

IL CRITTOTIPO, MUTO E INATTUATO

Raffaele Caterina

SOMMARIO: 1. *La conoscenza tacita.* – 2. *Il ruolo dei crittotipi nel diritto.* – 3. *Due esempi di crittotipi nel diritto italiano.* – 4. *Crittotipi inattuati?*

1. La conoscenza tacita

Il termine *crittotipo* è stato introdotto nel linguaggio giuridico da Rodolfo Sacco. Esso serve a indicare “quelle regole che esistono e sono rilevanti, ma che l’operatore non formula (e che, anche volendo, non saprebbe formulare)”; si tratta di regole “che l’uomo pratica senza esserne pienamente consapevole”¹.

I crittotipi sono oggetto di conoscenza tacita. La conoscenza tacita può essere definita come la “conoscenza che un sistema possiede e che gli permette di interagire efficacemente col mondo, pur non essendo rappresentata in modo esplicito, leggibile direttamente da altre parti del sistema”²; essa si contrappone alla conoscenza esplicita, che è costituita da teorie del mondo, ed è conoscenza consapevole ed esprimibile linguisticamente. “La conoscenza tacita corrisponde al saper agire in una determinata situazione, standoci dentro e non ponendosene fuori per parlarne o rifletterci su”; essa è costituita da “procedure opache: modi di agire che scattano automaticamente, senza bisogno di controllo o di attenzione”; gli esempi tipici sono andare in bicicletta o distinguere

¹ R. SACCO, voce *Crittotipo*, in *Dig. discipl. priv. Sezione civile*, Torino, 1989, p. 39.

² B. BARA, *Il metodo della scienza cognitiva*, Torino, 2000, p. 113.

l'aroma di un sigaro o di un vino, ma anche "il sentirsi imbarazzati o a proprio agio"³ (il che già implica l'applicazione di regole sociali e modelli di comportamento).

Lo studio della conoscenza tacita rappresenta un campo di analisi interdisciplinare che attraversa settori diversi quali l'epistemologia, la psicologia, l'economia⁴. Come è noto, l'origine dell'interesse nei confronti della conoscenza tacita può essere fatta risalire all'opera dello scienziato e filosofo Michael Polanyi, che in una serie di lavori ormai divenuti classici ha imposto all'attenzione della comunità scientifica il ruolo che gli aspetti impliciti possono svolgere all'interno dei processi di ragionamento e nell'attività di produzione di nuova conoscenza scientifica⁵. I contributi successivi sul tema hanno sviluppato paradigmi di analisi empirica sempre più perfezionati. Un contributo significativo in questo ambito è giunto grazie agli sviluppi nel settore della psicologia cognitiva e delle neuroscienze, che hanno prodotto un insieme di conoscenze sempre più precise e dettagliate, relative al funzionamento della mente individuale e ai processi di creazione e condivisione della conoscenza.

Lo studio dei crittotipi nel diritto si inserisce nell'ambito dello studio della conoscenza tacita⁶, ed in particolare della sua dimensione sociale.

Prima di evidenziare l'importanza delle regole crittotipiche nel diritto, sono utili alcune precisazioni sulla loro natura.

Nel campo delle regole giuridiche e sociali, come in altri campi, conoscenza tacita e conoscenza esplicita si intrecciano in una rela-

³ B. BARA, *op. cit.*, p. 114.

⁴ Per una introduzione, si rinvia a A. POZZALI, *Dall'individuale al collettivo: la dimensione sociale della conoscenza tacita*, in R. CATERINA (a cura di), *La dimensione tacita del diritto*, Napoli, 2009, p. 17.

⁵ Cfr. M. POLANYI, *The Tacit Dimension*, London, 1966.

⁶ Cfr., per alcuni esempi di approccio multidisciplinare al tema, i saggi raccolti in R. CATERINA (a cura di), *op. cit.*

zione complessa. “Di una conoscenza tacita si può tentare di inferire quale possa essere il corrispettivo esplicito; ciò corrisponde a costruire una teoria di un fenomeno, solo che il fenomeno è introspettivo invece che pertinente al mondo esterno. [...]. Come dalla conoscenza tacita si può arrivare a costruire una teoria proposizionale, così dalla conoscenza esplicita si può strutturare una conoscenza procedurale”⁷. Le regole tacite possono essere oggetto di tentativi di esplicitazione; le regole verbalizzate possono concorrere a strutturare una conoscenza procedurale.

