

Ar2



Vai al contenuto multimediale

Marco Q. Silvi

L'atto giuridico e le sue regole

Saggio su diritto e giochi





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 978-88-255-0442-2

*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: settembre 2017

A noi tre

Parte I Costruire giochi e atti giuridici

- 15 **Capitolo I**
Per una filosofia dell'atto giuridico
- 1.1. Atto giuridico quale atto costitutivo di stati di cose istituzionali, 15 – 1.1.1. *Dichiarazioni*, 15 – 1.1.2. *Performatività*, 17 – 1.2. Atto giuridico quale atto costituito da regole, 20 – 1.2.1. *Regole costitutive e atti giuridici*, 20 – 1.2.2. *Regole costitutive eidetiche*, 21 – 1.2.3. *Regole costitutive eidetiche e atti giuridici?*, 23 – 1.3. Tesi su atti giuridici e regole costitutive, 26.
- 29 **Capitolo II**
Esempi (errati) di atti giuridici costituiti da regole costitutive eidetiche
- 2.1. Esempio delle *essential rules* della promessa, 29 – 2.1.1. *Atti del linguaggio ordinario*, 29 – 2.1.2. *Regole e atti del linguaggio ordinario*, 30 – 2.1.3. *Intrinseca normatività degli atti del linguaggio ordinario*, 32 – 2.2. Esempio dei tipi di atti giuridici definiti dal diritto positivo, 34 – 2.2.1. *Analisi della donazione e del donare*, 36 – 2.2.2. *Possibilità concettuale e possibilità normativa della donazione*, 38 – 2.2.3. *Analisi della fideiussione*, 39 – 2.2.4. *Atti giuridici "puri"?*, 41.
- 47 **Capitolo III**
Atti giuridici e atti ludici
- 3.1. Diritto vs. giochi, 47 – 3.2. Gli atti ludici sono entità discrete, 51 – 3.2.1. *Fenomeni*, 51 – 3.2.2. *Fecondità del concetto di regola costitutiva eidetica*, 52 – 3.3. Gli atti giuridici sono fenomeni continui, 54 – 3.3.1. *Fenomeni*, 54 – 3.3.2. *Regole sugli atti giuridici*, 55 – 3.3.3. *Il senso degli atti giuridici trascende il singolo diritto positivo*, 57.

59 Capitolo IV

Dimensioni degli atti giuridici

4.1. La struttura che l'atto è, 61 – 4.1.1. *Natura continua degli atti giuridici, effetti essenziali e condizioni praxeologiche di validità*, 61 – 4.1.2. *Relazioni tra struttura concettuale e struttura normativa di un atto giuridico*, 63 – 4.2. La struttura che l'atto ha, 67 – 4.2.1. *Fenomenologia delle regole che vertono sulla validità di un atto giuridico*, 68 – 4.2.2. *Fenomenologia delle regole che vertono sugli effetti di un atto giuridico*, 69 – 4.2.3. *Costitutività non-eidetica delle regole sugli atti giuridici*, 71.

Parte II

Praticare giochi e atti giuridici

79 Capitolo V

Dalla struttura degli atti giuridici all'esperienza giuridica (in generale)

5.1. Un possibile approfondimento delle relazioni tra atti giuridici e regole costitutive, 79 – 5.1.1. *Il mio sistema*, 79 – 5.1.2. *La concezione pragmatica delle regole costitutive di Corrado Roversi*, 81 – 5.2. Prospettiva strutturale e prospettiva pragmatica nell'analisi dei fenomeni istituzionali secondo Corrado Roversi, 84 – 5.3. I singoli giochi nel contesto dell'esperienza ludica di tipo competitivo secondo Corrado Roversi, 86 – 5.3.1. *Intraducibilità quale criterio di identificazione delle regole costitutive eidetiche*, 88 – 5.3.2. *Aspetti costitutivi dell'esperienza ludica di tipo competitivo*, 90.

95 Capitolo VI

Atti giuridici e criterio dell'intraducibilità

6.1. Dai giochi (di tipo competitivo) agli atti giuridici, 95 – 6.1.1. *Intraducibilità degli atti ludici*, 95 – 6.1.2. *Traducibilità degli atti giuridici*, 97 – 6.2. Cenni sulla traduzione giuridica, 102 – 6.3. L'esempio della teoria dei genotipi concettuali di Rodolfo Sacco, 104 – 6.4. Traduzione giuridica e natura continua degli atti giuridici, 107.

