

A12

Marco Q. Silvi

La melanconia del pedone

Saggio sulla funzione dell'atto giuridico

Prefazione di
Vito Velluzzi





Aracne editrice

www.aracneeditrice.it
info@aracneeditrice.it

Copyright © MMXVII
Giacchino Onorati editore S.r.l. – unipersonale

www.giacchinoonoratieditore.it
info@giacchinoonoratieditore.it

via Vittorio Veneto, 20
00020 Canterano (RM)
(06) 45551463

ISBN 978-88-255-0397-5

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,
di riproduzione e di adattamento anche parziale,
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: luglio 2017

*Alla memoria di mio padre, Agostino Silvi
che mi ha insegnato a giocare a scacchi e tante altre cose*

A proposito del pedone, è importante per lo studioso accertarne la duplice natura: da una parte vuole suicidarsi [...], dall'altra è tenacemente attaccato alla vita [...]. La dolorosa impressione che si riceve da un pedone mobile bloccato dall'avversario è umanamente (psicologicamente) spiegabile: il pedone non si può definire immune da una visione pessimistica del mondo (la duplice natura del suo essere). Può perciò meravigliare che questo pessimismo si trasformi col primo conflitto tragico nella più nera melanconia?

AARON NIMZOWITSCH

Indice

- II *Prefazione*
di Vito Velluzzi
- 17 *Capitolo I*
Melanconia del pedone ed « essenza » dei pezzi degli scacchi
1.1. Concetti metaistituzionali, 20 – 1.1.1. *Nozione*, 20 – 1.1.2. *Conseguenze*, 23 – 1.2. Dai fenomeni ludici ai fenomeni giuridici, 26 – 1.2.1. *Oggetto del presente lavoro*, 26 – 1.2.2. *Scopo e struttura del presente lavoro*, 30.
- 33 *Capitolo II*
Funzione dell'atto giuridico quale concetto metaistituzionale
2.1. Funzioni del diritto vs. funzioni nel diritto, 33 – 2.2. Funzione dell'atto giuridico quale funzione tipica, 37 – 2.3. L'idea di funzione tipica nella teoria degli atti linguistici, 42 – 2.3.1. *Forza illocutiva e scopi illocutori*, 42 – 2.3.2. *Rapporto di fondazione tra atto linguistico e interessi comunicativi tipici*, 45 – 2.3.3. *Scopi illocutori e stati mentali del parlante*, 47.
- 51 *Capitolo III*
Funzione dell'atto giuridico vs. scopi particolari dell'agente
3.1. Scopi dell'agente che « si accordano » con la funzione dell'atto, 51 – 3.1.1. *Fondazione della funzione dell'atto giuridico sugli scopi particolari degli agenti*, 51 – 3.1.2. *Sistematica degli scopi secondo Rudolf von Jhering*, 54 – 3.2. Scopi dell'agente che « non si accordano » con la funzione dell'atto (quattro esempi), 56 – 3.2.1. *Il c.d. divieto di patto leonino*, 60 – 3.2.2. *Illegittimità del provvedimento amministrativo per sviamento di potere*, 61 – 3.2.3. *Nullità del contratto per illiceità dei motivi*, 63 – 3.2.4. *Simulazione del contratto*, 65 – 3.3. Simulazione del contratto e atti linguistici insinceri, 67 – 3.3.1. *In-*

sincerità, 68 – 3.3.2. *Autocontraffattorialità*, 70 – 3.3.3. *Normatività intrinseca degli atti del linguaggio ordinario*, 73.

77 Capitolo IV

Funzione dell'atto giuridico e delle norme che ne costituiscono la struttura

4.1. Individuazione della funzione degli atti del linguaggio ordinario e degli atti giuridici, 79 – 4.1.1. *Scopi illocutori ed elementi « essenziali » degli atti del linguaggio ordinario*, 79 – 4.1.2. *Varietà delle funzioni e degli elementi strutturali nella disciplina degli atti giuridici (tre esempi)*, 87 – 4.2. Funzioni afferenti alla dimensione normativa vs. funzioni afferenti alla dimensione concettuale di un atto giuridico, 93 – 4.2.1. *Fenomeni ed evidenze*, 93 – 4.2.2. *Dimensione normativa e dimensione concettuale di un atto giuridico*, 98 – 4.2.3. *Il nucleo di senso extra-giuridico degli atti giuridici: gli atti del linguaggio ordinario*, 106 – 4.3. Dipendenza funzionale degli atti giuridici dagli atti del linguaggio ordinario, 110 – 4.3.1. *Coestensionalità del linguaggio giuridico rispetto a quello ordinario*, 112 – 4.3.2. *Relazioni mimetiche necessarie tra linguaggio giuridico e linguaggio ordinario*, 115.

