

Osservazioni sparse sull'atto del comando

Marco Q. Silvi

Università di Milano-Bicocca

Abstract: Scattered Remarks on the Act of Command

This paper focuses on certain aspects of the act of command, and attempts to shed light on the ways in which commands operate within positive legal systems and with which they deploy their binding effects. To this end, I will move from some considerations of Norberto Bobbio about basic legal acts, making them react critically with research in social ontology, in particular with some of John R. Searle's theses on the foundational role of ordinary language in the construction of social reality.

Keywords: Philosophy of Legal Acts; Social Ontology; Act of Command; Basic Legal Acts.

Sommario: 0. Linguaggio prescrittivo e atto del comando – 1. Atti giuridici fondamentali secondo Norberto Bobbio – 1.1. Promessa, sottomissione, comando – 1.2. Due tesi sull'atto del comando – 2. L'atto del comando e il suo contesto normativo di legittimazione – 2.1. Significato soggettivo e oggettivo d'un atto secondo Hans Kelsen – 2.2. Il linguaggio ordinario nella determinazione del significato soggettivo e oggettivo di comando – 3. Il comando nel linguaggio ordinario e nel diritto – 3.1. Normatività del linguaggio ordinario – 3.2. Dimensione concettuale e dimensione normativa degli atti giuridici – 3.3. Analitica del comando – 3.4. Theticità dell'atto del comando.

Si ripeteva continuamente [il re]: “Se ordinassi a un generale di volare da un fiore all'altro come una farfalla, o di scrivere una tragedia, o di trasformarsi in un uccello marino; e se il generale non eseguisse l'ordine ricevuto, chi avrebbe torto, io o lui?”

Antoine de Saint-Exupéry

0. Linguaggio prescrittivo e atto del comando

Se il diritto è (anche) linguaggio, in particolare linguaggio con funzione prescrittiva, allora certamente l'atto del comando merita attenzione. E se ci si volesse impegnare in una ricerca sugli atti giuridici fondamentali (qualunque cosa si intenda con una

tale espressione, tanto suggestiva, quanto oscura), sarebbe intuitivo prendere in considerazione (almeno anche) l'atto del comando¹.

Nella letteratura di teoria generale del diritto, ad esempio, si ricorre al concetto di comando (variamente denominato anche come 'ordine', 'imperativo') ogni volta che si discute della natura imperativa del diritto: basti qui richiamare la nota tesi di John Austin (*The Province of Jurisprudence Determined*, 1832), che definisce il diritto come il comando (i comandi) del sovrano; oppure, in Italia, la posizione di Francesco Carnelutti, secondo cui "l'ordinamento giuridico si può ben ritenere costituito da comandi, come un organismo è un aggregato di cellule"². Ma non solo: in sede di filosofia del linguaggio normativo, l'atto del comando viene in gioco anche quando si tenta di approfondire i rapporti tra aspetti pragmatici e la semantica degli enunciati normativi³.

Non mi occuperò, qui, di tali aspetti. Concentrerò la mia analisi sull'atto del comando in quanto *atto*, in particolare in quanto atto giuridico che si compie mediante l'enunciazione di enunciati del tipo 'Io ti comando A' (o 'Ti ordino A', 'Devi A' ecc.). Mi soffermerò, soprattutto, sugli aspetti pragmatici del comando, al fine di tentare di mettere in luce alcune modalità con cui (i) operano i comandi all'interno di un ordinamento giuridico (*giuridicità del comando*), e con cui (ii) i comandi dispieghino il loro effetto vincolante, che tipicamente connota tali atti (*normatività del comando*)⁴.

Il mio contributo, pertanto, non si iscrive nell'ambito della filosofia dell'ordinamento giuridico, né della norma, ma si colloca nel terreno (comunque contiguo e connesso) della filosofia dell'atto giuridico, tentando di mettere in luce alcuni aspetti di un atto così rilevante per il diritto, qual è il comando; aspetti che si danno normalmente per scontati, ma che meritano, forse, alcune puntualizzazioni.

¹ La funzione prescrittiva del linguaggio non si esaurisce, infatti, nel comando. Come ha mostrato, ad esempio, Norberto Bobbio (*Teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1993, pp. 69-77), non tutte le prescrizioni, con cui cerchiamo di determinare il comportamento altrui, hanno la stessa forza vincolante: "gli imperativi (o comandi) sono quelle prescrizioni che hanno maggior forza vincolante", ma "[v]i sono modi più blandi o meno vincolanti di influire sui comportamenti altrui", come i consigli, le richieste, le preghiere, le suppliche. Analogamente, cfr. anche A. Ross, *Direttive e norme*, Comunità, Milano, 1978 (1968).

² F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, Esi, Napoli, 1998 (1951), p. 36.

³ La bibliografia è notevole: per una ricostruzione delle tendenze attuali, oltre che per i riferimenti bibliografici, mi limito a rinviare ad A. Sardo, "La forza degli imperativi", in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 46 (2016), pp. 339-370; "The Dark Side of Imperatives", in F. Poggi, A. Capone (eds.), *Pragmatics and Law*, Springer, Cham, 2020, pp. 243-271. Cfr. anche M. Jori, *Pragmatica giuridica*, Mucchi, Bologna, 2016.

⁴ Come si avrà modo di precisare meglio *infra*, si tratta, in estrema sintesi, di due aspetti differenti, anche se connessi tra loro: il primo riguarda le modalità con cui il comando è regolato dal diritto, e ruota attorno alla domanda se un comando, per essere tale, necessiti, o meno, di ricevere una qualche forma di legittimazione da un certo contesto normativo (da un ordinamento giuridico); il secondo aspetto, afferisce, invece, all'obbligatorietà che connota tipicamente il concetto di comando e ruota attorno alla questione se la forza vincolante del comando dipenda, o meno, anch'essa, da un contesto normativo.

In tale analisi, muoverò da alcune considerazioni formulate da Norberto Bobbio, nell'ambito del testo d'un corso di filosofia del diritto del 1948 (*Introduzione alla filosofia del diritto*), dedicate a quelli che lo stesso Bobbio chiama “*gli atti giuridici fondamentali*”. Tali considerazioni, che riprendono e sviluppano intuizioni giovanili di impostazione fenomenologica⁵, ancorché risalenti, sono, a mio avviso, interessanti, in quanto il punto di osservazione dal quale sono indagati i fenomeni giuridici è quello non della norma giuridica, né dell'ordinamento, ma quello proprio dell'atto giuridico – in particolare degli atti costitutivi di quei rapporti di obbligo/pretesa che (secondo Bobbio) connotano specificamente il diritto.

Prima di procedere, è bene però compiere una precisazione metodologica. Non è qui mio interesse approfondire la teoria di Bobbio sugli atti giuridici fondamentali, né mi interessa indagare l'evoluzione del pensiero di un tale autore (ad esempio, dalle sue posizioni fenomenologiche a quelle analitiche): il presente lavoro non è un contributo storico-ricostruttivo di idee altrui; esso mira ad approfondire alcuni aspetti dell'atto del comando, indagato in una prospettiva (tendenzialmente) neutra, volta a elaborare concetti per tematizzare meglio e meglio comprendere fenomeni giuridici. In particolare, muovendo dalle tesi di Bobbio, e facendole reagire criticamente con le (successive) ricerche di ontologia sociale (in particolare quelle di John R. Searle)⁶, intendo affermare alcune mie tesi sull'atto giuridico (in generale) e sull'atto del comando (in particolare). In tale contesto, le considerazioni compiute da Bobbio sugli atti giuridici fondamentali (così come quelle formulate dagli altri autori che considererò nel corso del lavoro) rilevano nella misura in cui recano intuizioni, suggestioni utili alla mia analisi⁷.

⁵ Il riferimento è a N. Bobbio, *L'indirizzo fenomenologico nella filosofia sociale e giuridica*, Giappichelli, Torino, 2018 (1934).

⁶ Sull'ontologia sociale la letteratura è ormai vasta. Oltre ai classici lavori di Searle – *Atti linguistici*, Bollati Boringhieri, Milano, 1976 (1969); “Per una tassonomia degli atti illocutori”, in M. Sbisà (a cura di), *Gli atti linguistici*, Feltrinelli, Milano, 1978 (1975), pp. 168-198; *La costruzione della realtà sociale*, Einaudi, Torino, 1996 (1995); *Creare il mondo sociale*, Raffaello Cortina, Milano, 2010 (2010); *Il mistero della realtà*, Raffaello Cortina, Milano, 2019 (2019), cui farò qui principalmente riferimento, mi limito a rinviare, in Italia, alla teoria artifattuale proposta da Corrado Roversi: *Costituire*, Giappichelli, Torino, 2012; “On the Artifact – and Natural – Character of Legal Institution”, in L. Burazin, K.E. Himma, C. Roversi (eds.), *Law as an Artifact*, Oxford University, Oxford, 2018, pp. 89-111; “Diritto posto, diritto creato”, in C. Sarra, M.I. Garrido Gomez (a cura di), *Positività giuridica*, Padova University, Padova, 2018, pp. 127-152; “Law as an Artifact”, in *Analisi e diritto*, (2019), n.2, pp. 41-86.

⁷ Un'altra precisazione: nel presente lavoro, parlando di ordinamenti giuridici, farò riferimento a ordinamenti positivi simili al nostro, anche se non posso escludere che le mie analisi non valgano anche per ordinamenti giuridici che positivi non sono.

1. Atti giuridici fondamentali secondo Norberto Bobbio

1.1. Promessa, sottomissione, comando

Secondo Bobbio, ciò che connota le relazioni giuridiche, e che le differenzia dalle altre relazioni sociali, è la loro *obbligatorietà*, ossia la presenza di una pretesa (da parte di qualcuno verso qualcun altro) e di una correlativa possibilità di effettiva costrizione (all'adempimento della pretesa)⁸: giuridici sono, pertanto, quegli atti che sono in grado di instaurare (o che presuppongono) una tale relazione.