III Capitolo VII

Gli atti giuridici nel contesto dell'esperienza giuridica

7.1. Due aspetti costitutivi dell'esperienza giuridica, III – 7.2. Primo aspetto costitutivo dell'esperienza giuridica: aspetto storico-sociale, III – 7.2.1. *Il diritto è ciò che una comunità di uomini, storicamente, fa di lui per la cura di determinati interessi*, III – 7.2.2. *Differenza tra esperienza giuridica ed esperienza ludica*, III6 – 7.3. Secondo aspetto costitutivo dell'esperienza

giuridica: aspetto linguistico, 121 – 7.3.1. *Il diritto è un linguaggio tecnico che si fonda e dipende dal linguaggio ordinario*, 121 – 7.3.2. *Differenza tra linguaggio giuridico e linguaggio ordinario*, 125 – 7.3.3. *Dipendenza del linguaggio giuridico da quello ordinario*, 127 – 7.3.4. *Differenza tra esperienza giuridica ed esperienza ludica*, 130.

137 Capitolo VIII

Quel che resta delle regole costitutive nella costruzione degli atti giuridici

8.1. Declinazioni giuridiche di atti del linguaggio ordinario, 137 – 8.2. Discretezza degli atti ludici e continuità degli atti giuridici, 139 – 8.2.1. *Continuità degli atti giuridici*, 139 – 8.2.2. *Discretezza degli atti ludici*, 141 – 8.3. Costitutività dell'atto giuridico e costitutività delle sue regole, 142 – 8.3.1. *Costitutività non-eidetica delle regole sugli atti giuridici*, 142 – 8.3.2. *Quale costitutività dell'atto giuridico?*, 145.

149 Bibliografia

PARTE I

COSTRUIRE GIOCHI E ATTI GIURIDICI

Il linguaggio dei filosofi è un linguaggio già deformato da scarpe troppo strette.

LUDWIG WITTGENSTEIN

Per fare una scarpa bisogna avere appreso ed esercitato il mestiere del calzolaio, quantunque ciascuno abbia la misura della scarpa nel proprio piede.

GEORG W. F. HEGEL

Per una filosofia dell'atto giuridico

Temi, problemi, tesi

Almeno due sono i temi rilevanti per una teoria dell'atto giuridico.

Il primo concerne gli effetti dell'atto, sotto il particolare profilo della sua costitutività, ossia la sua idoneità a incidere sul mondo sociale, ad alterare la realtà sociale, mediante la costituzione, la modificazione, l'estinzione di stati di cose istituzionali, quali diritti, pretese, obblighi, *status* o responsabilità (*sub* 1.1).

Il secondo tema riguarda la relazione che intercorre tra l'atto giuridico e le sue regole, in particolare l'insieme delle regole mediante le quali un determinato e concreto ordinamento giuridico costruisce tipi di atti giuridici (*sub* 1.2).

Il presente lavoro è dedicato, principalmente, al secondo tema, anche se saranno affrontati aspetti inevitabilmente intrecciati col primo (*sub* 1.3).

1.1. Atto giuridico quale atto costitutivo di stati di cose istituzionali

1.1.1. Dichiarazioni

Il fatto che mediante determinate « dichiarazioni » (meglio, mediante l'enunciazione di determinati enunciati), ovvero mediante determinati comportamenti « significativi », noi siamo di grado in attribuire pretese o diritti, istituire enti, attribuire particolari *status* normativi, conferire poteri o competenze, disporre di patrimoni, ascrivere responsabilità, ecc., costituisce uno dei tratti filosoficamente più provocanti del fenomeno degli atti giuridici. E la rilevanza della costitutività dell'atto giuridico è duplice, in quanto:

- a) da un lato, mediante l'esecuzione di un atto giuridico noi siamo in grado di creare modificare, estinguere fatti istituzionali;¹
- b) dall'altro lato, per creare, modificare, estinguere fatti istituzionali, sembra sufficiente pronunciare determinate parole (o tenere una determinata condotta comunque « significativa »)².

Detto altrimenti, la costitutività degli atti giuridici si pone come termine medio tra forme particolari di comunicazione linguistica (mediante l'esecuzione delle quali è possibile produrre, modificare, estinguere una realtà istituzionale) e la realtà istituzionale stessa (che viene prodotta, modificata, estinta dall'esecuzione delle predette forme linguistiche).