123 Capitolo V

Finale

5.1. Dalla funzione nel diritto alle funzioni del diritto, 124 – 5.2. Dalla funzione alla struttura dell'atto giuridico, 129 – 5.2.1. *Tre momenti di un'analisi (strutturale) su atto giuridico e le sue regole*, 130 – 5.2.2. *Funzione dell'atto giuridico e relazioni tra struttura concettuale e struttura normativa dell'atto*, 134 – 5.2.3. *Funzione dell'atto giuridico e differenza tra diritto e giochi*, 138.

147 Bibliografia

Prefazione

VITO VELLUZZI*

Il libro *La melanconia del pedone* di Marco Silvi presenta almeno tre aspetti di interesse per i giuristi (siano essi filosofi del diritto o cultori di un qualche settore del diritto positivo).

In primo luogo, è di sicuro interesse l'oggetto dell'indagine. Infatti il saggio tratta, come recita il sottotitolo, la questione della funzione dell'atto giuridico. L'Autore costruisce una filosofia (una teoria generale) dell'atto giuridico. Lo studio segue la direzione della ricerca dei presupposti concettuali indispensabili per la comprensione del *modus operandi* degli atti giuridici nel diritto, non in un ordinamento giuridico particolare.

In secondo luogo, l'autore sviluppa le proprie tesi senza sottrarsi al confronto con la letteratura filosofico giuridica rilevante, specie quella più recente, e al contempo aggiunge alle riflessioni diffuse oggidì sull'oggetto dell'indagine svariati, pertinenti e pregevoli esempi tratti dalle discussioni della dottrina e della giurisprudenza italiane. Insomma, il lettore del libro non si trova d'innanzi a tesi filosofiche sull'atto giuridico che restano sospese e rarefatte, distanti dal confronto coi discorsi fatti sul diritto, nel diritto e dalla "messa alla prova" delle tesi stesse.

In terzo luogo, il libro compie un ulteriore e apprezzabile passo rispetto alla importante letteratura di filosofia dell'atto giuridico. Il passo evocato è il seguente: l'autore approfondisce la dimensione pragmatico generale dell'atto giuridico, affrontando esplicitamente l'annosa, epocale e per ciò complicatis-

* Professore ordinario di Filosofia del diritto presso l'Università degli Studi di Milano.

sima questione della “natura” del linguaggio giuridico, delle sue relazioni, in termini di somiglianze e di differenze, col linguaggio ordinario.

Introdotta in tal guisa, questo agile e denso volumetto potrebbe apparire ambizioso, probabilmente troppo ambizioso. Visto l’oggetto che tratta e la letteratura considerata, l’ambizione non è certo estranea al saggio, tuttavia, l’autore è abile nel costruire le sue riflessioni con un periodare rigoroso, quasi mai oscuro e privo di superflue divagazioni lontane dall’obbiettivo principale¹.

Qual è, dunque, questo obbiettivo? L’indagine riguarda, come si è detto poc’anzi, «il concetto di funzione dell’atto giuridico, inteso come “scopo tipico” dell’atto (contrapposto, ad esempio, agli scopi particolari perseguiti dai singoli agenti). Nel diritto, il concetto di funzione, di *ratio*, di scopo tipico, ricorre, patente o latente, sempre e ovunque in ogni ordinamento giuridico, ogni volta che ci si trovi di fronte a una norma o a un qualunque istituto giuridico (tra i quali, quindi, anche i diversi tipi di atti giuridici)»².

