconda metà del Settecento, la rivoluzione industriale e le rivoluzioni francese e americana produssero un mutamento nell'esperienza degli individui. La storia subì (o cominciò a essere esperita nel senso di) una «accelerazione». L'esperienza individuale dovette cimentarsi con un'insolita proliferazione di eventi, il futuro divenne sempre meno prevedibile e la storia cessò di essere *magistra vitae*, poiché la distanza fra le aspettative e gli esiti dei processi reali divenne sempre più marcata (Koselleck 1979; 1982-3). Si può aggiungere che, nella letteratura economica,

questo fenomeno fu rappresentato attraverso la metafora della «mano invisibile» di Adam Smith, per la quale un ordine emergeva malgrado la cecità degli agenti circa gli effetti globali del loro agire. Sul piano storico, ciò corrispose all'erosione delle strutture gerarchico-feudali che, nella loro relativa staticità sociale e istituzionale, per così dire, cristallizzavano il tempo, riproducendo assetti di potere e gerarchie sociali generazione dopo generazione. Fu con lo sviluppo dei mercati, e con le rivoluzioni ad essi connesse, che il futuro diventò aperto.

In questa prospettiva, anche i codici tradizionali tendono a mutare in modo accelerato, a modificarsi a ritmi crescenti. Il loro tasso di cambiamento tende a essere sempre più prossimo a quello dei vincoli formali e del diritto scritto. Se, da un lato, le consuetudini possono nascere e mutare in tempi rapidissimi (Sacco 1999, 34), dall'altro, la formazione e il mutamento accelerato delle convenzioni e degli usi diventa un dato strutturale della contemporaneità, che invita a rileggere in una luce nuova molti fenomeni del nostro tempo. Il riemergere di consuetudini di tipo religioso o etnico, entro i nuovi contesti di un mondo «accelerato» e globalizzato (di cui la storia recente offre numerosi esempi), probabilmente non va interpretato come la semplice riemersione dell'antico, che re-impone la sua tradizionale autorità. La convenzione, di conseguenza, più che il ritorno dell'identico, di un passato che non passa (il quale, come un fiume carsico, riemerge in un punto del tempo dopo un lungo tragitto sotterraneo), può rivelarsi un'entità che ha subito profondi mutamenti.

La divisione del lavoro fra convenzioni e diritto scritto, allora, in questa prospettiva, deve essere riconsiderata, poiché l'accelerazione del tempo storico modifica tanto i modi e le forme con le quali i due tipi di norme si relazionano (cooperando o confliggendo), quanto gli assetti sociali, politici, economici e culturali che da questi processi emergono.