In tale prospettiva, Bobbio individua due “atti giuridici fondamentali”, in quanto costitutivi di due differenti specie di relazioni giuridiche, di due differenti tipi di rapporto obbligatorio, cui, secondo Bobbio sarebbero riducibili tutti i singoli specifici rapporti giuridici: (i) da un lato, l'atto della *promessa*, in quanto “costitutivo del rapporto obbligatorio *tra eguali*”; (ii) dall'altro lato, invece, in quanto “costitutivo del rapporto obbligatorio *tra diseguali* (di cui uno è l'*inferiore*, l'altro il *superiore*)”, l'atto della *sottomissione*⁹.

Tanto il promettere, quanto il sottomettersi, osserva Bobbio implicano, da parte di chi compie l'atto, “l'assunzione di un *dovere* di compiere qualcosa che l'altro ha il *diritto* di esigere (e ne ha il diritto in quanto la sua pretesa può essere fatta valere con la forza, o in altre parole io ne ho il dovere in quanto vi possono essere costretto)”¹⁰. La differenza tra i due atti, invece, è così caratterizzata da Bobbio:

[L]a promessa è rivolta all'esecuzione di una *determinata* prestazione, che è l'oggetto diretto della mia promessa; la sottomissione, invece, si rivolge all'esecuzione di una prestazione *generica*, che non è oggetto diretto della sottomissione, ma che sarà determinata dall'altro attraverso un *comando*. Quindi l'oggetto specifico dell'atto della sottomissione non è una determinata prestazione, ma l'*obbedienza* al comando dell'altro, qualunque sia il dare o il fare che questo comando comporti¹¹.

⁸ Cfr. N. Bobbio, *Introduzione alla filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 1948, pp. 145-150. Una tale nozione di obbligatorietà comporta anche, secondo Bobbio (*ivi*, p. 153), la definizione di un rapporto di implicazione tra le due posizioni di *diritto* e di *dovere* che assumono, rispettivamente, le due parti coinvolte nella medesima relazione giuridica («l'atto giuridico è dunque un atto che pone in essere un rapporto di implicazione tra diritto e dovere»). Secondo Bobbio, gli atti giuridici sono una *species* del *genus* degli atti sociali intesi *à la* Reinach, ossia atti che sono rivolti all'altro e che richiedono necessariamente, per la loro realizzazione, di essere percepiti e intesi dall'altro – cfr. A. Reinach, *I fondamenti a priori del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 1990 (1913), p. 29 proprio con riferimento all'atto del comando.

⁹ N. Bobbio, *Introduzione alla filosofia del diritto*, cit. p. 155.

¹⁰ *Ivi*, p. 154.

¹¹ *Ibidem*.

In altre parole, secondo Bobbio, la promessa ha a oggetto uno specifico comportamento predeterminato (o una pluralità di comportamenti comunque predeterminati che, nel loro insieme, costituiscono un'unità, oggetto della promessa); la sottomissione, invece, ha a oggetto, genericamente, tutti i comportamenti che l'altro vorrà *comandare*. Promessa e sottomissione, pertanto, prosegue Bobbio, sono “atti costitutivi fondamentali”, in quanto fondanti due differenti specie di società giuridiche: (i) le società tra eguali (*societates aequalium*), esemplificate, secondo Bobbio, dalla società commerciale o dalla comunità internazionale, in cui vincoli giuridici nascono attraverso *promesse* reciproche; (ii) le società tra diseguali (*societates disaequalium*), che sarebbero invece esemplificate dalla famiglia o dallo Stato, in cui i vincoli giuridici sono prodotti da *comandi* impartiti dall'autorità, istituita attraverso un (precedente) atto di sottomissione da parte di coloro cui i comandi saranno rivolti¹².

1.2. Due tesi sull'atto del comando

Non è mio interesse approfondire la teoria degli atti giuridici fondamentali di Bobbio. Mi limito a sottolineare come, nell'ambito di tale teoria, il comando, pur configurandosi come un atto certamente rilevante per la costruzione di vincoli giuridici, tuttavia, *non* è un atto autonomo, ma è (verrebbe da dire) *derivato*: il comando, infatti, secondo Bobbio, necessita di un precedente atto di sottomissione, necessita, in altre parole, di un “fondamento”, di una “legittimazione”.

1.2.1. Più in particolare, nell'impostazione di Bobbio, il comando necessita di un certo *contesto* che, in qualche modo, lo deve “legittimare”: si deve trattare, in particolare, di un contesto di *relazioni gerarchiche*, relazioni di *potere* tra persone che si trovano in posizioni diseguali (in base a tali relazioni, coloro che sono superiori hanno, appunto, il potere di adottare comandi nei confronti di altri, gli inferiori, che a tali comandi devono obbedire). Si tratta di un contesto *normativo* (in senso lato), in quanto tali relazioni di potere sono *instaurate* (costituite) da norme o – per restare alla concezione di Bobbio – *atti* attributivi di potere. In particolare, come visto, Bobbio individua un tale atto costitutivo del contesto di relazioni gerarchiche nella sottomissione (compiuta da coloro che, in conseguenza di tale atto, assumeranno il ruolo di inferiori, nei confronti di coloro che, pertanto, assumeranno il ruolo di superiori).

A me pare evidente come un tale atto di sottomissione non sia un atto “reale” (un atto realmente “esistente”), nel senso che è difficile seriamente immaginare, in concreto, una dinamica di continui atti di sottomissione, ad esempio, da parte della totalità dei cittadini di uno Stato, o da parte dei figli nei confronti dei genitori (come visto, sono questi gli esempi di *societates disaequalium* forniti da Bobbio). Mi pare, piuttosto, che l'atto della sottomissione ipotizzato da Bobbio abbia una valenza quasi *ideologica*, che sembra evocare le teorie del contratto sociale (in una variante

¹² *Ivi*, p. 155.

simile a quella proposta da Hobbes). In tale prospettiva (ideologica), l'argomento di Bobbio pare volto a escludere, dall'insieme dei "veri" comandi, quelli che non sono legittimati entro una *societas*: ad esempio, il comando che il bandito rivolge al malcapitato, al fine di compiere una rapina o un'estorsione, non sarebbe un "vero" comando, ma si ridurrebbe a un mero atto di violenza, sarebbe un comportamento antisociale.

Oppure, se si vuole interpretare l'analisi di Bobbio nell'ambito di un terreno *logico*, di analisi dei fenomeni giuridici (tendenzialmente) neutra, allora l'atto della sottomissione potrebbe funzionare come una sorta di ipotesi logico-trascendentale, rispetto al contesto (normativo) di relazioni gerarchiche in cui coloro ai quali è stato conferito il relativo potere possono (validamente) adottare comandi: un po' come la *Grundnorm* kelseniana, ancorché formulata non nella prospettiva della (validità della) norma giuridica, ma nella prospettiva (della validità) dell'atto giuridico (la sottomissione finirebbe per diventare una sorta di *Grundakt*).

1.2.2. In ogni caso, al di là di questo ipotetico (forse fantomatico) atto della sottomissione, l'intuizione interessante che mi pare se ne ricavi è che l'atto del comando necessita di essere "legittimato" da/in un *contesto normativo* (costituito da relazioni gerarchiche di potere a loro volta legittimate da qualcos'altro), qual è anche, ad esempio, l'ordinamento giuridico.

Si tratta, quest'ultima, di un'idea che merita di essere precisata. Di tale idea, in particolare, sempre muovendo dalle considerazioni di Bobbio, è possibile fornire almeno due interpretazioni (non incompatibili tra loro).

Secondo una *prima* interpretazione, l'atto del comando necessita di essere legittimato da un contesto normativo (ordinamento) per poter effettivamente *obbligare* il destinatario del comando a compiere ciò che gli viene comandato. In altre parole, è l'*obbligatorietà* del comando (la sua forza vincolante) a dipendere dal contesto che autorizza il compimento del medesimo comando. Come visto, infatti, il punto su cui Bobbio concentra l'attenzione nell'analisi sugli atti giuridici è la capacità obbligente dell'atto, è il rapporto di obbligatorietà che connota ogni fenomeno giuridico; obbligatorietà che, secondo Bobbio, nel caso del comando, trae la propria origine non dal comando stesso, ma dal contesto normativo istituito dalla sottomissione. La tesi che ne discende è, quindi, che il comando non ha effetti vincolanti di per sé, ma la sua obbligatorietà deriva dal contesto normativo che lo legittima¹³.

Secondo una *seconda* interpretazione, invece, l'atto del comando necessita di essere "legittimato" da un contesto normativo (ordinamento) per la sua stessa esistenza, meglio per poter aver effettivamente *valere come comando*. In altre parole, è solo nell'ambito di un tale contesto normativo (di relazioni gerarchiche) che ha senso parlare di comandi (meglio: che un certo atto può essere un atto di

¹³ Una tesi non dissimile mi pare sostenuta anche da Reinach (*op. cit.*, pp. 47-48) secondo il quale il comando trae la sua obbligatorietà da un differente atto compiuto dal destinatario del comando, atto che può consistere (secondo Reinach) o in un (preventivo) atto di sottomissione, o in una (successiva) accettazione.

comando). Secondo Bobbio, infatti, al di fuori di un contesto di relazioni gerarchiche, a loro volta legittimate da altri atti giuridici (che si fondano, in ultima istanza, sull'atto della sottomissione) non v'è spazio concettuale per il comando:

Due uomini allo stato di natura (e quindi per ipotesi perfettamente eguali tra loro) oppure due Stati sovrani (e quindi in quanto sovrani giuridicamente eguali) compiono determinate prestazioni l'uno nei confronti dell'altro, in quanto hanno stipulato dei patti che sono uno scambio reciproco di *promesse*. Nessuno dei due ubbidisce genericamente al *comando* dell'altro [...]. Se uno dei due fosse tenuto all'obbedienza, ciò vorrebbe dire che alla base dei loro rapporti non c'è un'atto di promessa, ma da parte di uno nei confronti dell'altro un atto di *sottomissione*¹⁴.

Le due tesi sopra enunciate sono evidentemente connesse tra loro, se si considera che l'obbligatorietà è ciò che connota (anche intuitivamente) l'idea stessa di comando, e che distingue tale atto da altri atti che comandi non sono. Tuttavia, le due tesi possono essere mantenute distinte, in quanto si pongono su piani differenti: (i) la prima, secondo cui l'obbligatorietà del comando dipende dal contesto normativo che lo legittima, è una tesi che riguarda, propriamente, la *normatività* del comando, la sua capacità di porre vincoli in capo al suo destinatario; (ii) la seconda tesi, invece, secondo cui un comando è qualificabile come tale solo se compiuto nell'ambito di un contesto normativo/giuridico che lo legittima, è una tesi che riguarda la *giuridicità* del comando, i tipi di relazioni che esso deve/può intrattenere col diritto.