Il punto d’avvio delle argomentazioni di Marco Silvi è costituito dalla nozione di “concetto metaistituzionale”. La nozione è mutuata da alcuni significativi studi³, ed è intesa così: «si tratta [...] di concetti generali che, in un certo senso, “trascendono” (stanno “sopra”) i concetti (istituzionali) costituiti dalle regole che compongono (nel loro assieme) la singola pratica istituzionale»⁴. L’utilità della nozione così configurata si manifesta anche nel diritto, ove secondo Marco Silvi e sulla scia di quanto scritto da Corrado Roversi, sono «concetti metaistituzionali dell’esperienza giuridica [...] i c.d. concetti generali e fondamentali del diritto [...] ossia i concetti che concorrono a

1. In effetti il rigore stilistico e la chiarezza concettuale si appannano di rado, ma talvolta accade, come nel caso in cui si usa ripetutamente e in maniera generica il sintagma “esperienza giuridica”.

2. Si veda p. 19.

3. Per alcuni riferimenti bibliografici v. p. 12, nota 9.

4. *Ibidem*.

costituire la “grammatica” del diritto, e non sono semplicemente il prodotto di norme, come lo sono, invece, i singoli istituti giuridici particolari»⁵.

Ai concetti metaistituzionali appartiene, appunto, la funzione dell’atto giuridico. Indagare la funzione dell’atto giuridico in quanto concetto metaistituzionale o come concetto metaistituzionale dovrebbe permettere, secondo l’autore, di raggiungere due ragguardevoli finalità rivolte a comprendere «alcuni aspetti costitutivi dell’esperienza giuridica [. . .]. In primo luogo, l’esame dell’idea di funzione dell’atto giuridico consente di cogliere e mettere in evidenza almeno un tratto costitutivo dell’esperienza giuridica (della idea di diritto in generale), secondo cui il diritto sarebbe uno strumento caratterizzato da sistemi di autorità e coazione per risolvere o prevenire problemi concreti della vita quotidiana, garantendo la realizzazione [. . .] di determinati interessi ritenuti meritevoli a discapito di altri. In secondo luogo, l’esame dell’idea di funzione dell’atto giuridico consente di mettere in evidenza alcune simmetrie tra atti giuridici e atti del linguaggio ordinario che rispondono a funzioni comunicative tipiche rinvenibili anche in molti atti giuridici»⁶.

In estrema sintesi si può dire che andare oltre la struttura dell’atto giuridico guardando alla funzione, significa volgere l’attenzione a come «quella determinata struttura possa/debba essere usata, a cosa essa serva [. . .] l’analisi sul concetto di funzione dell’atto giuridico è necessario complemento dell’analisi sulla relazione [. . .] tra l’atto giuridico e le sue regole»⁷.

Metodo, oggetto e scopo del lavoro sono molto ben delineati, interessanti e adeguatamente connessi tra loro. In ragione delle rapide considerazioni sin qui svolte, non posso, quindi, che

5. Così a p. 18.

6. La citazione è tratta da p. 23, dove Marco Silvi afferma pure che: «Anticipando qui la mia tesi, ritengo che, nonostante la diversa “pragmatica” tra linguaggio giuridico e quello comune, l’indagine sulla funzione di un atto giuridico conduca sempre all’individuazione di (almeno) un “corrispondente” atto del linguaggio ordinario (che è quindi in qualche modo presupposto da quell’atto giuridico)».

7. Così alle pp. 23–24.

esortare alla lettura del saggio, certo che il lettore, durante e alla fine del percorso compiuto, mi sarà grato per l'esortazione. Detto ciò, vorrei confrontarmi, seppur in poche e sommarie battute, con una delle tesi principali presentate nel libro.

Si è detto che per l'autore studiare la funzione di un atto giuridico conduce sempre all'individuazione di (almeno) un corrispondente atto del linguaggio ordinario, e il linguaggio ordinario è, quindi, presupposto da quell'atto giuridico. Ne segue che «l'insieme degli atti giuridici previsti da un ordinamento prefigura un insieme di forme (strutture) tipiche di azioni, strumenti di cui gli uomini della comunità (storicamente data), in cui quell'ordinamento si innesta, si possono servire per interagire tra loro e produrre determinati effetti [...]. Tali effetti (e più in generale l'intera struttura degli atti giuridici) non sono arbitrari o casuali, ma sono costruiti al fine di realizzare (tutelare/promuovere) determinati interessi anch'essi tipici»⁸. Ciò significa che la funzione tipica dell'atto giuridico, se adeguatamente dipanata, ci indica pure quali siano gli scopi particolari realizzabili (e non realizzabili) dagli agenti per mezzo di quegli atti. Il rapporto fisiologico tra struttura, funzione tipica dell'atto giuridico e scopi particolari perseguiti dagli agenti, può svilupparsi solo su uno sfondo linguistico–pragmatico comune.

