

Capitolo 1

Su Carcaterra e Conte.

Regole costitutive nel dibattito giusfilosofico italiano

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Duplicità del concetto di norma costitutiva. – 2.1. Duplicità del concetto di norma costitutiva in Gaetano Carcaterra. – 2.2. Differenze e relazioni tra i due sensi di 'costitutivo'. – 3. Due tentativi di comporre la duplicità. – 3.1. Norme costitutive e definizioni stipulative in Carcaterra. – 3.2. Costitutività e condizione in Conte. – 4. Conclusioni.

1. Introduzione

Il concetto di regola, o norma, costitutiva ha avuto un ruolo importante nella letteratura giusfilosofica italiana degli ultimi trent'anni: la teoria delle norme costitutive di G. Carcaterra, da un lato, e la teoria della costitutività come condizione formulata da A.G. Conte, dall'altro, nonché l'ampio dibattito che è seguito ad entrambe ed è stato in più occasioni ripreso, rappresentano nel complesso un corpus di lavoro sul tema della costitutività di regole che non teme paragoni nel dibattito filosofico-giuridico internazionale¹. Insieme, le

¹ I principali e ormai classici lavori di Carcaterra sulle norme costitutive (che nel seguito discuteremo nel dettaglio) sono i seguenti: G. CARCATERRA, *Le norme costitutive*, Giuffrè, Milano, 1974; ID., *La forza costitutiva delle norme*, Bulzoni, Roma, 1979; ID., *Le regole del Circolo Pickwick*, in "Nuova civiltà delle macchine", 3, 1985. Sulla teoria sistematica delle regole costitutive di Conte, invece, il lettore può partire da A.G. CONTE, *Filosofia del linguaggio normativo. I. Studi 1965-1981*, Giappichelli, Torino, 1989; ID., *Filosofia del linguaggio normativo. II. Studi 1982-1994*, Giappichelli, Torino, 1995; ID., *Filosofia del linguaggio nor-*

teorie di Carcaterra e Conte coprono i più diversi profili di questo tema, dalla performatività degli atti giuridici alla questione dell'ontologia sociale, passando per i problemi della inviolabilità, analiticità e non prescrittività delle regole costitutive. Per certi versi, inoltre, queste due teorie hanno mostrato una fruttuosa complementarietà metodologica: mentre Conte, nel corso degli anni, ha affrontato il tema in un'ottica per lo più di filosofia generale, formulando un vero e proprio sistema e generalizzandone i risultati, Carcaterra lo ha sviscerato nelle sue implicazioni filosofico-giuridiche, collocandolo fruttuosamente nel dibattito sul prescrittivismismo e, più in generale, nel confronto tra normativismo e istituzionalismo.

In questo capitolo, cercherò di mostrare che il fenomeno della costitutività di regole, così come esso è stato trattato nel dibattito italiano, mostra alla propria radice una fondamentale duplicità, e che i tentativi effettuati sia da Carcaterra sia da Conte per comporre questa duplicità presentano aspetti problematici, tanto da far credere che una tale composizione sia, in ultima analisi, impossibile. La

mativo. III. Studi 1995-2001, Giappichelli, Torino, 2001. Per avere un'idea del dibattito sulle regole costitutive sviluppatosi nel contesto della filosofia del diritto italiana, si vedano, tra gli altri, G. AZZONI, *Condizioni costitutive*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", 63, 1986; ID., *Il concetto di condizione nella tipologia delle regole*, Cedam, Padova, 1988; G. FERRARI, *Regole costitutive e validità*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", 11, 1980; A. FILIPPONIO, *Sulla teoreticità delle norme costitutive*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", 57, 1980; R. GUASTINI, *Cognitivismo ludico e regole costitutive*, in U. SCARPELLI (a cura di), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, Comunità, Milano, 1983; ID., *Teorie delle regole costitutive*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", 60, 1983; ID., *Norme che sono condizioni sufficienti del loro oggetto?*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", 16, 1986; ID., *Six Concepts of "Constitutive Rule"*, in T. ECKHOFF, L.M. FRIEDMAN e J. UUSITALO (a cura di), *Vernunft und Erfahrung im Rechtsdenken der Gegenwart (Reason and Experience in Contemporary Legal Thought: Proceedings of the 11th World Congress of IVR, Helsinki 1983)*, Rechtsstheorie Beiheft 10, 1986; M. JORI, *In margine all'ultimo Conte*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", 2, 1986; T. MAZZARESE, *Metaregole*, in "Nuova civiltà delle macchine", 3, 1985; P. POLLASTRO, *Fenomenologia delle regole costitutive*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", 13, 1983; G. LORINI, *Dimensioni giuridiche dell'istituzionale*, Cedam, Padova, 2000; P. DI LUCIA (a cura di), *Ontologia sociale. Potere deontico e regole costitutive*, Quodlibet, Macerata, 2003.