1.2.3. Personalmente ritengo che ambedue le tesi in esame non siano corrette, e più in generale sia scorretta l'idea per cui il comando derivi la sua possibilità d'esistenza e la possibilità di produrre effetti vincolanti da un contesto normativo, in particolare da un ordinamento giuridico (o, tanto meno, da un atto come la sottomissione).

Ritengo, infatti, che, se si considera il comando per quello che è, ossia prima di tutto un atto del linguaggio ordinario, e se – seguendo l'ontologia sociale di John R. Searle (in particolare di *Making the Social World*, 2010) – si riconosce al linguaggio ordinario un ruolo fondativo nella costruzione di quelli che egli chiama fatti istituzionali [*institutional facts*], allora si dovrebbe concludere che il comando, per essere tale e per produrre effetti vincolanti, non necessita di alcun contesto normativo che lo legittima, oltre al linguaggio ordinario condiviso in una certa comunità. Piuttosto, a mio avviso, è il contesto normativo entro cui il comando può trovare legittimazione (in particolare, il diritto positivo) che, nel costruire i propri tipi di atti imperativi (che intende legittimare), deve necessariamente presupporre il concetto dell'atto (linguistico) del comando e la sua pragmatica.

Cercherò di sviluppare meglio un tale argomento *sub 2* e *sub 3*.

¹⁴ N. Bobbio, *Introduzione alla filosofia del diritto*, cit., p. 155.

2. L'atto del comando e il suo contesto normativo di legittimazione

La tesi secondo la quale un certo atto, per essere un comando (per valere, per essere qualificabile come comando) necessita di essere legittimato entro un certo contesto normativo (tipicamente, un ordinamento giuridico) può essere approfondita (e testata) muovendo dalla nota distinzione kelseniana tra significato oggettivo e significato soggettivo d'un atto.

2.1. Significato soggettivo e oggettivo d'un atto secondo Hans Kelsen

2.1.1. Come noto, secondo Hans Kelsen, le norme giuridiche sono schemi qualificatori che consentono di attribuire a un fatto, a un comportamento, sensorialmente possibile, che si svolge nello spazio e nel tempo, un *significato giuridico*, “cioè il significato che l'atto ha giuridicamente”: ciò è “il risultato di una specifica qualificazione, e precisamente di una qualificazione normativa”. Che la morte d'un uomo, cagionata da un altro uomo, sia qualificabile come esecuzione di una sentenza capitale, oppure come un omicidio, dipende dalle norme dell'ordinamento, così come sono sempre le norme d'un ordinamento a qualificare come conclusione di un contratto lo scambio di due lettere che si spediscono due persone, o a qualificare come testamento un certo scritto su un pezzo di carta con cui qualcuno dispone dei suoi beni in caso di morte¹⁵.

Peraltro, osserva Kelsen, il materiale che è normalmente oggetto di qualificazione normativa, poiché consiste in un comportamento umano, “può benissimo portare con sé una qualificazione di sé stesso”: colui che agisce, e tiene un certo comportamento, normalmente “ricollega, al suo atto un significato determinato che si esprime in qualche modo e che viene compreso da tutti”¹⁶. Si tratta di ciò che Kelsen chiama il significato soggettivo di un atto, che deve essere distinto dal significato oggettivo, ossia dal significato attribuito a quel comportamento dalle norme di un ordinamento.

Il significato soggettivo d'un atto può, ma non necessariamente deve, coincidere con quello oggettivo. Se dispongo per iscritto dei miei beni in caso di morte, ma ho commesso alcuni errori di forma, allora, secondo Kelsen, “il senso soggettivo di questo atto è un testamento; ma oggettivamente, giuridicamente, non lo è”; allo stesso modo, quando un'organizzazione segreta, nell'intento di liberare la patria da persone pericolose, condanna a morte un individuo e incarica una persona di fiducia di eseguire la condanna “quella che essa stessa soggettivamente ritiene e definisce una condanna a morte, questa è oggettivamente, giuridicamente, non già l'esecuzione di una sentenza capitale, bensì un assassinio della santa Feme”;

¹⁵ H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1952 (1934), pp. 48 e 50; *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1966 (1960), pp. 10 e 12.

¹⁶ H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit. p. 49; *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 11.

e, ancora, quello che fece il c.d. capitano di Köpenik “era un atto che, nel suo significato soggettivo, voleva essere un ordine amministrativo. Oggettivamente però non lo era; era invece un delitto”, in particolare una truffa¹⁷.

2.1.2. Prima di procedere, mi pare utile compiere due osservazioni.

La prima riguarda il significato di ‘significato soggettivo d’un atto’. Come si nota dagli esempi di Kelsen, parlando di significato soggettivo, non deve intendersi (necessariamente) un significato che il comportamento ha *solo* per colui che lo compie (come potrebbe aversi nel caso di un matto che si comporta come un capostazione e tenta di far partire i treni¹⁸): anzi, quel significato, come precisa lo stesso Kelsen, è (normalmente) condiviso, e riconosciuto come tale, anche da altri membri della comunità umana in cui si innesta quell’ordinamento (e che assistono al compimento di quell’atto). Così avviene nel caso del testamento irregolare: qualora, ad esempio, il testo del documento fosse rivenuto dagli eredi, questi riconosceranno, in quel documento, un testamento, ancorché irregolare. E così avviene anche nella truffa perpetrata dal capitano di Köpenik, che ha indotto i soggetti truffati a ritenere che la sua richiesta fosse un ordine amministrativo.

Nel caso della società segreta sovversiva, addirittura, il significato di condanna e di esecuzione della sentenza non solo è un significato condiviso da tutti i componenti di tale organizzazione, ma, all’interno di quell’organizzazione (che potrebbe essere concepita come un ordinamento, in conflitto con quello statale¹⁹), esso corrisponde al significato oggettivo che costituisce il risultato di una qualificazione compiuta alla luce delle norme dell’organizzazione medesima.

Come mostra quest’ultimo esempio, dunque, il significato soggettivo di cui Kelsen parla non è solo (almeno non sempre) qualcosa di psicologico (interno alla mente di una o più persone), ma può essere anche un significato attribuito da un sistema di regole, sebbene si tratti di un sistema “esterno” (*estraneo*) al contesto normativo che si assume a riferimento per stabilire il significato oggettivo di quel comportamento.

La seconda riflessione, che gli esempi di Kelsen suscitano, riguarda, invece, il significato oggettivo d’un atto, il significato cioè che un sistema di regole (ordinamento) attribuisce a un certo comportamento. Si tratta, come visto, d’una *qualificazione* che le norme di quel sistema operano. Ma, a ben vedere, diversi possono essere i modi del qualificare. A mio avviso, ne sono possibili almeno due:

- (A) in alcuni casi, le norme possono limitarsi a qualificare un comportamento (materiale) che esiste indipendentemente dal sistema di regole: ciò avviene,

¹⁷ “Capitano di Köpenick” era l’appellativo di un truffatore reso celebre da un’impresa portata a termine nel 1906, in cui, travestito da ufficiale prussiano, si presentò al municipio di Köpenick e “confiscò” una ingente somma di danaro, accusando il Sindaco e il tesoriere di irregolarità sui bilanci. L’artificio del finto capitano aveva indotto i terzi a credere che egli stesse effettivamente compiendo un atto di confisca: in realtà, appunto, non di confisca si trattava, ma di una truffa.

¹⁸ Alludo, qui, all’esempio formulato da M. Jori, *Del diritto inesistente*, Ets, Pisa, 2010, pp 11-12.

¹⁹ Il riferimento è, invece, qui, a S. Romano, *L’ordinamento giuridico*, Sansoni, Firenze, 1951, pp. 43-46.

ad esempio, con riferimento alla morte d'un uomo, che può essere qualificata come omicidio o come esecuzione d'una sentenza capitale; più in generale, così si comportano le regole che qualificano come illecito un certo comportamento (si pensi alle norme sul reato di truffa, sotto le quali ricade il comportamento del falso capitano di Köpenik);

- (B) in altri casi, invece, la qualificazione è operata all'interno di un insieme di norme che costituiscono una certa attività la quale, al di fuori dell'ordinamento, non sarebbe possibile: ciò avviene nell'esempio del testamento, che è un'attività, in qualche modo, costituita dall'insieme di regole dell'ordinamento che ne definiscono le condizioni per la valida esecuzione e ne fissano gli effetti (in termini di produzione di diritti e pretese) in quell'ordinamento (effetti per la tutela dei quali l'ordinamento predispone appositi rimedi, implicanti anche l'uso organizzato della forza)²⁰.

2.2. Il linguaggio ordinario nella determinazione del significato soggettivo e oggettivo di comando

Si può ora estendere il discorso *sub* 2.1 all'atto del comando. Innanzi tutto, si può convenire sul fatto che, all'interno di un ordinamento giuridico, hanno significato oggettivo di comando tutti quegli atti con cui un certo individuo (o un gruppo di individui), adotta un certo atto imperativo, avendone la competenza (l'autorità) in base alle norme di quell'ordinamento, e avendo rispettato le condizioni (formali e materiali) previste dal medesimo ordinamento con riferimento a quel relativo tipo di atto (la fenomenologia è davvero ampia e va dall'atto con cui un sindaco, per ragioni di incolumità pubblica, proibisce l'accesso a determinate aree cittadine colpite da un evento sismico; agli imperativi contenuti in una legge adottata da un'assemblea legislativa²¹).