Il quadro tracciato dall'autore risponde a ragionevolezza, sia filosofica, sia giuridica ed è in linea di massima condivisibile: tuttavia, come si è soliti dire, finisce a tratti col provare troppo e a tratti troppo poco. Mi spiego.

Per quanto nel libro venga talvolta messa in evidenza la difficoltà di individuare una sola, o una chiara funzione dell'atto giuridico, stante la regolazione della struttura dell'atto da parte di norme giuridiche aventi ciascuna una propria funzione⁹, il saggio per sottovalutare un po' questo aspetto e rischia, quindi, di provare troppo. In particolare andrebbe indagato più a fondo il ruolo svolto dall'interpretazione (e soprattutto dal-

8. La citazione è tratta da pp. 43–44.

9. Si vedano le pp. 69–71.

l'interprete) nell'individuazione della funzione tipica dell'atto, della funzione delle varie norme regolanti la struttura dell'atto e delle reciproche relazioni tra la prima e la seconda. All'interno dello sfondo linguistico e pragmatico le possibilità di scelta sono molteplici e "gestite" discrezionalmente dagli interpreti. Un contributo decisivo alla individuazione e alla realizzazione della funzione tipica dell'atto giuridico passa, quindi, dalla plausibilità dell'opera dell'interprete e dalle condizioni in presenza delle quali la plausibilità emerge.

Se quel che si è detto ha un fondamento, allora finisce, forse, col provare troppo poco sostenere, come fa Marco Silvi in maniera del tutto ragionevole, che per ogni atto giuridico è sempre possibile rintracciare, tra una pluralità di scopi, alcune funzioni essenziali o minime. La capacità esplicativa di tale affermazione, infatti, continua a dipendere da due fattori: come si individuano le funzioni essenziali o minime dell'atto giuridico; se e in quale misura la corrispondenza tra tali funzioni e un atto del linguaggio ordinario metta al riparo le stesse funzioni dalla discrezionalità interpretativa.

Tuttavia, se quel che si è appena scritto pone in rilievo un (eventuale) limite del saggio, è pur vero che a un libro non si può chiedere tutto, e quel che questo bel libro sulla filosofia dell'atto giuridico ci dice è sicuramente abbastanza, anzi molto.

Melanconia del pedone ed « essenza » dei pezzi degli scacchi

Il passo preso a motto del presente lavoro è tratto dal celebre manuale di strategia scacchistica del Maestro Aaron Nimzowitsch (*Mein System*, 1925), in particolare dalla parte dedicata a quelli che, a suo avviso, sono gli elementi della strategia e che stanno alla base del suo noto «gioco di posizione». Tra questi elementi v'è (anche) il «pedone mobile» (o «passato», o «libero»), ossia il pedone che « non deve temere né un pedone avversario davanti a sé (cioè nella sua stessa colonna), né uno nelle colonne adiacenti; in tal modo può essere promosso senza ostacoli »¹. Gli altri elementi, secondo Nimzowitsch, sono: « 1) il centro; 2) la colonna aperta; 3) il gioco nella settima e nell'ottava traversa; [...] 5) l'inchiodatura; 6) lo scacco di scoperta; 7) il cambio; 8) la catena di pedoni »². A ognuno di essi, il Maestro di Riga dedica un capitolo del suo manuale in cui cerca di mostrare, col suo stile brillante e ricco di metafore «psicologiche» (come quella della melanconia del pedone mobile bloccato), quella che egli chiama «l'essenza» di determinati pezzi o tipi mosse, che ritiene cruciali per la costruzione di un'efficace strategia³.