Per parlare di crittotipo non serve che una regola non sia mai stata oggetto di tentativi di formulazione. Basta che, di fatto, essa sia praticata automaticamente, senza bisogno di controllo o di attenzione: il punto di vista rilevante, in questo caso, è quello del singolo soggetto che applica la regola.

Sia rispetto alla accessibilità alla coscienza, che alla stessa verbalizzazione, si può dunque verificare una sorta di andamento carsico delle regole.

Una regola può operare fuori dalla consapevolezza degli individui; di fronte ad un caso dubbio, vi sarà uno sforzo di articolazione, ed essa affiorerà alla coscienza; nelle ipotesi in cui si profili un conflitto, i soggetti coinvolti si sforzeranno di verbalizzare le regole rilevanti, in modo parziale ed orientato alla soluzione di quella specifica situazione di conflitto.

All'inverso, i giuristi possono costruire, sulla base di regole giuridiche esplicite e verbalizzate (e naturalmente di altri stimoli) uno *know-how* a cui ricorrono in modo automatico e largamente inconsapevole.

In molti casi, anche una regola che sia formulata in un testo autoritativo segue due canali di diffusione: alcuni soggetti apprendono la regola dal testo, altri apprendono la regola tramite l'imitazione del comportamento di coloro che hanno appreso la regola dal testo. In que-

⁷ B. BARA, *op. cit.*, p. 115.

sto senso, anche regole di fonte legislativa possono produrre regole tacite, che hanno una vita autonoma: capita infatti che, mutato il testo legislativo, almeno una parte dei consociati continui ad ispirarsi alle prassi consolidate, applicando in modo automatico una regola crittotipica che sopravvive alla sua fonte originaria⁸.

2. *Il ruolo dei crittotipi nel diritto*

Il punto di partenza dell'indagine sembra la ricognizione del ruolo dei crittotipi nel diritto.

1) Innanzitutto, si devono menzionare le consuetudini.

Si badi che non necessariamente le consuetudini sono crittotipi. Esse possono essere verbalizzate; ma la verbalizzazione è una mera eventualità, e in ogni caso le consuetudini nascono come crittotipi.

Una visione realista del diritto non può che riconoscere che lo spazio della consuetudine, anche negli ordinamenti moderni, è ben più ampio di quello che le assegna il legislatore. Norberto Bobbio scriveva nel 1942: "Per quanto la legge statale limiti l'applicazione del diritto consuetudinario, questa limitazione non incide sulla validità del diritto consuetudinario di per sé considerato, ma esclusivamente sulla sua validità nell'ambito dell'ordinamento statale, che è appunto un ordinamento a base legalistica; il che non esclude [...] che anche nell'ordinamento statale si possa formare spontaneamente e immediatamente un diritto consuetudinario, il quale valga per la sua intima forza giuridica, al di fuori di qualsiasi richiamo e riconoscimento, là dove non giunge la regolamentazione legislativa (la legge non può essere onnipresente) o

⁸ Su questi fenomeni, cfr. D. FRANCAVILLA, *Diritto e conoscenza non linguistica. Osservazioni su origine, trasmissione e diffusione delle regole*, in R. CATERINA (a cura di), *op. cit.*

addirittura in una direzione contraria a quella delle disposizioni legislative (la legge non può essere onnipotente)⁹.

La dottrina ha ampiamente documentato come, in molti settori del diritto, regole di origine consuetudinaria siano pacificamente applicate, a prescindere da qualsiasi richiamo legislativo, e talvolta nonostante la loro dubbia compatibilità con espresse previsioni di legge¹⁰.

2) Anche laddove esistono regole verbalizzate, il diritto applicato è spesso, in larga parte, un diritto non verbalizzato.

La conoscenza delle regole giuridiche da parte del cittadino non è mediata (almeno in una parte significativa delle ipotesi) dalla conoscenza e dalla interpretazione di testi scritti. Essa si fonda, invece, su un accesso intuitivo a principi giuridici, che si traduce in una consapevolezza, almeno approssimativa, di cosa è lecito e cosa è illecito.