²⁰ Formulo la distinzione a partire da una suggestione che mi ha offerto R. Guastini, "Cognitivismo ludico e regole costitutive", in A. Rossetti, M.Q. Silvi (a cura di), *Oltre la costitutività*, Editoriale scientifica, Napoli, 2021 (1983), pp. 107-108. Analizzando criticamente le tesi di Searle su fatti istituzionali e regole costitutive, Guastini distingue, tra l'altro, due sensi di 'fatto istituzionale': in un primo senso, "è istituzionale un fatto, anzi, un atto che non è costituito da un sistema normativo; che è possibile indipendentemente da regole: ma che – da una regola – riceve un senso (o, come anche possiamo dire, una qualificazione normativa). A questo riguardo, possiamo parlare di attività dotate di senso o qualificate da una regola"; in un secondo senso, invece, "è istituzionale un fatto, che è costituito da un sistema normativo, e non sarebbe possibile indipendentemente da quel sistema normativo. Per designare questi eventi possibili solo all'interno di una istituzione, possiamo conservare il nome di fatto istituzionale". Non so se la distinzione di Guastini sia corretta: certo è che, a mio avviso, anche i fatti istituzionali del secondo tipo, proprio in quanto costituiti da un insieme di regole, hanno la funzione di qualificare quei comportamenti che costituiscono una concreta occorrenza della pratica istituzionale costituita (in termini astratti e tipici) dal contesto normativo.

²¹ Si assume qui, d'accordo ad esempio con N. Bobbio, *Teoria generale del diritto*, cit., pp. 85-87 – che sul punto critica la diversa concezione di K. Olivecrona, "L'imperativo della legge", in *Jus*,

In tutti tali casi, il senso oggettivo di comando discende da una pluralità di norme che, all'interno dell'ordinamento, costituiscono i vari tipi di atti imperativi rilevanti in quell'ordinamento che, se validamente eseguiti, producono determinati vincoli, situazioni di obblighi e pretese, per la cui tutela il medesimo ordinamento predispone appositi rimedi (implicanti anche l'uso organizzato della forza). In questo caso, a ben vedere, la qualificazione d'un certo comportamento come comando avviene secondo il modello *sub B*: v'è un insieme di norme che costituiscono una certa attività giuridica (l'ordinanza del sindaco, il decreto prefettizio, la legge, ecc.) che al di fuori di quell'ordinamento non sarebbe possibile.

Ha, invece, solo significato soggettivo di comando l'atto con cui il bandito intima al proprio malcapitato "O la borsa o la vita!". Il significato oggettivo che ha tale atto, invece, è quello d'un reato, in particolare d'una rapina. Anche tale significato oggettivo deriva dalle norme dell'ordinamento, ma il modo di qualificare, qui, risponde al modello *sub A*: si tratta di norme che istituiscono e puniscono il reato di rapina, ossia norme che offrono meri schemi di qualificazione normativa di condotte materiali preesistenti all'ordinamento stesso, possibili anche al di fuori di quell'ordinamento.

2.2.1. Conviene soffermarsi su quest'ultimo esempio, del bandito che comanda "O la borsa o la vita!". Esso mi pare utile per testare la tesi secondo la quale un certo atto, per valere come comando, richiede di essere legittimato in un contesto normativo di relazioni gerarchiche.

A tal fine, ci si può chiedere, innanzi tutto, da dove l'enunciazione del bandito ("O la borsa o la vita!") ricavi il suo senso soggettivo di comando. Certamente non è un significato meramente psichico: il poveruomo, nei cui confronti l'enunciazione è diretta, riconosce, anch'egli, in quell'enunciazione un comando. Anzi, l'atto del bandito integra, qui, tutti gli elementi della definizione che di comando danno, ad esempio, Austin e Carnelutti, i quali ritengono necessario che il precetto sia completato dalla minaccia d'una sanzione²² (ed è la "serietà" del comando, che si manifesta nella "serietà" della minaccia, a indurre il malcapitato a consegnare il malloppo al delinquente).

Tuttavia, il rapporto tra bandito e malcapitato non pare riconducibile a un particolare contesto normativo, come avviene, invece, nell'esempio kelseniano dell'associazione segreta (anche se assumessimo che il brigante sia parte di una confraternita di malviventi – di cui attua le direttive o le decisioni malavitose, il malcapitato sarebbe comunque un soggetto esterno, estraneo, a quel contesto normativo). Né, a maggior ragione, il rapporto tra brigante e malcapitato è assimilabile a quello del sindaco di Köpenik e del finto capitano: infatti, (i) il finto

(1954), n. 4, pp. 451-463 – che non vi siano reali differenze tra comandi impartiti in contesti a due e quelli adottati da assemblee legislative (c.d. imperativi impersonali).

²² Cfr. ad esempio Carnelutti, *op. cit.*, p. 38: "Un comando non è altro che la *minaccia di una sanzione a chi tenga o non tenga un determinato contegno*. [...] In quanto minaccia la sanzione, il comando impone quel contegno, che altrimenti sarebbe soltanto consigliato [...]. Altro è l'*indicazione* al contegno (*precetto*), altro la sua *imposizione* (*comando*). Il precetto non è il comando ma un elemento del comando: il comando è un precetto sanzionato".

capitano spaccia il proprio comando per un tipo di comando costruito dall'ordinamento giuridico in egli cui opera; la sua contraffazione si compie quindi *all'interno* di un contesto normativo nel quale il sindaco ha l'autorità di sindaco, ed è proprio in ragione di quel contesto che il sindaco crede di trovarsi di fronte a un capitano dell'esercito che gli ordina di aprire le casse del Municipio; (ii) il rapinatore, invece, deve far capire al rapinato che il suo è un comando che, sebbene non sia contemplato tra i tipi di provvedimenti prescrittivi previsti dall'ordinamento giuridico applicabile ai loro rapporti, resta comunque un comando, vincolante.

Almeno a prima vista, il rapporto che si instaura tra bandito e malcapitato sembra un rapporto di mero fatto, e la relazione di supremazia entro cui l'atto si colloca, è una situazione di superiorità fattuale (del bandito), una situazione di sopraffazione (situazione che si manifesta, come visto, nella minaccia che accompagna il comando).

Ma, se ben si osserva, proprio per instaurare un tale rapporto, il bandito si serve di uno strumento istituzionale, si serve cioè del linguaggio ordinario (condiviso tra i due soggetti) che egli usa, appunto, per impartire il comando alla sua vittima (e ciò anche senza avere conoscenza dell'ordinamento giuridico). Il bandito, infatti, usa un linguaggio, il linguaggio ordinario, che anche la sua vittima intende²³; e ricorre a tale linguaggio per impartire il comando al malcapitato di consegnarli la borsa. Così facendo, il bandito presuppone (e rappresenta alla sua vittima) di avere un potere sull'interlocutore, di poter ricorrere alla coercizione in caso di inadempimento al comando, ancorché si tratti di un potere di mero fatto: infatti, come è stato acutamente osservato, “comandare è un modo di affermare la propria potenza”²⁴.

Ma un tale “messaggio”, una tale affermazione della propria potenza, può essere manifestato dal bandito alla sua vittima proprio perché, nell'ambito del linguaggio ordinario praticato dai due soggetti coinvolti, il verbo ‘comandare’, e il termine ‘comando’, sono usati normalmente con una certa funzione comunicativa tipica, connotata da una specifica forza illocutoria e da specifiche presupposizioni: tra tali presupposizioni, come visto, v'è quella per cui chi impartisce il comando si trova in una situazione di potere (di supremazia, anche fattuale) nei confronti del destinatario, ed è su tale posizione che chi comanda fonda la propria pretesa che il destinatario del comando vi obbedirà.

In altre parole: il bandito, comandando alla sua vittima di consegnargli la borsa (sotto la minaccia di usare violenza), presuppone di essere in una posizione di forza, mentre la vittima viene a conoscenza di tale posizione (meglio: viene a conoscenza del fatto che il bandito ritiene di trovarsi in tale posizione) perché riconosce, nelle parole del bandito, l'esecuzione d'un atto di comando; ciò in quanto

²³ Ovviamente, il linguaggio impiegato non necessita di essere “parlato”: esso può essere anche gestuale, o realizzarsi in un c.d. contegno significativo; ciò che conta è che vi sia un codice semiotico condiviso. Cfr. M.Q. Silvi, “Diritto muto?”, in *Rivista di filosofia del diritto*, (2020), n. 1, pp. 197-217.

²⁴ F. Cordero, *Gli osservanti. Fenomenologia delle norme*, Giuffrè, Milano, 1967, p. 159.

il concetto del comando ha una tale presupposizione (di supremazia da parte di colui che comanda).

Insomma, è lo stesso linguaggio ordinario (usato anche dal bandito e dalla vittima) che costituisce il contesto normativo entro cui il comportamento del bandito è riconosciuto come un comando (ovviamente, laddove il bandito abbia soddisfatto tutte le condizioni di felicità richieste dal concetto di comando).

2.2.2. Quest'ultimo aspetto sarà ripreso *sub* 3. Prima di procedere, mi pare utile compiere anche un'altra precisazione, sempre relativa all'esempio del bandito che intima al malcapitato di consegnargli il danaro che ha con sé, e al suo significato oggettivo di rapina.

Se ben si osserva, un tale significato oggettivo, attribuito al comportamento del delinquente in virtù della norma penale, presuppone necessariamente che quel comportamento sia un comando, ossia abbia il significato soggettivo di comando. In altre parole, per poter qualificare illecita la condotta del rapinatore che intima "O la borsa, o la vita!", è necessario che si riconosca che quell'enunciazione sia l'esecuzione d'un comando (in particolare, d'un comando "non autorizzato" dall'ordinamento)²⁵.

Si badi: la qualifica normativa cade qui non su un comportamento bruto (come può avvenire, ad esempio, nel caso dell'omicidio), ma su un atto istituzionale, anche se si tratta di un atto istituzionale che non è costituito dalle regole dell'ordinamento entro cui avviene la qualificazione: quell'atto istituzionale, tuttavia, da quell'ordinamento, è presupposto e riconosciuto come tale.

Come visto, l'atto istituzionale in questione è un atto del linguaggio ordinario in uso nella comunità umana in cui quel particolare ordinamento giuridico si innesta. E un tale linguaggio è già impiegato, dagli appartenenti a quella comunità, come primo strumento non solo per comunicare idee e compiere affermazioni, ma anche per interagire tra loro: per fare promesse, impartire comandi, compiere accuse, perdonare, ecc.

Di questi usi del linguaggio ordinario, meglio di queste interazioni che possono realizzarsi (anche) attraverso l'impiego del linguaggio ordinario, l'ordinamento giuridico non può non tener conto; e ciò in almeno due direzioni.