struttura del capitolo è la seguente. Nella Sezione 2, presenteremo due sensi di ‘norma costitutiva’ rintracciabili nel Carcaterra di *Le norme costitutive*, del 1974, e discuteremo le differenze e le possibili relazioni tra questi due sensi, mostrando che essi non sono equivalenti. Nella Sezione 3, affronteremo i due principali tentativi di comporre tale duplicità nel contesto della filosofia del diritto italiana: il primo, operato da Carcaterra, sembra configurare una forma di riduzionismo; il secondo, operato da Conte, è volto invece a ricondurre entrambi i sensi di ‘norma costitutiva’ ad un concetto più ampio, quello di condizione: tenteremo di evidenziare quali siano i profili problematici di entrambi i tentativi. Nella Sezione 4, infine, trarremo alcune conclusioni alla luce della discussione svolta.

2. Duplicità del concetto di norma costitutiva

2.1. Duplicità del concetto di norma costitutiva in Gaetano Carcaterra

Nel contesto della filosofia del diritto italiana, la discussione specifica sul tema delle norme costitutive è stata avviata dalle due monografie di Carcaterra *Le norme costitutive*, del 1974, e *La forza costitutiva delle norme*, del 1979. In questi due lavori, com'è ben noto, Carcaterra svolge una raffinata critica del modello prescrittivistico. La constatazione di fondo da cui egli prende le mosse è che la tradizionale divisione, di natura pragmatica, tra uso espressivo, dichiarativo e prescrittivo del linguaggio (una tricotomia che faceva buon gioco ai prescrittivistici, poiché, di questi tre, l'uso prescrittivo è certamente il più adatto a rendere conto degli aspetti linguistici delle norme giuridiche) deve essere emendata alla luce delle considerazioni svolte da J.L. Austin e J.R. Searle sul fenomeno della performatività degli atti linguistici². Per Carcaterra, questa di-

² Com'è ben noto, il lavoro classico di J.L. Austin sui performativi è *How to Do Things with Words*, del 1962: cfr. J.L. AUSTIN, *How to do Things with Words. 2nd Edition*, Oxford University Press, Oxford, 1976. Searle, per parte sua, ha svi-

scussione trova nel fenomeno giuridico un terreno di applicazione particolarmente fertile: *Le norme costitutive*, sostanzialmente, è un lavoro volto a mostrare come una grande acquisizione teorica propria della filosofia analitica novecentesca – l’idea che il linguaggio possa essere performativo, vale a dire che con le parole, a condizioni date, si possano “fare cose” – non soltanto sia perfettamente applicabile al fenomeno giuridico, ma sia anche stata confusamente intuita da più parti (sia stata, per così dire, sempre presente) nella coscienza filosofico-giuridica continentale, in particolare italiana e tedesca.

La performatività è appunto, secondo il Carcaterra di *Le norme costitutive*, una proprietà essenziale non soltanto, nello specifico, di alcune norme giuridiche che sono difficilmente riconducibili al modello prescrittivo (ad esempio, le norme abrogative, o le norme attributive di poteri), ma anche, a ben vedere, di tutte le norme giuridiche in generale, in quanto ogni norma può essere concepita come un atto linguistico produttivo di effetti giuridici. Questa produttività di effetti all’interno di un ordinamento giuridico, concepita in generale, è ciò che Carcaterra intende per costitutività delle norme, ed è il motivo di fondo per cui egli giunge a proporre la sua analisi come una teoria delle norme giuridiche che possa ambire per portata e completezza ad essere alternativa al prescrittivismismo. L’ambizione di esaustività sembra dunque guidare fin dall’inizio il lavoro di Carcaterra sulle norme costitutive: se il prescrittivismismo avanza la tesi che tutte le norme giuridiche, in quanto tali, sono prescrizioni o sono riducibili a prescrizioni, il modello di Carcaterra è fin dalla sua origine volto a mostrare come tutte le norme giuridiche, in quanto tali, possono essere considerate costitutive di effetti giuridici. La prospettiva complessiva è efficacemente presentata nel seguente passo:

luppato le tesi del maestro in una compiuta teoria degli atti linguistici: si veda, tra gli altri, J.R. SEARLE, *Speech Acts*, Cambridge University Press, Cambridge, 1969; ID., *A Taxonomy of Illocutionary Acts*, in *Expression and Meaning. Studies in the Theory of Speech Acts*, Cambridge University Press, Cambridge, 1979; ID., *How Performatives Work*, in “Linguistics and Philosophy”, 12, 1989; ID., D. VANDERVEKEN, *Foundations of Illocutionary Logic*, Cambridge University Press, Cambridge, 1985.

Non può sfuggire che nel verificare la presenza del fenomeno costitutivo e della sua intuizione dalla base fino al vertice dell'ordinamento, un concetto ci ha costantemente accompagnati: quello dell'efficacia giuridica della norma. [...] Dovunque, insomma, abbiamo incontrato norme costitutive, lì abbiamo registrato anche la loro efficacia giuridica; anzi abbiamo notato che questa è la loro caratteristica specifica [...]. Per cui viene spontaneo rovesciare il rapporto euristico: dovunque registriamo il fenomeno dell'efficacia giuridica, lì dobbiamo presupporre una norma costitutiva. Se si riflette, ciò finisce per suggerire un ulteriore allargamento della portata della costitutività nell'esperienza giuridica. Dopotutto, una norma giuridica non può mancare di avere, oltre ad una eventuale e più o meno diretta efficacia pratica, proprio un'efficacia giuridica. Norme che non producano alcun effetto giuridico, che non incidano su quella realtà che è la realtà specificamente giuridica, non possono che essere norme estranee al mondo del diritto. Ma allora, se le norme giuridiche, in quanto tali, hanno efficacia giuridica e se l'aver efficacia giuridica è caratteristico delle norme costitutive, segue che tutte le norme giuridiche, in quanto tali, sono costitutive: la costitutività viene ad estendersi nel diritto tanto quanto la stessa normazione³.

La tesi è tanto originale quanto difficilmente dubitabile. Tuttavia, lo sforzo di unitarietà e comprensività del modello, e dunque il ten-

³ G. CARCATERRA, *Le norme costitutive*, cit., pp. 117-8. Nel successivo *La forza costitutiva delle norme*, Carcaterra distinguerà (ed è questa una distinzione palesemente *in nuce* anche nel precedente *Le norme costitutive*) tra una «teoria mista», nella quale la fenomenologia delle norme costitutive viene utilizzata per integrare il modello prescrittivistico laddove esso si rivela insufficiente, ed una «teoria unitaria», volta a ricondurre tutto il fenomeno giuridico alla costitutività di norme (cfr. G. CARCATERRA, *La forza costitutiva*, cit., pp. 39 ss., 71 ss.). La prospettiva complessiva della «teoria unitaria» di Carcaterra è stata ripresa da L. Ferrajoli nella sua concezione della «costitutività in senso lato o debole», per la quale, ad esempio, «un precetto [...] è sempre costitutivo delle prescrizioni o delle regole che ne formano il significato. La 'precettività' o 'costitutività' [...] consiste precisamente nella capacità, propria di ogni precetto, di costituire ciò che ne forma il contenuto prescrittivo: modalità o aspettative deontiche, oppure status ontici. In questo senso lato tutti i precetti sono costitutivi, essendo tutti condizioni sufficienti per il prodursi di una o più prescrizioni o regole. La costitutività, in questa prima accezione, è sinonimo di precettività. Essa rappresenta [...] la specifica 'efficacia' degli atti giuridici precettivi» (L. FERRAJOLI, *Principia Juris. Teoria del diritto e della democrazia. I. Teoria del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2007, p. 224).

tativo di ricondurre la costitutività alla semplice produzione di effetti giuridici intesi in senso lato, portano Carcaterra a ricondurre ed includere nell'ambito della costitutività fenomeni per molti versi differenti. Ciò può essere mostrato facendo ricorso ad alcune citazioni tratte da *Le norme costitutive*. In primo luogo, si consideri il passo, ormai classico, in cui Carcaterra fornisce una definizione esplicita di ciò che rende costitutiva una norma:

Mentre le proposizioni prescrittive tendono a produrre un evento esercitando una pressione sul comportamento di qualcuno, le norme di cui ci occupiamo producono l'effetto, che è il loro scopo e il loro contenuto, realizzandolo da sé: *lo costituiscono* – ecco la loro caratteristica – *nel momento stesso del loro entrare in vigore*. Le chiameremo perciò norme *costitutive*. [...] Le situazione e i fatti costituiti si producono in maniera immediata, sono destinati ad acquistare realtà mercé un unico atto, quello (eventualmente complesso) col quale si emana la norma, senza che occorra fare appello all'obbedienza, o alla collaborazione esecutiva di alcuno⁴.

Come emerge chiaramente da questo passo, secondo Carcaterra è costitutiva una norma che produce, nel momento stesso del suo entrare in vigore, l'effetto che ne è «lo scopo e il contenuto». L'esempio tipico di questo tipo di costitutività è quello delle norme abrogative, che l'autore utilizza quali esempi tipici di norme non riconducibili al modello prescrittivistico: laddove, infatti, una prescrizione è volta a realizzare uno stato di cose per il tramite di una precisa mediazione (ovvero il comportamento conforme di colui cui la prescrizione è rivolta), la norma abrogativa costituisce immediatamente il proprio contenuto, vale a dire la scomparsa della norma abrogata dall'ordinamento giuridico. Scrive Carcaterra a questo proposito:

Dichiarandosi l'abrogazione dell'art. 100 Cod. pen. è certo che non si è voluta prescrivere un'abrogazione di là da venire [...]: dicendo “è abrogato” ciò che il legislatore ha inteso ed ottenuto è stata proprio quella scomparsa *immediata* di norme dell'ordinamento che sarebbe estranea alla struttura logica di una prescrizione: l'ordinamento è di-

⁴ G. CARCATERRA, *Le norme costitutive*, cit., p. 61.

venuto subito diverso in forza della stessa disposizione abrogativa, senza bisogno di ulteriori iniziative di chicchessia⁵.

Sono dunque almeno due le proprietà di questo tipo di costitutività: (a) da un lato, il processo di costituzione messo in atto da una norma costitutiva è *immediato*, (b) dall'altro, l'oggetto, la situazione, lo stato di cose cui la norma si riferisce viene *concretamente* a sussistere nel momento in cui la norma entra in vigore. La norma, dunque, è costitutiva nel senso che crea immediatamente uno stato di cose nella realtà giuridica. Nelle parole di Carcaterra, «[l]'esistenza di una norma costitutiva comporta necessariamente il verificarsi della situazione in essa prevista»⁶.

In un altro passo dello stesso lavoro, Carcaterra individua una terza caratteristica rilevante di questo tipo di costitutività: (c) l'elemento agente della relazione di costituzione, ovvero la norma costitutiva, costituisce in quanto è esso stesso, prima di ogni altra cosa, un *atto*. Questo terzo elemento viene esplicitamente tematizzato nel contesto della discussione dottrinale a proposito delle cosiddette "sentenze costitutive":

Consideriamo [...] l'idea, che or ora si è profilata, della sentenza costitutiva come contestuale attività esecutiva: tale sentenza non richiede "alcun atto ulteriore d'esecuzione", perché, nel suo genere, è *già essa un atto di esecuzione*. Mentre in una sentenza di condanna il risultato voluto, in quanto solo prescritto, attende poi di essere eseguito, in una sentenza costitutiva il risultato voluto – la creazione, modificazione o estinzione del rapporto giuridico dedotto in giudizio – lo produce la sentenza stessa⁷.

La fenomenologia appena delineata (ovvero, quella che consiste di *atti immediatamente* costitutivi di stati di cose *concreti*), tuttavia, non è l'unica che Carcaterra riconduce alla categoria della costitutività. In un altro passo di *Le norme costitutive* in cui l'autore illustra come il fenomeno della costitutività fosse già stato intuito nel contesto della filosofia del diritto italiana (in particolare da Sergio

⁵ G. CARCATERRA, *Le norme costitutive*, cit., p. 52.