È probabile, ad esempio, che molte persone non abbiano mai letto l'art. 2043 del codice civile. Eppure, la regola è intuita ed applicata nella vita quotidiana, e con un ragionevole grado di precisione.

Certamente, se sorgono conflitti, essi saranno normalmente portati all'attenzione di organi dello Stato, i quali spesso (non sempre) si baseranno, per risolvere il conflitto, su regole scritte.

Ma (soprattutto se l'intuizione delle regole giuridiche applicabili è condivisa tra i soggetti coinvolti) è possibile che non sorgano conflitti; ed allora il diritto scritto non avrà occasione di entrare in gioco.

Anche quando sorgono i conflitti, in ogni caso, il giudice applica il diritto ai casi, ai rapporti, alle controversie che la pratica del diritto gli offre, e che sono in buona parte conformati dalle regole non giuridiche o dalle regole giuridiche "intuitive" a cui le parti hanno adeguato le loro azioni.

⁹ N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, Padova, 1942, p. 88.

¹⁰ Per una rassegna, cfr. R. SACCO, *Il diritto non scritto*, in AA.VV., *Le Fonti non Scritte e l'Interpretazione*, in R. SACCO (dir.), *Trattato di Diritto Civile*, Torino, 1999, p. 17 ss.

Non si tratta dunque solo di riconoscere l'esistenza di importanti isole di diritto non scritto; ma di vedere, al di sotto del "diritto ufficiale", uno strato di "diritto vissuto", che prescinde in parte dalle regole scritte. Tra i due strati esiste dialogo, e non subordinazione.

3) Anche giuristi e giudici sono spesso guidati da crittotipi, anche laddove si tratta di applicare regole scritte.

Ciò è particolarmente evidente quando si affermano soluzioni difficilmente compatibili con la lettera della legge.

Beninteso, non ogni soluzione giurisprudenziale o dottrinale in contrasto con la lettera della legge è ispirata da un crittotipo. Possono esistere soluzioni antiletterali esplicite e argomentate, a cui si presta una adesione consapevole. In questo caso a guidare l'applicazione è una regola verbalizzata, di creazione dottrinale o giurisprudenziale.

Quando invece si registra una certa convergenza su soluzioni antiletterali, sostenute con argomentazioni diverse e spesso succintamente motivate, si ha l'impressione che sia all'opera un crittotipo; che giuristi e giudici avvertano che la soluzione più conforme alla lettera della legge è inopportuna, o contraria alla coscienza sociale, e cerchino in modi diversi di giustificare soluzioni ispirate da una regola alternativa, che non è compiutamente verbalizzata.

Talvolta peraltro è lo stesso legislatore ad aprire la strada, nell'interpretazione della legge, alla applicazione di regole crittotipiche. Ciò avviene in particolare quando fa ricorso a clausole generali, o rinvia a sistemi direttivi diversi dal diritto.

"Gli standards sociali richiamati dal legislatore (buona fede, colpa, abuso, buon costume, ordine pubblico) aprono visibilmente le porte del fortitizio normativo a regole di fatto, basate sul sentire del cittadino"¹¹. Non è detto che queste regole siano compiutamente verbalizzate e pienamente consapevoli. In molti casi, il giudizio se un certo atto sia contrario ai buoni costumi, o alla buona fede, non è mediato dalla

¹¹ R. SACCO, *Antropologia giuridica*, Bologna, 2007, p. 82.

applicazione consapevole di regole esplicite. Naturalmente ciò non preclude uno sforzo, *ex post*, di articolare tali regole.

3. Due esempi di crittotipi nel diritto italiano

Il ruolo del giurista non è soltanto quello di identificare crittotipi all'opera, ma anche quello di individuarne i contorni. Il giurista deve sforzarsi di ricostruire la regola non verbalizzata che viene applicata, in modo automatico e spesso inconsapevole, esattamente come il linguista deve spiegare quale regola applica il parlante di una certa lingua al momento di scegliere se anteporre l'aggettivo o il sostantivo.