²⁵ Come noto, col reato di rapina si punisce (in termini tipici) lo spoglio che avviene con violenza o minaccia (*vi* o *metu*): tra le possibili e varie modalità con cui una rapina può essere (concretamente) perpetrata, ho ipotizzato il caso d'un brigante che impartisca un comando ("O la borsa!") assistito da una minaccia ("O la vita!"), ovviamente credibile. Col reato di rapina, quindi, non si punisce (tanto) un comando "non autorizzato", ma la minaccia (seria) utilizzata per conseguire uno spoglio che, nel mio esempio, si realizza mediante l'adempimento (della vittima) al comando impartito dal rapinatore. Comandare e minacciare sono, e restano, atti concettualmente diversi. Allo stesso modo, rispetto al caso del falso capitano di Köpenik, il reato di truffa non punisce (in generale) le confische non autorizzate, ma lo spoglio che avviene attraverso artifici e raggiri: artifici e raggiri che, nell'esempio, furono realizzati dal truffatore col suo travestimento, e altri accorgimenti che ebbero l'effetto di ingenerare (nei truffati) la falsa rappresentazione dell'esecuzione d'una confisca, e il conseguente impossessamento (da parte del truffatore) del danaro pubblico.

- (i) In primo luogo, il diritto (nella sua continua valutazione e bilanciamento tra interessi confliggenti) può decidere di ostacolare alcune di quelle interazioni, che valuta negativamente, qualificandole come illecito (ai fini dell'applicazione d'una sanzione): è quanto avviene nel caso della rapina, in cui il diritto mira a stigmatizzare un insieme di condotte, tra cui anche l'impiego di comandi e minacce per impossessarsi della roba altrui.
- (ii) In secondo luogo, il diritto, nella misura in cui (per la tutela e promozione degli interessi che ritiene meritevoli) costruisce i propri strumenti per consentire, alle persone appartenenti alla comunità umana in cui esso innesta, di porre in essere un'interazione giuridicamente rilevante (ossia produttiva di effetti per la tutela dei quali sono predisposti appositi rimedi), ecco che, il diritto fa ricorso al "materiale" che trova già dato nell'ambito di quella comunità: in particolare, tra tale "materiale" esso rinviene (anche) gli atti linguistici che sono utilizzati (a livello extra-giuridico) per assumere impegni, muovere accuse, fare regali, impartire comandi, rinunciare a pretese, ecc.

E così, ad esempio, dell'atto del comando in uso nel linguaggio ordinario, l'ordinamento si serve per costruire i "suoi" comandi, ossia quegli atti con funzione prescrittiva i quali, soltanto, sono destinati a produrre effetti vincolanti all'interno dell'ordinamento giuridico (per la tutela dei quali effetti l'ordinamento predispone appositi rimedi). Tutti questi atti potranno avere *nomina* diversi, diversa struttura, differenti contenuti: possono essere ordinanze del sindaco contingibili e urgenti, possono essere prescrizioni puntuali impartite con decreti, possono essere ordini di esibizione o di comparizione impartiti dall'autorità giudiziaria o di polizia, obblighi e divieti previsti dalla legge; ma in tutti questi casi si tratta, in fondo, di *comandi*.

Si osservi: negli esempi di comandi ora elencati il diritto non qualifica un comportamento preesistente all'ordinamento stesso; le ordinanze del Sindaco non sono possibili al di fuori dell'ordinamento giuridico. Tuttavia, l'ordinanza del Sindaco presuppone (verrebbe da dire) in modo logicamente necessario l'atto del comando in uso nel linguaggio ordinario: se non conoscessimo già l'atto del comando, l'ordinanza del Sindaco non sarebbe idealmente concepibile²⁶.

3. Il comando nel linguaggio ordinario e nel diritto

Le analisi compiute *sub* 2 suggeriscono almeno due ipotesi.

²⁶ Queste ultime considerazioni, compiute con riferimento all'atto del comando, e alle possibili relazioni che intercorrono tra l'atto linguistico del comando (il comando in uso nel linguaggio comune) e i comandi "costruiti" dal diritto positivo, valgono a ben vedere più in generale, per ogni atto linguistico. Si pensi al caso (quasi classico) della promessa: il diritto costruisce le "sue" promesse, impiegando tale concetto nella costruzione di una ricca e variegata fenomenologia di atti giuridici (dalle promesse unilaterali, ai contratti con effetti obbligatori, alle fideiussioni, ecc.), ma, al contempo, interviene anche a qualificare come reato alcune condotte che si possono realizzare mediante promesse (cfr. a mero titolo d'esempio l'art. 322 c.p.).

La prima è che il comando, in quanto atto del linguaggio ordinario, per essere tale non richieda un particolare contesto normativo di legittimazione, bastando a sé stesso, ossia trovando un tale contesto nello stesso linguaggio ordinario. Allargando la visuale, la (ulteriore) ipotesi che se ne può ricavare è che il linguaggio ordinario sia il fondamento ultimo dell'attività istituzionale.

La seconda ipotesi è che vi sia un particolare rapporto tra il diritto, meglio tra gli atti giuridici costruiti dai singoli ordinamenti giuridici, e gli atti del linguaggio ordinario: in particolare, l'ipotesi è che vi sia una sorta di rapporto di *dipendenza* tra (per restare all'esempio del comando) i vari tipi di comandi, di atti imperativi, costruiti dal diritto positivo, e il concetto di comando in uso nel linguaggio ordinario proprio della comunità umana in cui quel diritto positivo si innesta (tale concetto è presupposto dai, o riprodotto nei comandi costruiti dal diritto positivo).

Nel chiarire e illustrare meglio tali due ipotesi, dovrebbero trovare miglior luce il problema della giuridicità e della normatività del comando.

3.1. Normatività del linguaggio ordinario

Come anticipato, l'idea secondo la quale il linguaggio ordinario stia alla base della restante realtà istituzionale è sostenuta, ad esempio, da John R. Searle in un libro del 2010 (*Making Social World*), in cui – sviluppando e correggendo sul punto la sua ontologia sociale sino ad allora sviluppata – ha dedicato gran parte di questo lavoro ad argomentare tale tesi²⁷.

In estrema sintesi, il punto d'avvio di Searle è sostenere che gli atti del linguaggio ordinario, diversamente dagli altri fatti istituzionali, possiedono una loro *intrinseca normatività*. Ciò in quanto, secondo Searle, gli atti del linguaggio ordinario comporterebbero, per chi li compie, l'assunzione di determinati *impegni* (pubblici) e *responsabilità*, tipicamente connessi con la funzione comunicativa tipica dell'atto linguistico che si sta compiendo (connessi cioè con la funzione comunicativa tipica di quell'atto). Così, ad esempio, secondo Searle, “non puoi spiegare cos'è una promessa o un'affermazione senza spiegare che le affermazioni impegnano chi le fa nell'asserire la verità di quanto detto e che le promesse impegnano chi le fa a mantenerle. In ambedue i casi, l'impegno è *interno* all'atto linguistico, dove con 'interno' intendo che non potrebbe essere il tipo di atto linguistico che è, non potrebbe essere quel preciso genere di atto linguistico se non comportasse quell'impegno”²⁸.

²⁷ In tale prospettiva, pertanto, Searle finisce per ritrattare esplicitamente le sue analisi degli atti linguistici condotte in termini di regole costitutive (svolte in *Atti linguistici*, cit., e in *La costruzione della realtà istituzionale*, cit.). Così scrive J.R. Searle, *Creare il mondo sociale*, cit., p. 151: “Nella mia prima ricerca sul linguaggio, ho provato a usare l'analogia tra i giochi e gli altri fenomeni istituzionali per spiegare il linguaggio. Provavo a spiegarlo mostrando che esso era come i giochi. Adesso sto dicendo che l'esistenza dei giochi e degli altri fenomeni istituzionali non linguistici può essere spiegata solo in termini di linguaggio”.

²⁸ J.R. Searle, *Costruire il mondo sociale*, cit., p. 109.

Si badi: se ci soffermiamo sugli impegni che connotano gli atti linguistici portati ad esempio da Searle (asserzione e promessa), si può notare una differenza di cui vale la pena dare conto. A me pare, in particolare, che la (intrinseca) *normatività* di tali atti si articoli su almeno due livelli.

A un *primo* livello, vi sono impegni che il parlante assume nell'esecuzione d'un atto, i quali impegni hanno a oggetto quelli che Searle chiama gli scopi illocutori [*illocutory purposes*] dell'atto²⁹. Ciò nel senso che chi compie l'atto (meglio, la comunità dei parlanti ritiene che chi compie un atto linguistico) assume implicitamente (nei confronti degli interlocutori che condividono il medesimo linguaggio) l'impegno di volere effettivamente gli effetti comunicativi tipici di quell'atto: così, chi fa una promessa implicitamente si impegna a voler effettivamente obbligarsi nei confronti del promissario; mentre chi compie un'asserzione vuole effettivamente rendere una descrizione vera d'un fatto. Tale forma di normatività, connessa alla *funzione* dell'atto (funzione intesa come scopo tipico), vale per qualunque atto del linguaggio ordinario³⁰.

A un *secondo* livello, invece, vi sono anche specifici effetti normativi che dipendono dagli effetti dell'atto linguistico in esame, effetti essenziali che, in alcuni casi, consistono nella produzione (modificazione o estinzione) di fatti istituzionali, quali diritti, pretese, responsabilità, ecc. Questa forma di normatività, che attiene alla *struttura* dell'atto (in particolare ai suoi effetti), non vale per tutti gli atti di linguaggio ma solo per quel sottoinsieme di atti che, per impiegare il lessico proposto da Amedeo G. Conte, sono *atti thetici*: sono, gli atti (performativi) thetici, atti (linguistici) attraverso l'esecuzione dei quali avviene la produzione (o l'estinzione) d'uno stato di cose istituzionale (responsabilità, impegni, pretese, *status*, ecc.)³¹. Per restare agli esempi di Searle, l'asserzione non è un atto thetico, in quanto chi asserisce qualcosa si limita a descrivere uno stato di fatto che sussiste a prescindere dal suo dire; chi invece compie una promessa, invece, altera la realtà istituzionale preesistente, attribuendo al promissario una pretesa e assumendo un impegno che, prima della promessa, non sussistevano.