Sono almeno due, quindi, le prospettive di indagine alla luce delle quali il fenomeno della costitutività degli atti giuridici può essere osservato:

- a) da un lato, quello della realtà istituzionale che viene incisa dalle forme linguistiche con cui sono eseguiti gli atti giuridici;
- b) dall'altro lato, e prima ancora, il punto di vista delle forme linguistiche stesse, mediante le quali sono eseguiti gli atti giuridici che incidono sulla realtà istituzionale³.

Non a caso, infatti, sono atti giuridici (quali la promessa, il matrimonio, le sentenze dei tribunali, i contratti, i testamenti, le nomine, gli

1. Sul concetto di fatto istituzionale, oggetto sociale, la letteratura è ormai ampia. Oltre ai classici lavori di SEARLE 1976, 1996, 2010, ci si limita a rinviare a LORINI 2000 e a DI LUCIA 2003c.

2. Nel presente lavoro si assume la tesi secondo cui tutti gli atti giuridici (costitutivi) hanno natura linguistica. Ciò in accordo con la concezione, più ampia, da ultimo elaborata da SEARLE 2010 (*sub* 2.1.3), secondo cui « il linguaggio è istitutivo della realtà istituzionale e, di conseguenza [...] tutte le istituzioni umane sono essenzialmente linguistiche » (p. 81). Questo non significa che gli atti giuridici debbano necessariamente essere (sempre) atti "verbali". Non è necessario che il diritto sia "parlato", esso può essere anche "muto". Ma l'atto muto (di cui, ad esempio, parla SACCO 1993, 1994, 2010) non è un atto non linguistico, in quanto, appunto, vi sono forme di comunicazione che non necessitano di parole, quale il linguaggio gestuale (SEARLE 2010, p. 82). Cfr. anche JORI 2010, p. 105, secondo cui la linguisticità di una norma dipende non tanto dal fatto che essa sia espressamente formulata in un enunciato, essendo piuttosto sufficiente che essa sia *formulabile*.

3. In tale duplice prospettiva, ho fornito un primo contributo per l'indagine sulla costitutività dell'atto giuridico in SILVI 2014a. Sia consentito rinviare anche a SILVI 2013, pp. 25-108.

atti costitutivi di istituzioni quali università, monete, Stati) gli esempi normalmente assunti dalle ricerche di pragmatica linguistica⁴.

1.1.2. *Performatività*

In tale prospettiva, un ruolo centrale hanno avuto, per la filosofia dell'atto giuridico e per il fenomeno della sua costitutività, le ricerche di John L. Austin sulla performatività⁵. Infatti, se, a rigore, performativo è quel verbo⁶ che designa un'azione, un atto linguistico, che si può eseguire dicendo semplicemente di compierlo (ossia enunciando enunciati del tipo: "Io ti prometto che *p*", "Io ti accuso di *q*", "Io ti nomino *x*", "Io ti dono questo", "Io affermo che *w*", ecc.), in realtà, il concetto performatività (e di atto performativo) è stato impiegato per tematizzare (anche se spesso non esplicitamente) un fenomeno parzialmente differente, ossia, appunto, la possibilità di produrre, di costituire, mediante l'esecuzione di un atto di linguaggio (ad esempio, mediante l'atto dell'accusa, della nomina o della donazione), un ulteriore stato di cose istituzionale (diverso dall'atto linguistico: negli esempi, rispettivamente, l'iscrizione di una responsabilità, di una carica istituzionale o di un diritto).

Un tale impiego del concetto di performatività (quale strumento per "catturare" il fenomeno della costitutività) è rinvenibile già nel noto lavoro Herbert L. A. Hart sull'iscrizione di responsabilità e diritti (*The Ascription of Responsibility and Right*, 1948–1949), addirittura anteriore

4. Cfr. ad esempio MORTARA GARAVELLI 2001.

5. In filosofia del diritto, la letteratura sul tema della performatività è ampia. Oltre a HART 1964, cfr. tra gli altri anche OLIVECRONA 1962, 1974 e 1994; HEDENIUS 1963; SAMEK 1965; SCARPELLI 1969; ROSS 1978 e 1982; OPALEK 1973–74 e 1988; CARCATERRA 1974 e 1979; CONTE 1977, 1987, 1994, 2002; TARELLO 1974; LEGAULT 1977; CASTIGNONE 1981 e 2002; PATTARO 1981; SAVOINI 1982; GUASTINI 1982; FILIPPONIO 1983; POLLASTRO 1985; GARDIES 1987 e 1992; KALINOWSKI 1988; AMSELEK 1990; JORI 1994; CELANO 1994; DI LUCIA e SCARPELLI 1994; DI LUCIA 1997 e 2003a; ROSSETTI 1994, 1996 e 1999. Cfr. anche, più di recente, in Italia, ROSSETTI e COLZANI 2014a; GAZZOLO 2014; SILVI 2013 e 2014a.