⁶ G. CARCATERRA, *Le norme costitutive*, cit., p. 103.

⁷ G. CARCATERRA, *Le norme costitutive*, cit., p. 76; corsivo mio.

Cotta e Vittorio Frosini), la costitutività non è trattata nel senso di proprietà di un atto immediatamente esecutivo, bensì nel senso di creazione di «forme dell'azione». Il suddetto passo merita di essere riportato nella sua interezza:

Concentrando l'attenzione sull'aspetto imperativo della norma, si potrebbe essere indotti a concepire unilateralmente il diritto come mero limite all'azione umana, oscurando ciò che lo stesso senso comune avverte, ossia il fatto che dell'azione umana il diritto rappresenta altresì un potenziamento: se da un lato esso riduce, attraverso comandi e divieti, le nostre scelte, dall'altro produce nuove dimensioni di vita e moltiplica perciò le nostre possibilità operative. Tutto ciò – dice Cotta – può riassumersi nella semplice affermazione che il diritto ha anche carattere formativo; è, secondo l'espressione di Frosini, «forma dell'azione»: come la scienza naturale, descrivendo la “forma” degli esseri viventi [...] ci dà la misura dei loro limiti e delle loro capacità, «così pure il diritto, con le sue norme, rapporti e istituzioni, stabilisce – in modo questa volta non più descrittivo ma *prescrittivo, costitutivo*, – la “forma” *giuridica* dell'uomo e delle sue azioni». Qui la costitutività è presentata insieme alla forza prescrittiva del diritto, ma è anche spiegata nel suo senso; la forma che il diritto imprime costitutivamente all'esperienza è quella, secondo Cotta, di cui parlava anche S. Tommaso sulla scorta di Aristotele: «*forma dat esse rei*», «la forma è ciò che fa essere un essere quello che è», egli afferma, «è ciò che individua i singoli enti e con ciò ne determina le modalità e le capacità». Il senso di tutto il suo discorso è perciò proprio questo: il diritto non soltanto prescrive comportamenti, ma forma anche, è appunto “costitutivo” di, modi di essere, proprietà, relazioni degli enti giuridici⁸.

Il diritto è, in questo caso, costitutivo di «modi di essere, proprietà, relazioni degli enti giuridici» attraverso la costruzione della loro forma giuridica o, potremmo dire, fattispecie astratta: accade qui, cioè, che determinati comportamenti diventino forieri di effetti in quanto dotati di una forma giuridica costituita da un sistema di norme. Questo tipo di costitutività è volta ad aprire un intero spazio di nuove possibilità prima inesistenti, una «nuova dimensione di vita» che moltiplica «le nostre possibilità operative»: un qualsiasi

⁸ G. CARCATERRA, *Le norme costitutive*, cit., p. 68.

gioco definito da un sistema di regole ne è un esempio paradigmatico. A questo proposito, Carcaterra scrive:

Il paragone tra gioco e diritto è stimolante, tanto è vero che ha fatto presa su più di uno. [...] Proprio come le mosse di due giocatori non sono meri processi fisici ma azioni che realizzano un'unità significativa nel contesto delle regole del gioco, così la vita sociale acquista un carattere di comunità [...] per il fatto che le azioni degli individui sono dotate di un "significato", che ad esse è parimenti conferito da un sistema di regole. Noi potremmo perciò pensare il diritto come una sorta di "gioco sociale". In se stessa l'idea del carattere ludico del diritto, come di altri fatti sociali, non è del tutto nuova [...]. Ciò che è interessante è che essa si combina con l'altra idea, oggi affermatasi chiaramente, della natura costitutiva delle regole di [un] gioco [...]. Perciò, che il diritto contenga norme di natura simile alle regole fondamentali di un gioco, e che queste siano essenzialmente costitutive, conduce, se ne sia più o meno consapevoli, ad attribuire alla costitutività un ruolo parimenti fondamentale nella struttura dell'ordinamento giuridico⁹.