Ma questa «essenza» di cui parla Nimzowitsch, com'è facile capire, non consiste nel «concetto» dei singoli pezzi e delle singole mosse del gioco degli scacchi come il pedone, l'alfie-

1. NIMZOWITSCH 1975, p. 94.

2. NIMZOWITSCH 1975, p. 37.

3. Cfr. NIMZOWITSCH 1975, ad esempio p. 97: «È ridicolo presentare un romanzo senza psicologia, e sarebbe altrettanto ridicolo, penso, scrivere un manuale di strategia scacchistica senza approfondire l'essenza dei pezzi».

re, l'arroccamento, lo scacco matto, ecc. Infatti, come è stato chiarito, ad esempio, da Amedeo G. Conte, i concetti di pedone, di alfiere, di arroccamento o di scacco matto (ecc.) sono *interamente* costituiti dalle regole del gioco che riguardano la singola unità ludica⁴: il concetto di ogni unità e atto ludico si esaurisce nelle sue proprie regole (nel presente lavoro con "unità ludica" mi riferisco agli elementi, ai pezzi, di cui si compone un gioco; mentre con "atto ludico" mi riferisco alle azioni che nel gioco possono essere compiute anche mediante l'utilizzo dei pezzi). Gli scacchi sono, infatti, il classico esempio (quasi paradigmatico) di quelli che John R. Searle ha chiamato fatti istituzionali (*institutional facts*) il cui tratto caratterizzante è, appunto, quello di essere costituiti da regole (che per questo motivo Searle chiama « costitutive »)⁵.

In realtà non è questa « l'essenza » che va cercando Nimzowitsch: ciò che egli indaga è quella che potremmo chiamare la « valenza ludica » dei singoli pezzi e delle singole mosse degli scacchi, ossia il senso che detti pezzi e mosse hanno *in quanto comportamento ludico*, in quanto pezzi e mosse di un gioco (in particolare, un gioco competitivo)⁶. È tale « essenza ludica » che

4. Cfr. ad esempio CONTE 1983, p. 290: « Il pezzo è l'ipostasi delle sue regole. Esso non ha ma è le regole che per esso valgono. In sintagmi come "le regole dell'alfiere", "dell'alfiere" non è complemento di specificazione ma complemento di denominazione ».

5. Cfr. ad esempio SEARLE 1976, 1996, 2010. In Italia, la letteratura sulle regole costitutive è vasta: cfr. almeno CARCATERRA 1974, 1979, 1985; CONTE 1981, 1983, 1986, 1993; GUASTINI 1983a, 1983b, 1986; FERRARI 1986, 1988a, 1988b, 1991. Cfr. anche POLLASTRO 1983, MAZZARESE 1985, JORI 1986, ROSITI 1986, AZZONI 1988. Più di recente, cfr. LORINI 2000 e 2014; DI LUCIA 2003a; ROVERSI 2007, 2012a, 2012b e 2016; ROSSETTI e COLZANI 2014; SILVI 2013, 2014, 2017.

6. Non tutti i giochi, infatti, sono giochi competitivi: cfr. ad esempio CAILLOIS 2007, pp. 28 e ss. Secondo CONTE 1983, p. 290, la valenza ludica di un pezzo deriva dalle regole costitutive (« che costituiscono sia quel pezzo nel gioco, sia quel gioco nel quale quel pezzo è, appunto, un pezzo »): ciò è vero per quanto riguarda il fatto che sono le regole del gioco a definire le combinazioni possibili di atti che consentono l'attuazione di una strategia per conseguire la vittoria; tuttavia, la valenza ludica di un pezzo, almeno nell'accezione con cui qui uso tale espressione (ossia il « valore » del pezzo in termini di potenzialità strategiche) dipende prima di tutto dal fatto che si tratta di un gioco.

consente di cogliere le potenzialità strategiche racchiuse nei diversi pezzi degli scacchi, permettendo di costruire, appunto, una strategia efficace per conseguire la vittoria.

L'analisi di Nimzowitsch, come ogni strategia scacchistica, presuppone le regole degli scacchi (costitutive dei concetti delle diverse unità ludiche e dei diversi atti ludici) e, anzi, è strettamente e necessariamente dipendente da quelle regole: infatti, è solo alla luce dell'insieme delle regole del gioco (e delle potenziali interazioni che la combinazione delle regole consente) che può essere ideata e impostata una strategia. Tuttavia, il concetto di strategia non è costituito dalle regole del gioco né, tanto meno, si esaurisce in esse.