In questo compito, la comparazione giuridica può essere di grande utilità. Una regola può essere cripticamente presente in un sistema ed esplicita in un altro sistema. Naturalmente, non si può dare per scontato che le due regole siano identiche: ma l'esperienza di un sistema in cui la regola è esplicita può aiutare il giurista almeno a individuare le domande, se non a formulare le risposte.

Da lungo tempo la dottrina ha avvertito che in Italia è applicata una regola consuetudinaria, difficilmente armonizzabile con la lettera della legge, che consente ai terzi di raccogliere i frutti spontanei sul suolo altrui¹². La regola è presupposta, senza essere esplicitata, dal legislatore: più direttamente e chiaramente per i funghi (il legislatore si preoccupa di vietare la raccolta "nei giardini e nei terreni di pertinenza degli immobili ad uso abitativo adiacenti agli immobili medesimi, salvo che ai proprietari"¹³; se ne deduce che la raccolta è aperta nelle aree non adiacenti ad un'abitazione), in modo più indiretto per altri frutti spontanei (disciplinando la raccolta delle piante officinali¹⁴, della camomilla¹⁵,

¹² Cfr. R. SACCO, *Il sistema delle fonti e il diritto di proprietà*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1970, p. 435.

¹³ Cfr. l. 23 agosto 1993, n. 352, art. 6.

¹⁴ L. 6 gennaio 1931, n. 99.

della digitale¹⁶, che è, ovviamente, raccolta su fondi altrui); è espressamente enunciata solo per i tartufi¹⁷.

In altri paesi la regola è esplicita. In Svizzera, “l’accesso ai boschi, alle selve ed ai pascoli e la raccolta di bacche selvatiche, funghi e simili cose sono concessi ad ognuno, secondo l’uso locale, riservate le disposizioni proibitive che l’autorità competente può emanare, limitatamente a certi fondi, nell’interesse delle colture” (art. 699 c.c.). In Svezia l’*allemansrätt*, cioè il diritto consuetudinario di accedere ai fondi privati per godere della natura, risiedervi per un tempo limitato e cogliere una piccola quantità di frutti selvatici, è espressamente menzionato dalla legge e dal 1994 anche dalla legge fondamentale sulla forma di governo (*Regeringsform*), il principale documento costituzionale; pur mancandone una esplicita definizione legislativa, esso è stato oggetto di attenzione da parte della dottrina e di una serie di pronunce giurisprudenziali¹⁸.

I contorni della regola consuetudinaria vigente in Italia sono tutt’altro che chiari. Potrebbe assumere rilevanza un esplicito divieto del proprietario, ad esempio attraverso l’affissione di cartelli? È consentito lo sfruttamento commerciale di fondi altrui (ad esempio da parte di imprenditori che organizzino escursioni su terreni privati allo scopo di raccogliere funghi o lamponi e more selvatiche)? Il divieto di raccolta si estende anche alle aree limitrofe ad immobili che non sono, in senso stretto, destinati ad uso abitativo?

Queste questioni sono state affrontate in altri ordinamenti¹⁹. Benché le risposte non possano automaticamente estendersi all’Italia, la

¹⁵ L. 30 ottobre 1940, n. 1724.

¹⁶ L. 9 ottobre 1942, n. 1421.

¹⁷ L. 16 dicembre 1985, n. 752, art. 3.

¹⁸ Cfr., sul tema, F. VALGUARNERA, *Accesso alla natura tra ideologia e diritto*, Torino, 2010, p. 153 ss.

¹⁹ Sulla Svezia, cfr. F. VALGUARNERA, *op. cit.*, p. 193 ss.

consapevolezza del dibattito aiuta quanto meno a inquadrare i possibili problemi al momento di ricostruire la regola italiana.

La dottrina italiana ha evidenziato che, da un lato, “i minori contrattano quotidianamente senza che la controparte si rifiuti e, dall’altro lato, va registrata una complementare assenza di litigiosità, e quindi di giurisprudenza relativa all’annullamento di contratti stipulati direttamente dal minore”: “sembra essersi determinato un ‘ordine naturale’ – distante dalla (almeno formale) rigidità della legge – in virtù del quale i minori non sono esclusi dai traffici più o meno minuti”²⁰. La dottrina italiana ha dedicato scarsa attenzione al tema; si è limitata, in alcuni casi, a prendere atto del fatto che il minore può validamente porre in essere i c.d. atti minuti della vita quotidiana; i tentativi di spiegare il fenomeno alla luce dei dati normativi sono stati sporadici, e non hanno riscosso larghi consensi²¹. Forse l’atteggiamento più realistico è quello di chi ritiene che l’interprete sia obbligato a “una semplice constatazione: al minore, per una consuetudine diffusa anche in altri ordinamenti, è permesso compiere taluni atti che in linea di stretto diritto gli sarebbero vietati”²².