²⁹ Lo scopo illocutorio d'un atto linguistico è, secondo Searle, "Per una tassonomia degli atti illocutori", cit., p. 170, la ragion d'essere d'un atto che, in qualche modo, ne determina gli effetti comunicativi essenziali (sulla nozione di "effetto essenziale" d'un atto in Searle, cfr. nota 37): "Lo scopo o ragion d'essere di una dichiarazione va ricercato nel suo essere una rappresentazione (vera o falsa, accurata o meno) di come qualcosa è. Lo scopo o ragion d'essere di una promessa va ricercato nel suo essere una assunzione, da parte del parlante, do un impegno a fare qualcosa".

³⁰ È la presenza di tali impegni pubblici che consente, ad esempio, di formulare promesse con la riserva mentale di non mantenerle, e più in generale atti "insinceri", come una domanda di cui conosciamo già la risposta, o una richiesta ipocrita (cfr. ad esempio J.L. Austin, *Come fare cose con le parole*, Marietti, Genova, 1987 (1962), pp. 33-42; J.R. Searle, "Per una tassonomia degli atti illocutori", cit., pp. 94-95; A. Reinach, *op. cit.*, pp. 32-33; sia consentito sul punto rinviare anche a M.Q. Silvi, *La melanconia del pedone. Saggio sulla funzione dell'atto giuridico*, Aracne, Roma, 2017, pp. 47-50).

³¹ Cfr. ad esempio A.G. Conte, "Aspetti della semantica del linguaggio deontico", in G. Di Bernardo (a cura di), *Logica, deontica e semantica*, Il Mulino, Bologna, 1977 (1976), p. 160; "Il linguaggio dell'atto", in Id., *Filosofia del linguaggio normativo. III. Studi 1995-2001*, Giappichelli, Torino, 2001, p. 960.

Ritornerei su questi aspetti *sub* 3.3. Per ora è sufficiente osservare che, a partire da una tale normatività, che *intrinsecamente* e intimamente connota gli atti del linguaggio ordinario, Searle conclude che, per esistere come fatti istituzionali, gli atti del linguaggio ordinario non necessitano di altre istituzioni, né di altri contesti normativi, oltre a loro stessi. In tale prospettiva, per riprendere i termini impiegati *supra* con riferimento all'atto del comando, il contesto normativo che legittima un tale atto, rendendolo l'atto che esso è, si esaurisce nello stesso linguaggio ordinario, nell'uso che una determinata comunità umana fa di enunciati del tipo: 'Ti comando A', 'Ti ordino A', 'Fa' A'.

È interessante, al riguardo, notare che Searle, proprio alla luce di tale tesi, critica l'utilità esplicativa delle teorie del contratto sociale (teorie all'interno delle quali, come visto *sub* 1, potrebbero trovare cittadinanza anche le riflessioni di Bobbio sull'atto della sottomissione). Secondo Searle, infatti:

[u]na volta che avete un linguaggio condiviso, avete già un contratto sociale, quindi avete una società. Se con "stato di natura" intendiamo uno stato in cui non ci sono istituzioni umane allora per gli animali che parlano una lingua non c'è niente che assomigli a uno stato di natura. [...] Si può avere una società che ha un linguaggio, ma non uno stato, la proprietà privata o il denaro. Di contro, però, non si può avere una società che ha uno stato, la proprietà privata o il danaro, ma non ha un linguaggio³².

In altre parole, (i) mentre un qualunque fatto istituzionale diverso dal linguaggio ("fatto istituzionale non linguistico" nel lessico di Searle) è determinato, costituito, da una convenzione, da regole che, per esistere, necessitano di un linguaggio condiviso; (ii) gli atti del linguaggio ordinario ("fatto istituzionale linguistico"), invece, dipendono unicamente dall'uso che facciamo del linguaggio stesso, da come usiamo le parole di quel linguaggio, appunto, per compiere gli atti linguistici corrispondenti³³.

3.2. Dimensione concettuale e dimensione normativa d'un atto giuridico

L'ipotesi secondo la quale il linguaggio ordinario è il fondamento ultimo dell'intera realtà istituzionale, quindi anche di quella giuridica, rafforza l'ipotesi secondo la quale gli atti giuridici (meglio, i concetti degli atti giuridici costruiti dal diritto positivo) *dipendano* dagli atti (meglio, dal concetto degli atti) del linguaggio ordinario praticato dalla comunità umana in cui quell'ordinamento si innesta.

Una tale dipendenza è, peraltro, il riflesso della dipendenza delle forme del linguaggio giuridico da quello ordinario. Come ha correttamente osservato, ad esempio, Mario Jori, il linguaggio giuridico, pur presentando una diversa "pragmatica" di fondo, che lo distingue da quello ordinario, per poter comunque

³² J.R. Searle, *Creare il mondo sociale*, cit., pp. 80-81.

³³ Cfr. *ivi*, p. 147.

funzionare correttamente, deve mantenersi necessariamente “coestensionale” rispetto a quest’ultimo, nel senso che “il fenomeno di cui parlano [i due linguaggi] deve essere più o meno lo stesso”³⁴.

Coestensionalità non è altro che dipendenza delle forme del linguaggio giuridico dalle forme del linguaggio ordinario, ed è una *necessità* di tipo pragmatico, che discende dalle stesse modalità con cui opera il linguaggio giuridico: d’accordo con Jori, infatti, se il linguaggio giuridico si slega da quello ordinario e dal senso comune, è l’intero ordinamento giuridico che entra in crisi; e ciò in quanto il diritto (diversamente da altri ambiti della cultura umana, quali le scienze naturali) “non deve essere applicato solo dalle istituzioni, ma da tutti”, sia dai tecnici operatori del diritto (funzionari, avvocati, giudici, ecc.), sia (soprattutto) dalla gente comune³⁵.

Su queste premesse, è possibile, a mio avviso, affermare una concezione – che altrove ho più ampiamente difeso³⁶ – la quale (i) vede gli atti giuridici come *forme tipiche d’azione*, costruite dal diritto in funzione di determinati scopi (anch’essi identificati in modo tipico), e (ii) afferma che, proprio seguendo le ragioni della coestensionalità (e in ragione della natura intrinsecamente normativa del linguaggio ordinario), gli atti giuridici costruiti dal diritto positivo sono *declinazioni* di atti del linguaggio ordinario in uso nella comunità umana in cui l’ordinamento positivo si innesta, presupposti o riprodotti dal medesimo ordinamento nella costruzione dei singoli tipi di atti giuridici. Rispetto al singolo tipo di atto giuridico, pertanto, è possibile isolare:

- (i) una *dimensione concettuale* dell’atto del linguaggio ordinario (che quello giuridico riproduce o presuppone), caratterizzata dagli effetti comunicativi tipici dell’atto linguistico³⁷, dalle sue condizioni di validità (c.d.

³⁴ M. Jori, *Del diritto inesistente*, cit., p. 141, in cui prosegue: “Per le scienze naturali le ragioni della coestensionalità sono ampiamente superate, oggi, dai vantaggi apportati da un linguaggio artificiale esoterico. Tuttavia, nel caso del diritto, al contrario delle scienze naturali, il legame del discorso giuridico col senso comune è essenziale per non mettere a rischio la pratica del diritto, perché dove i giuristi o i tecnici non comunicano più con gli altri, non ci troviamo di fronte a una disciplina esoterica, ma a una gravissima crisi sociale e al potenziale crollo del diritto vigente”.

³⁵ *Ivi*, p. 70.

³⁶ Cfr. M.Q. Silvi, “Diritto, giochi, regole costitutive”, 44 (2014), pp. 455-486; *L’atto giuridico e le sue regole*, Aracne, Roma, 2017; *La melanconia del pedone*, cit.; “Ceci n’est pas un Conte. Amedeo G. Conte e la filosofia dell’atto giuridico” in *Rivista di filosofia del diritto*, 7(2018), n. 1, pp. 147-170.

³⁷ Parlando di effetti comunicativi tipici, intendo fare riferimento all’idea di illocuzione (o di atto illocutivo o di forza illocutiva) di cui parla J.L. Austin, *op. cit.*, pp. 75-81: l’illocuzione fa riferimento all’aspetto “convenzionale”, socialmente condiviso, del linguaggio, e attiene quindi alla funzione comunicativa tipica d’un atto, e al connesso effetto comunicativo “essenziale” socialmente condiviso. Un tale effetto è stato ad esempio tematizzato da Searle (*Atti linguistici*, cit., pp. 92-93), mediante ciò che egli chiama, appunto, la *essential rule* di un atto linguistico, che differenzia un certo atto appartenenti alla medesima classe. È a tale livello di analisi (dell’atto illocutivo) che attiene la *theticità* degli atti linguistici *thetici*.

- praxeologiche³⁸), dal suo scopo illocutorio³⁹ (si tratta di aspetti studiati ordinariamente dalla pragmatica linguistica);
- (ii) una *dimensione normativa*, specifica dell'atto giuridico, costituita dall'insieme di norme poste dal singolo ordinamento, la quale declina variamente (variamente arricchendola) quella concettuale, in base a specifici interessi ritenuti meritevoli dal diritto positivo a discapito di altri (potenzialmente o attualmente) in conflitto⁴⁰.

In tale prospettiva, quindi, gli atti linguistici (thetici) quali il comando, la promessa, la rinuncia, il giudizio, l'accusa, la donazione, lo scambio, il perdono, la richiesta, ecc. costituiscono, di volta in volta, la dimensione concettuale dei vari atti giuridici rinvenibili in un ordinamento positivo concreto. Così, per quanto riguarda il comando, in coerenza con gli esempi formulati *sub* 2.2.2, “quando la norma di un ordinamento prescrive a qualcuno di agire nel modo indicato da qualcun altro, al quale perciò compete un potere derivato di produrre norme, l'atto di quest'ultimo assume comunemente la forma del comando”⁴¹.

Alla luce di quanto sopra, pertanto, si comprende come il comando, per essere tale, a ben vedere, non necessita d'un particolare contesto normativo che lo giustifichi, essendo appunto sufficiente un linguaggio ordinario che è utilizzato per esprimere comandi.

È, infatti, all'interno del linguaggio ordinario, in uso presso una certa comunità umana, che il comando è già usato (in relazioni pre- ed extra-giuridiche) con la funzione comunicativa tipica che lo connota, ossia quella di obbligare, in virtù della posizione di supremazia che chi adotta l'atto ritiene di avere, qualcuno a fare ciò che si comanda.