6. Uso il sintagma "verbo performativo" per riferirmi a quel verbo che, se enunciato nella forma della prima persona del tempo presente, modo indicativo, è esecuzione dell'atto che esso designa. Con "enunciato performativo" mi riferisco a un enunciato composto da un verbo performativo. Con "enunciazione performativa" designo invece quell'enunciazione di un enunciato performativo, mediante la quale viene attuato, eseguito, l'atto linguistico che il verbo performativo designa. "Atto performativo", pertanto, indica quell'atto linguistico che si compie mediante l'enunciazione performativa di un verbo performativo.

al celebre saggio di Austin, *How to Do Things with Words* (1962)⁷. In quel lavoro, infatti, Hart espressamente si rifà alle ricerche austiniane sui performativi per spiegare il fenomeno degli effetti ascrivibili che caratterizzano l'esecuzione di alcuni atti giuridici, in particolare degli atti ascrivibili di diritti e responsabilità⁸.

Ma altro è l'esecuzione di un atto linguistico/giuridico (mediante la sola pronuncia di determinate parole), altra è la produzione di determinati effetti (costitutivi/ascrivibili di stati di cose istituzionali) mediante l'esecuzione di un tale atto. In Italia, uno dei primi autori che ha messo in luce tale differenza è Amedeo G. Conte, il quale ha isolato, all'interno del *genus* verbi performativi, la *species* dei performativi *thetic*. Sono, i verbi performativi *thetic*, verbi che designano atti (linguistici) avente senso *thetic*, ossia senso di produzione di uno stato di cose istituzionale⁹.

“Accusare”, “donare”, “nominare” sono esempi di verbi performativi *thetic*: mediante l'enunciazione (performativa) di enunciati del tipo “Io ti accuso di aver rubato la marmellata”, “Io ti dono questo”, “Io ti nomino cavaliere”, infatti, non solo è eseguito un atto linguistico, ma è anche *prodotto* uno stato di cose, è creato un nuovo fatto istituzionale (negli esempi, rispettivamente, viene ascritta una responsabilità per il furto di marmellata, il diritto su un bene, lo *status* di cavaliere)¹⁰.

Tuttavia, come ho meglio argomentato altrove, la costitutività (*theticità*) di un atto non si esaurisce nel fenomeno della performatività, ma lo trascende¹¹. Vi sono infatti, soprattutto nell'ambito del diritto, atti

7. Risale però al 1946 l'altro celebre saggio di Austin, *Other Minds*.

8. Sull'attualità di questo lavoro di Hart (nonostante la successiva presa di distanza del medesimo autore) e sulle sue relazioni con le ricerche austiniane in tema di performativi, si rinvia alla raccolta di saggi curata da ROSSETTI e COLZANI 2014b.

9. Cfr. CONTE 1977, 1987, 1994 e 2002. Cfr. anche DI LUCIA 2003a.

10. Non tutti i verbi performativi, quindi, sono anche *thetic*. Vi sono, infatti, verbi, come “dichiarare”, “ringraziare”, “salutare”, i quali designano atti che, diversamente da “accusare”, “donare”, “nominare”, non incidono in alcun modo sulla realtà istituzionale (Conte parla al riguardo di “performativi *athetic*”): mediante l'enunciazione (performativa) di enunciati del tipo “Io dichiaro di avere 18 anni”, “Io ti ringrazio”, “Io ti saluto”, non viene alterato alcuno stato di cose, ma viene solamente eseguito un atto di linguaggio.