Il rinvio agli usi è esplicito nell’ordinamento francese, in cui il rappresentante legale rappresenta il minore in tutti gli atti civili, “sauf les cas dans lesquels la loi ou l’usage autorise les mineurs à agir eux-mêmes” (art. 389-3 c.c.). Il codice civile tedesco affronta invece espressamente il tema, prevedendo una limitata capacità di agire del minore che abbia compiuto il settimo anno di età (§ 106), e in particolare stabilendo che “un contratto concluso dal minore senza l’approvazione del rappresentante legale si ritiene efficace dal principio se il minore esegue la prestazione contrattuale con mezzi affidatigli per questo fine

²⁰ M. CINQUE, *Il minore contraente – Contesti e limiti della capacità*, Padova, 2007, p. 17.

²¹ Per una rassegna, cfr. M. CINQUE, *op. cit.*, p. 97 ss.

²² P. STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Napoli, 1976, p. 298 (citato in M. CINQUE, *op. cit.*, p. 102).

o per disporre liberamente dal rappresentante o, con l'approvazione di quest'ultimo, da un terzo" (§ 110).

Se l'ordinamento francese ci svela, probabilmente, la regola cripticamente applicata in Italia, l'ordinamento tedesco può guidarci nella ricostruzione dei contorni della stessa regola consuetudinaria. A partire da che età il minore può concludere contratti? Il minore può obbligarsi, oppure si deve considerare valido solo il contratto già eseguito? Quali sono i limiti quantitativi entro cui il minore può impegnarsi?

Nell'esplicitare le regole crittотипiche, il giurista deve sforzarsi di non ridurre la complessità, e di non eliminare la vaghezza.

Non mancano atteggiamenti radicalmente scettici, che ritengono che sia impossibile tradurre le regole non verbalizzate in regole verbalizzate, per una fondamentale inadeguatezza del linguaggio. Qualunque verbalizzazione muta, in questa prospettiva, la struttura e il contenuto delle regole.

Non è questa la sede per affrontare il problema: sia sufficiente osservare che, se si nega la possibilità di costruire modelli descrittivi che si sforzino di cogliere (in modo sempre perfettibile) il funzionamento delle regole non verbalizzate, possiamo accantonare come insensate buona parte delle ricerche condotte nell'ambito delle scienze del comportamento (non solo umano).

4. Crittотипи inattuati?

È possibile che esistano regole crittотипiche inattuate?

Innanzitutto, si deve precisare che la attuazione è questione di gradi.

Esattamente come avviene per le regole scritte, anche per quanto riguarda le regole crittотипiche possono darsi occasioni più o meno frequenti di applicazione (può darsi, in particolare, che la fattispecie di-

sciplinata semplicemente non si presenti per lunghi periodi di tempo); possono verificarsi più o meno frequentemente episodi di violazione da parte dei consociati; può darsi che in un numero più o meno frequente di casi questi episodi non siano seguiti da alcuna sanzione.

Le regole tacite che ci interessano concernono, mi pare, il dover essere. Sia pur inconsciamente, il soggetto fa ricorso ad esse per valutare come *deve, può, è bene* comportarsi in certe situazioni. A livello puramente logico, che si diano le occasioni concrete perché quelle regole guidino concretamente il comportamento dei soggetti è irrilevante. D'altra parte, è indubbio che esse non sono poste in discussione da singoli comportamenti devianti. Potremo anche ritenere che una generalizzata disapplicazione faccia venir meno (per desuetudine) la regola tacita, ma certamente non sono sufficienti, allo scopo, singoli episodi di violazione.