Ecco che, quindi, il comando del delinquente rivolto al malcapitato di consegnargli il danaro che questi ha con sé, è, anch'esso, un comando. Si tratterà, certamente, d'un comando ingiusto, malvagio, illecito, invalido (per l'ordinamento

³⁸ All'interno dell'insieme delle condizioni di validità d'un atto giuridico, A.G. Conte – cfr. “Minima deontica”, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 65(1988), pp. 427-275 – distingue, dalle condizioni di validità poste da specifici ordinamenti giuridici (che egli chiama *praxeonomiche*), le condizioni *praxeologiche* che, invece, sono “condizioni *intrinseche*, condizioni inerenti al concetto d'un atto, alla sua intrinseca costituzione”.

³⁹ Sulla nozione di scopo illocutorio, cfr. *supra* nota 27. Lo scopo illocutorio d'un atto linguistico trova riflesso nella sua condizione essenziale, ma anche nella c.d. *condizione di sincerità* che, secondo Searle (*Atti linguistici*, cit., p.98), dovrebbe essere intesa nel senso che “l'esecuzione dell'atto conta come un'espressione di quello stato psicologico” in funzione del quale l'atto si struttura: “asserire, affermare, dichiarare (che *p*) conta come un'espressione di credenza (che *p*). Chiedere, domandare, ordinare, esortare, ingiungere, pregare, o comandare (che *At* venga fatto) conta come un'espressione di un desiderio o di un volere (che *At* venga fatto)”.

⁴⁰ Sulle modalità con cui si declinano le dimensioni normative degli atti giuridiche rispetto a quelle concettuali degli atti del linguaggio ordinario presupposte, sia consentito rinviare a M.Q. Silvi, *L'atto giuridico e le sue regole*, cit. pp. 61-73.

⁴¹ F. Cordero, *op. cit.*, p. 160.

che qualifica quel comportamento come reato), ma sarà comunque l'occorrenza concreta d'un comando.

Il diritto, poi, come visto, costruisce i "suoi" comandi: ciò è richiesto almeno dalla natura dinamica degli ordinamenti giuridici, e dalla loro struttura gradualistica, entro cui è variamente allocato il potere (attraverso norme di competenza). In tali contesti normativi, solo quei comandi, tipizzati e regolati dall'ordinamento, sono riconosciuti (dal medesimo ordinamento) come comandi *giuridici*, cioè come comandi *validi* (nell'ordinamento) e produttivi di specifici effetti vincolanti (effetti, per la tutela dei quali sono predisposti appositi rimedi). Ma, come visto, una tale costruzione da parte del diritto è possibile solo in quanto il linguaggio ordinario può essere impiegato, anche in contesti extra-giuridici, con funzione prescrittiva, per impartire comandi.

3.3. Analitica del comando

Rispetto alla concezione esposta *sub* 3.2, gli elementi costitutivi minimi d'un atto giuridico possono essere individuati negli elementi che connotano la sua dimensione concettuale, ossia l'insieme delle condizioni praxeologiche, degli effetti essenziali e degli scopi illocutori dell'atto del linguaggio ordinario (presupposto e riprodotto in quel particolare atto giuridico) che fanno sì che quell'atto (linguistico, ma anche giuridico) sia l'atto che esso è.

Quali sono, dunque, gli elementi costitutivi minimi del comando? Non pretendo di essere esaustivo: darò conto dei principali elementi senza i quali un atto di linguaggio non è un atto di comando.

3.3.1. L'analisi sinora svolta si è principalmente soffermata su una specifica condizione praxeologica, quella per cui il comando presuppone una certa situazione di potere, che si riflette in una relazione di superiorità tra colui che ha un tale potere e colui che a tale potere è soggetto (propongo di parlare al riguardo di *condizione di supremazia*).

Come in parte anticipato sopra, la declinazione di tale condizione praxeologica, all'interno di un ordinamento giuridico, è (anche) connessa alla natura dinamica dell'ordinamento medesimo: infatti, nella misura in cui si avverte la necessità (pratica) di assicurare il mutamento, nel tempo, dell'insieme di regole che deonticamente qualificano il comportamento umano, e nella misura in cui si ritenga necessario realizzare tale scopo attraverso comandi (o loro declinazioni), allora diviene anche necessario, nella costruzione di tali tipi di atti, determinare e definire relazioni gerarchiche entro le quali tali tipi di atti si giustificano.

Ma vi sono anche altre condizioni (praxeologiche) che riguardano, in particolare, ciò che viene comandato. Innanzi tutto, deve essere un *comportamento* (non si può comandare che il numero 7 sia o non sia un numero primo); e deve trattarsi anche di un comportamento *futuro* (non si può comandare di compiere un fatto passato).

Inoltre, di fronte a un comando, si suppone normalmente che ciò che è comandato sia (in qualche modo) positivamente valutato da colui che comanda (*condizione assiologica*). Si tratta di una condizione molto generica, che si arricchisce di contenuto in base ai criteri di valutazione che sono impiegati. Questa condizione consente di dar conto del fatto che, dietro ogni comando costruito da un ordinamento positivo (a prescindere dalla morfologia con cui esso si presenta in tale ordinamento), v'è un giudizio di valore, una considerazione (e una presa di posizione) sugli interessi (nel senso, anche pregnante, della *Interessenjurisprudenz*) che si scontrano e vengono in gioco nella comunità entro cui l'ordinamento stesso si innesta (e interviene a tutelarne/promuoverne alcuni a scapito di altri).

Infine, ulteriore condizione praxeologica del comando è che il comportamento comandato sia possibile o, quanto meno, non sia assurdo: così i comandi di cui parla il Re di uno dei pianeti visitati dal Piccolo principe, nel passo riportato a motto del presente lavoro, sono comandi praxeologicamente invalidi.

3.3.2. La funzione essenziale (lo scopo illocutorio) del comando, invece, seguendo ad esempio Searle, “va ricercata nel suo essere un tentativo di indurre l'ascoltatore a fare qualcosa”⁴². Ma non solo: una tale funzione, infatti, accomuna il comando con altri atti prescrittivi quali la richiesta, e la preghiera.

A ben vedere, però, nel caso del comando, la situazione psicologica dell'agente, che costituisce oggetto della c.d. condizione di sincerità (in cui si riflette lo scopo illocutorio dell'atto), si arricchisce di un elemento ulteriore, ossia della volontà di esercitare la propria posizione di supremazia: colui che comanda *vuole* (mentre colui che chiede *desidera*⁴³), affermando anche la propria potenza (mentre colui che prega riconosce di trovarsi in una posizione di subordinazione⁴⁴).

Si badi: come anticipato *sub* 3.1, lo scopo illocutorio del comando è uno dei due momenti in cui si articola la normatività (intrinseca) dell'atto medesimo, normatività intesa (*à la* Searle) come assunzione di impegni pubblici (di una responsabilità) del parlante che ricorre all'atto del comando. Chi comanda, infatti, sa che coloro che riconoscono nel suo atto un atto di comando, proprio perché si tratta di un comando, possono confidare nel fatto che egli vuole che sia fatto quanto comandato.

È tale aspetto “convenzionale” (e l'impegno che implicitamente il parlante assume su questo aspetto) che consente di compiere anche comandi insinceri (o ipocriti), ossia comandi di tenere condotte che, in realtà, colui che comanda non vuole. Ed è proprio la normatività che connota la funzione dell'atto del comando

⁴² J.R. Searle, “Per una tassonomia degli atti illocutivi”, cit., p. 170.

⁴³ Cfr. ad esempio A. Reinach, *op. cit.*, p. 133.

⁴⁴ Cfr. ad esempio F. Cordero, *op. cit.*, p. 159. Questo tratto distintivo è interessante, in quanto – seguendo un commento dell'anonimo valutatore sul punto (che ringrazio) – consente di formulare la seguente ipotesi di lavoro (che, per ragioni di spazio, non mi è qui possibile approfondire). L'ipotesi è che la condizione di supremazia non sia solo una condizione praxeologica dell'atto del comando (afferente alla sua struttura), ma, in qualche modo, si rifletta nello scopo illocutorio del comando, che diviene anche strumento per consolidare (per “alimentare”) quella condizione di supremazia che, chi comanda, presuppone di avere.

che impedisce, a chi comandasse con una riserva mentale, di rendere esplicita una tale riserva: infatti, mentre il dire “Io ti comando A” con la riserva di non volere A, resta un comando; il dire pubblicamente “Io ti comando A, ma non voglio A”, invece, non è più un comando, o meglio è un comando disfunzionale, o, come direbbe Antonio Incampo, un comando *funzionalmente* autocontraffattorio⁴⁵.

3.3.3. L'altro dei due momenti in cui si articola la normatività dell'atto del comando attiene alla sua *struttura*, in particolare al suo effetto c.d. essenziale. Come ha osservato A. G. Conte, per formulare la searlina *essential rule* del comando, si può ricorrere a quanto scrive Ludwig Wittgenstein al § I.458 delle sue *Ricerche filosofiche* (1953): “Il comando comanda il suo adempimento” (“Der Befehl befiehlt seine Befolgung”)⁴⁶. “Comando è comando di compimento così come promessa è promessa d'adempimento”⁴⁷.

Per tali ragioni, un ipotetico comando che comandi il proprio inadempimento (così come una promessa che prometta il proprio inadempimento) sarebbe anch'esso un atto autocontraffattorio, ma la sua paradossalità (la sua autocontraffattorialità) inerebbe, questa volta, non alla funzione dell'atto, ma alla sua struttura (non a caso, qui, Conte parla anche di invalidità strutturale), in particolare al suo effetto essenziale, l'effetto cioè di produrre un obbligo (per colui al quale il comando è rivolto) e d'una correlativa pretesa (in capo a chi comanda)⁴⁸.

Come visto (*sub* 3.1), comando e promessa sono i due atti attorno ai quali Conte costruisce la categoria dell'atto (performativo) *thetico*: *thetici* sono quegli atti attraverso l'esecuzione dei quali viene, in qualche modo, alterato il mondo, viene *prodotto* (o *dissolto*) uno stato di cose.