Analoga considerazione vale anche per il concetto di vittoria (che la strategia persegue). Anzi, per certi versi, il concetto di vittoria è ancor più emblematico, in quanto la vittoria negli scacchi diviene addirittura espresso oggetto di regole: le regole degli scacchi, infatti, stabiliscono le condizioni (sufficienti) di vittoria (vince il giocatore che dà scacco matto), ma nessuna di queste regole dice cosa la vittoria sia: anche il concetto di vittoria non è costituito dalle regole del gioco⁷.

In altre parole, per comprendere le considerazioni di Nimzowitsch sulla valenza ludica dei pezzi degli scacchi (come il pedone), ma anche per comprendere il concetto stesso di strategia, nonché quello di vittoria, la conoscenza delle regole del gioco degli scacchi non è, da sola, sufficiente. È necessario anche:

- a) sapere che gli scacchi sono un gioco di tipo competitivo (e non, ad esempio, un rito religioso)⁸;

7. Cfr. in tal senso LORINI 2003, p. 300.

8. Il primo che ha evidenziato l'insufficienza delle regole (costitutive) di un gioco a conferire il carattere ludico alle azioni che si compiono, nel gioco, mediante le relative regole, è stato Hubert Schwyzer (SCHWYZER 1969) il quale ha cercato di argomentare tale tesi ricorrendo a un articolato esperimento mentale: Schwyzer immagina un paese in cui gli scacchi non siano un gioco ma, appunto, un rito religioso. In Italia, questa intuizione è stata ripresa e approfondita, in particolare, da

- b) sapere cosa sia un gioco (di tipo competitivo), ossia in cosa consista (quali siano i caratteri costitutivi de) l'esperienza ludica in generale, di cui gli scacchi costituiscono un'occorrenza concreta.

1.1. Concetti metaistituzionali

1.1.1. *Nozione*

Per concetti come quelli di valenza ludica, di strategia, di vittoria (presenti nel linguaggio del gioco degli scacchi), è stato proposto di parlare di « concetti metaistituzionali » (*meta-institutional concepts*)⁹: si tratta, infatti, di concetti generali che, in un certo senso, « trascendono » (stanno « sopra ») i concetti (istituzionali) costituiti dalle regole che compongono (nel loro assieme) la singola pratica istituzionale (« concetti istituzionali » sono, quindi, quelli relativi ai singoli pezzi e alle singole mosse degli scacchi). Concetti metaistituzionali ricorrono e caratterizzano ogni gioco di tipo competitivo, in quanto il loro senso dipende in modo decisivo dall'idea stessa di gioco competitivo (almeno da quel senso minimo di gioco, condiviso presso una certa comunità umana in cui si pratica quel singolo gioco).

In tutti i giochi particolari di tipo competitivo, infatti, si vince o si perde: non solo a scacchi, ma anche a dama, a tennis, a golf, a calcio, a tressette, a poker, a Risiko! a Monopoli, ecc. E in ogni gioco si possono attuare strategie più o meno articolate (per conseguire la vittoria) e si può indagare la valenza ludica della singola unità del gioco (costituita dalle relative regole). In

Giuseppe LORINI (cfr. ad esempio LORINI 2000, 2003, 2014) e da Corrado ROVERSI (cfr. ad esempio ROVERSI 2007, 2012a, 2014, 2015).

9. Cfr. LORINI 2000, pp. 311–313, nonché LORINI 2014; cfr. anche ROVERSI 2012a, pp. 143–144, nonché ROVERSI 2014, pp. 205–210. Mi segnala Roversi che di *meta-institutions* parla anche Seumas Miller (cfr. in particolare MILLER 2010, pp. 23, 30, 33, 323, 324) anche se per denotare un concetto (almeno parzialmente) diverso da quello preso qui in esame: per Miller una metaistituzione è una istituzione che, come ad esempio lo Stato, fornisce il contesto e le connessioni tra altre istituzioni.