11. Cfr. SILVI 2014a, pp. 78–82. Cfr. anche DI LUCIA 1997 e 2000, ad esempio, p. 72 in cui introduce il concetto di enunciato *thetic*: « Chiamerò *thetic* quegli enunciati (come “A è responsabile di X”, “Questo è tuo”, “È mia la colpa”) che ammettono un'enunciazione *thetic*, ossia un'enunciazione che pone in essere lo stato di cose sul quale l'enunciato verte ».

thetic per i quali non sussiste uno specifico verbo che li designi, o è, al più, impiegato un verbo performativo che normalmente designa atti non thetic (athetic). Mentre nel caso, ad esempio, dell'atto (performativo thetic) dell'accusa, io posso eseguire tale atto, pronunciando enunciati del tipo "Sei stato tu", ma anche usando esplicitamente il verbo performativo "accusare" (in enunciati del tipo "Io ti accuso di *p*"); invece, non così può avvenire, ad esempio,

- a) per l'atto con cui è creata una nuova unità monetaria (ad esempio l'Euro per gli Stati europei che vi aderiranno);
- b) per l'atto con cui il giudice si pronuncia sui fatti di causa (c.d. *quaestio facti*);
- c) per l'atto con cui, in Italia, il giudice civile dichiara la propria incompetenza sulla causa (*ex art. 44, co. I, c.p.c.*)¹².

Si osservi: ognuno degli atti *sub(a)*, *sub(b)* e *sub(c)*, può essere eseguito mediante l'enunciazione di un enunciato, ma per nessuno di tali atti è presente (almeno nella lingua italiana) un verbo performativo che li designi, e che consenta di eseguire tali atti mediante la sua pronuncia. A ben vedere, il modo migliore per compiere i tre atti sopra richiamati — (a), (b) e (c) — è quello di pronunciare enunciati che indicano lo stato di cose istituzionale che è costituito (prodotto) dall'enunciazione (thetic) degli enunciati medesimi. Così:

- a) per compiere l'atto istitutivo di una unità monetaria, ad esempio, l'Euro (per gli Stati europei che vi aderiranno), si può pronunciare un enunciato del tipo: "L'Euro è la moneta degli Stati europei che vi aderiranno";
- b) per decidere la *quaestio facti*, ad esempio in un processo penale per omicidio (nei confronti di Tizio che avrebbe ucciso Caio) in cui il giudice ritenga che Tizio abbia ucciso Caio per legittima difesa, il giudice potrebbe pronunciare un enunciato del tipo: "Tizio ha colpito Caio cagionandone la morte";
- c) per dichiarare la propria incompetenza a decidere sulla causa, ricorrendone i presupposti *ex art. 44, co. I, c.p.c.*, il giudice

12. Per un'analisi più approfondita della theticità di questi tre atti, si rinvia a SILVI 2014a.

potrebbe limitarsi a pronunciare un enunciato del tipo: “Questo Tribunale è incompetente”.

Il tratto che accomuna i tre esempi di atti giuridici sopra riportati è la loro costitutività, la loro theticità. Ma la produzione degli effetti costitutivi avviene mediante il semplice dire quegli effetti, la mera enunciazione di un enunciato che designa quegli effetti. Così, enunciando l’enunciato (a), l’Euro (theticamente) diviene l’unità monetaria dell’Europa; pronunciando l’enunciato (b), il giudice decide la *quaesito facti* ponendo come vero–nel–processo il fatto (allegato dalla pubblica accusa) che Tizio abbia colpito Caio cagionandone la morte; infine, con la pronuncia dell’enunciato (c), il tribunale si rende incompetente, l’incompetenza del tribunale si invera nel processo.

Questo aspetto, che accomuna i tre esempi sopra formulati, spiega perché, spesso, performatività e costitutività sono trattate come sinonimi: nel diritto, vi sono molte “dichiarazioni” (enunciazioni di enunciati) che, apparentemente, *descrivono* determinati stati di cose preesistenti (negli esempi *sub(a)*, (b), (c), rispettivamente, l’unità monetaria, la qualificazione giuridica di un comportamento, l’incompetenza del giudice), i quali stati di cose, in realtà, prima di quelle dichiarazioni non esistevano, ma sono *costituiti*, vengono in essere, proprio in virtù, per effetto, di quelle “dichiarazioni”.

1.2. Atto giuridico quale atto costituito da regole

1.2.1. Regole costitutive e atti giuridici

Il fenomeno della costitutività (theticità) dell’atto giuridico suscita (almeno) una domanda: come è possibile la costitutività di un atto giuridico? La costitutività di un atto giuridico inerisce al concetto stesso dell’atto, meglio dipende dall’attività linguistica mediante la quale l’atto giuridico è compiuto? Oppure dipende dalle specifiche regole dell’ordinamento giuridico che disciplinano quel particolare atto e ne definiscono gli effetti?