Ovviamente, il “mondo” (la “realtà”, lo “stato di cose”) prodotta/alterata di cui Conte parla non è una realtà brutta, fatta di oggetti materiali; si tratta di un modo composto da fatti istituzionali, quali, appunto, pretese, obblighi, responsabilità, *status*, ecc. Cosa cambia, infatti, nel mondo istituzionale, dopo l'adozione d'un comando (o d'una promessa)? Al tempo t_1 Tizio ordina (validamente) a Caio di fare A: per effetto d'un tale atto, Caio diviene obbligato a fare A, mentre Tizio acquista una correlativa pretesa a che Caio faccia A, ritenendosi legittimato a reagire qualora Caio ometta A; ma al tempo t_0 , ossia prima della (valida) esecuzione di tale comando, Caio non aveva alcun obbligo nei confronti di Tizio (Analogia considerazione vale per la promessa: l'impegno – del promittente verso il promissario – e la correlativa pretesa – del promissario verso il promittente – nasce

⁴⁵ Cfr. ad esempio A. Incampo, *Atto e funzione. Sistema di deontica materiale a priori*, Adriatica, Bari, 1997, p. 99. Incampo è il filosofo del diritto che, in Italia, ha maggiormente dedicato i suoi studi al concetto di funzione (di atti, di norme, di istituti e del diritto stesso). Oltre al saggio ora citato, cfr. anche A. Incampo, *Validità funzionale di norme*, Cacucci, Bari, 2001; *Metafisica del processo. Idee per una critica della ragione deontica*, Cacucci, Bari, 2012; *Filosofia del dovere giuridico*, Cacucci, Bari, 2014.

⁴⁶ A.G. Conte, *Filosofia del linguaggio normativo. II. Studi 1982-1994*, Giappichelli, Torino, 1995, pp. 302-303 (“Paradigmi d'analisi della regola in Wittgenstein”).

⁴⁷ *Ivi*, p. 366 (“Minima deontica”).

⁴⁸ *Ivi*, pp. 365-366.

con la promessa, mentre prima che un tale atto fosse eseguito, un tali impegno e pretesa non v'erano).

Il comando, dunque, è un atto con *funzione* prescrittiva, ma, quanto alla sua *struttura*, può anche essere concepito come un atto thetico, costitutivo di stati di cose istituzionali.

Su quest'ultimo aspetto vale la pena, infine, soffermarsi brevemente (*sub* 3.4).

3.4. Theticità del comando

Come è stato osservato nell'ambito della pragmatica linguistica, il concetto di theticità (costitutività) consente di catturare aspetti squisitamente pragmatici dei performativi, diversamente dalle tassonomie classiche, proposte da John L. Austin o da Searle, che invece si basano su elementi semantici o sintattici⁴⁹. Inoltre, a mio avviso, il concetto di theticità di atti ben si accorda con un'ontologia sociale come quella di Searle, in cui, a ben vedere, fatti istituzionali non sono prodotti solo per il tramite di *declarations*, ma anche mediante altri atti del linguaggio ordinario, come, appunto, la promessa o il comando (ma anche la nomina, la rinuncia, l'accusa, ecc.).

In altri termini, il concetto di theticità di atti intercetta una serie molto vasta ed eterogenea di fenomeni, dal comando, alla nomina, alla rinuncia: thetici sono sia gli atti *ascrivibili* (come la nomina, la promessa, l'istituzione di erede, la donazione, ecc.), sia quelli *prescrittivi* (come il comando, la diffida, l'intimazione, ecc.), ma anche atti "negativi" (non appartenenti specificamente al discorso ascrivibile, né prescrittivo) come l'abrogazione, la rinuncia, la scomunica. Questo insieme eterogeneo di atti, connotati quindi da funzioni comunicative tipiche molto differenti tra loro, è però accomunato dal fatto di incidere sulla realtà istituzionale, per "addizione" (introducendo cioè di nuovi fatti istituzionali), o per "sottrazione" (dissolvendo cioè fatti istituzionali preesistenti).

La categoria della theticità di atti e, in particolare, l'idea che anche il comando sia un atto thetico, a mio avviso, consente di illuminare meglio alcune tesi di Gaetano Carcaterra. Mi riferisco, in particolare, alla c.d. concezione monista delle regole costitutive proposta da tale autore⁵⁰, il quale, in estrema sintesi, dopo aver costruito il concetto di norma costitutiva in contrapposizione a quello di norma prescrittiva, perviene però a concludere che tutte le norme giuridiche (anche quelle prescrittive) sono costitutive. Ciò in quanto, afferma Carcaterra, tutte le norme

⁴⁹ Cfr. ad esempio M.-E. Conte, "Pragmatica linguistica", in A. Filipponio (a cura di), *Ricerche praxeologiche*, Adriatica, Bari, 2000, p. 44.

⁵⁰ Carcaterra è, in Italia, uno dei principali (e dei primi) studiosi a essersi occupato di regole costitutive: cfr. G. Carcaterra, *Le norme costitutive*, Giuffrè, Milano 1974; *La forza costitutiva delle norme*, Bulzoni, Roma, 1979; "Le regole del Circolo Pickwick" in *Nuova civiltà delle macchine*, (1985), n. 3, pp. 16-23; *Corso di filosofia del diritto*, Bulzoni, Roma, 1996). La letteratura sulle regole costitutive è vasta, soprattutto in Italia: ci si limita a rinviare, anche per i riferimenti bibliografici, alla raccolta di saggi curata da A. Rossetti e M.Q. Silvi, *Oltre la costitutività*, cit.

giuridiche, anche quelle meramente regolative, producono effetti giuridici, innovando l'ordinamento. Ecco un passo:

[L]e norme costitutive non sono una “forza” che produce fatti o eventi materiali, bensì sono una forza che produce realtà o effetti giuridici. Per cui viene spontaneo rovesciare il rapporto euristico: dovunque registriamo il fenomeno dell'efficacia giuridica, lì dobbiamo presupporre una norma costitutiva. [...] Ma allora, se le norme giuridiche, in quanto tali, hanno efficacia giuridica e se l'avere efficacia giuridica è caratteristico delle norme costitutive, segue che tutte le norme giuridiche, in quanto tali, sono costitutive⁵¹.

In tale prospettiva, tuttavia, secondo Carcaterra, l'opposizione tra regole regolative e regole costitutive (norme prescrittive e norme costitutive) non si annulla: “Si può ancora pensare di distinguere, infatti, fra norme che costituiscono quel particolare effetto giuridico che è il sorgere di un obbligo nell'ordinamento a carico di qualcuno, e norme che costituiscono effetti giuridici diversi da questo: da un lato norme costitutive obbligatorie, e quindi insieme anche prescrittive, e dall'altro norme costitutive pure”⁵².

Una tale conclusione, a mio avviso, non tiene adeguatamente conto della distinzione, peraltro, affermata dallo stesso Carcaterra, tra il piano (statico) delle *norme* e il piano (dinamico) degli *atti thetici* di produzione normativa⁵³.

Infatti, a essere costitutive, nel senso che Carcaterra qui intende (ossia nel senso di *produrre* stati di cose istituzionali), sono *non* le norme, ma gli *atti* giuridici, sia che si tratti, appunto, di atti prescrittivi come il comando (e che si riflettono in regole regolative), sia che si tratti di atti ascrivitivi, che attribuiscono diritti soggettivi, poteri, competenze, ecc. (e che si riflettono in “pure” regole costitutive)⁵⁴.

In altre parole, sono gli atti normativi, le declinazioni giuridiche del comando, a produrre (theticamente) “un obbligo nell'ordinamento a carico di qualcuno”, non

⁵¹ G. Carcaterra, *Le norme costitutive*, cit., pp. 117-118.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ Cfr. ad esempio, G. Carcaterra, “Le regole del Circolo Pickwick”, cit., p. 20: “In una completa e adeguata ricostruzione normativistica, sia il contenuto sia il sostegno [...] dell'ordinamento è fatto di prescrizioni, ma i singoli atti di produzione normativa (le deliberazioni dell'Assemblea) [...] devono essere pensati di natura costitutiva”.

⁵⁴ Coi termini ‘norma’ e ‘regola’, mi riferisco, qui, al *significato* d'un enunciato (in un testo normativo), mentre col termine ‘atto’, faccio riferimento all'*enunciazione* (con “forza” normativa) di quell'enunciato. Come lo stesso Carcaterra afferma (cfr. ad esempio in *Le norme costitutive*, cit., p. 41), a essere costitutive sono le *enunciazioni* legislative (Carcaterra al riguardo si richiama alle ricerche sulle enunciazioni performative di J.L. Austin). Evidentemente, poi, sussistono relazioni (e condizionamenti) tra il piano (pragmatico) dell'enunciazione e quello (semantico) dei significati: l'analisi di dette relazioni esonda i limiti del presente lavoro; ciò che qui rileva è mantenere tale distinzione e chiarire che la *theticità* di cui qui parla Carcaterra attiene a ciò che si fa, non a ciò che si dice.

la regola stessa in cui l'atto si riflette: tale regola sarà una regola regolativa (non costitutiva).

Anche nel caso delle regole costitutive (pure), a ben vedere, a produrre realtà istituzionale saranno atti thetici, atti diversi, ovviamente, dal comando. Qui, però, il discorso si fa più articolato e complesso (e non può essere affrontato in questa sede), in ragione della pluralità e varietà dei *modi del costituire*, varietà che dipende non solo (o non tanto) da come la regola si struttura, ma anche dal tipo di atto (all'interno dell'insieme degli atti con funzione ascriviva, o all'interno degli atti con funzione estintiva) che viene in gioco nell'attività di produzione normativa⁵⁵.

⁵⁵ Sulla necessità di indagare la varietà dei modi del costituire, che si riflette nella varietà di ciò che è costituito, cfr. R. Guastini, "Normativismo mágico" in L. Ramirez- Ludeña, J.M. Vilajosana (a cura di), *Reglas constitutivas y derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2022 (2008), pp. 71-83. Su ciò che è costituito mediante atti ascrivivi, sia consentito rinviare a M.Q. Silvi, "Atti ascrivivi e performatività" in A. Rossetti, E. Colzani (a cura di), *Mente, azione, normatività*, Ledizioni, Milano, 2014, pp. 69-105.