Ci si può spingere oltre. In linea logica, si può mantenere distinta la implicita consapevolezza che il soggetto ha di quale comportamento in una certa situazione è *appropriato, giusto, corretto, ammissibile*, e la sua decisione di conformarsi oppure di tenere un comportamento *inappropriato, ingiusto, scorretto, inammissibile*. Nel momento in cui una comunità converga sulla prima valutazione, mi pare che si possa parlare di una regola tacita, perfino se i comportamenti devianti fossero frequenti, e perfino se essi non fossero seguiti da alcuna sanzione visibile. In una simile situazione, si rende evidente che affermare l'esistenza, in una comunità, di una regola tacita, vuol dire affermare l'esistenza, e la diffusione, all'interno di quella comunità, di determinati stati mentali (magari inconsci).

Il problema è se sia realistico parlare di regole tacite in assenza di una prassi. A parte le difficoltà dell'osservatore esterno che vuole rilevare quelle regole, il punto attiene ai modi con cui concretamente le regole tacite si formano e si apprendono.

Può darsi che esse abbiano concretamente bisogno di una prassi per definirsi nei loro contorni. Può darsi che prima della prassi si possano rintracciare al più alcuni principi condivisi, che devono essere applicati alle singole fattispecie ed arricchiti di dettagli attraverso convenzioni tacite, per dare forma alle regole.

Può darsi, d'altra parte, che in assenza di una verbalizzazione sia necessaria l'applicazione delle regole attraverso comportamenti materiali affinché altri soggetti possano farle proprie attraverso meccanismi di apprendimento implicito. È chiaro che una regola verbalizzata, in quanto unità di conoscenza, può sopravvivere ad una prolungata disapplicazione. Ma in assenza di una verbalizzazione o di una applicazione ragionevolmente costante, la regola sembrerebbe non avere la possibilità di trasmettersi e quindi essere destinata a deperire.

Ma la realtà potrebbe rivelarsi più complessa. Magari una parte delle regole tacite sono ricavabili, con buon grado di precisione, dal *background* culturale più generale in cui i soggetti sono immersi, da messaggi valoriali impliciti, dall'imitazione di modelli esemplari. Si può immaginare che la conoscenza tacita si intrecci con forme di verbalizzazione parziali ed allusive. Aneddoti o proverbi possono servire ad orientarsi in un panorama di conoscenze che restano sullo sfondo, e non vengono compiutamente articolate (risultando insignificanti o incomprendibili per chi non possiede quelle conoscenze tacite).

Potremmo scoprire che regole non compiutamente verbalizzate, e applicate in maniera saltuaria, magari perché porterebbero a risultati proibiti dal diritto ufficiale, sono in grado di sopravvivere, e di riemergere a distanza di tempo, con una continuità di cui nemmeno i soggetti coinvolti sono consapevoli.

D'altra parte, oggi non manca chi sostiene che la mente umana possiede una sorta di "grammatica universale delle regole", che, una volta fissati certi parametri sulla base dell'esperienza, è in grado di ela-

borare insieme precisi e coerenti di regole²³. La nostra facoltà morale sarebbe dotata di “un insieme di strumenti per costruire sistemi morali specifici”²⁴. In questa prospettiva, potrebbero essere sufficienti stimoli assai limitati per consentire alla nostra mente di costruire sistemi completi e coerenti di regole.

Come le regole tacite si formano e si trasmettono, e se esse abbiano realmente bisogno di una prassi, è, a mio giudizio, una questione empirica, e deve essere vagliata alla luce di evidenze empiriche.

Negli ultimi anni sono state raccolte evidenze importanti di quanta parte delle nostre conoscenze e delle nostre decisioni rimangano al di sotto della soglia della coscienza²⁵. Nei prossimi anni, anche grazie alle neuroscienze, potremo probabilmente scoprire molto sui processi mentali concretamente coinvolti nella formazione, nell'apprendimento, nella applicazione delle regole tacite.

²³ È la tesi sostenuta, ad esempio, da M. HAUSER, *Menti morali: le origini naturali del bene e del male*, Milano, 2007.

²⁴ M. HAUSER, *op. cit.*, p. 9.

²⁵ Per quanto riguarda le decisioni, è inevitabile citare, almeno, le ricerche sulla coscienza di Benjamin Libet; per una rassegna, cfr. B. LIBET, *Mind time. Il fattore temporale nella coscienza*, Milano, 2007.