In questo passo, Carcaterra insiste in modo particolare sul fatto che le norme costitutive attribuiscono significato alle azioni, e aggiunge che questo è il presupposto della loro capacità di aprire nuovi spazi di azione e possibilità. Le norme, infatti, non sono qui costitutive nel senso che stabiliscono immediatamente gli stati di cose, le azioni e i comportamenti su cui esse vertono (le regole del gioco degli scacchi non stabiliscono, evidentemente, l'esistenza di una partita a scacchi), né nel senso che rendono possibile un insieme di comportamenti concreti (chiunque potrebbe muovere pedine su una scacchiera anche senza sapere nulla degli scacchi), ma nel senso che, attribuendo un determinato significato ad un tipo di comportamento, esse rendono possibile l'azione in tal modo significativa (solo a seguito delle regole degli scacchi è infatti possibile, propriamente, fare uno scacco matto). Le proprietà di questo tipo di costitutività sono dunque due: (a) il processo di costituzione messo in atto da una norma costitutiva è *mediato*: il rapporto tra le regole del gioco degli scacchi e ciò su cui esse vertono, vale a dire una partita a scacchi, richiede la presenza e l'esecuzione da parte di due gioca-

⁹ G. CARCATERRA, *Le norme costitutive*, cit., pp. 95-6.

tori; (b) l'oggetto, la situazione, lo stato di cose cui la norma si riferisce è *reso possibile* dalle norme, ma non viene immediatamente a sussistere: date le norme degli scacchi, è possibile fare uno scacco matto, ma non si dà concretamente la situazione corrispondente allo scacco matto in una partita a scacchi. Significativamente, in un altro passo di *Le norme costitutive*, Carcaterra attribuisce questo tipo di costitutività a «norme di struttura» qualificate come «condizioni di possibilità e pensabilità» dell'ordinamento giuridico:

Questa accentuazione dell'importanza delle norme costitutive e di struttura si è già profilata attraverso l'analogia con le regole dei giochi, per cui quelle si sono rivelate basilari per i singoli sistemi giuridici. Tali norme non costituiscono soltanto particolari entità e determinazioni all'interno di un ordinamento già formato, ma giungono a costituire – esse nella loro totalità o comunque alcune di esse – l'ordinamento medesimo come insieme, *diventando le condizioni della sua possibilità e pensabilità*, allo stesso modo che un gioco non sarebbe possibile né pensabile se non fosse definito e stabilito dalle sue regole costitutive¹⁰.

Questa nuova forma di costitutività, volta ad allargare il nostro comune spazio di azione, intrattiene relazioni strette con il concetto di potere giuridico, che Carcaterra arriva a trattare per il tramite della discussione dottrinale sui cosiddetti “diritti potestativi”. Anche nel corso di questa discussione emerge l'aspetto di mediazione sopra rilevato come tipico di questa forma di costitutività. Il rapporto tra la norma costitutiva e l'effetto giuridico che essa prevede come correlativo del potere, infatti, è qui mediato dall'esercizio effettivo di quel potere, e l'effetto giuridico non viene immediatamente costituito dalla norma, essendone piuttosto la produzione una possibilità che la norma mette a disposizione dei soggetti giuridici: tali aspetti di questo tipo di costitutività sono chiaramente intuiti da Carcaterra. Egli scrive infatti:

Il potere, nella sua accezione più lata ma anche più essenziale, è proprio *la possibilità di produrre immediatamente modificazioni*, di creare realtà giuridiche, quale ne sia la specie, in virtù di una norma che

¹⁰ G. CARCATERRA, *Le norme costitutive*, cit., p. 97; corsivo mio.

tali modificazioni e realtà costituisca *in dipendenza dal potere stesso*¹¹.

Risulta chiaro da questo passo come l'aspetto costitutivo della norma sia qui mediato dall'esercizio del potere, e risulta chiaro parimenti che l'atto propriamente costitutivo dell'effetto (vale a dire, nelle parole di Carcaterra, il «produrre modificazioni», o il «creare realtà giuridiche») non risiede nella norma ma nell'esercizio del potere. La norma costitutiva, dunque, in questo caso non è un atto che costituisce direttamente l'effetto giuridico, bensì è ciò che rende possibile l'atto il cui esercizio avrà tale effetto. È questa una terza caratteristica di questo tipo di costitutività: (c) la norma costitutiva non è qui tale in quanto è un atto, ma in quanto *rende possibile un atto*.

Dovrebbe risultare sufficientemente chiara, a questo punto, la duplicità originaria del concetto di costitutivo nella teorizzazione di Carcaterra.

In un primo senso, la costitutività delle norme costitutive è il processo immediatamente creativo di un effetto o, più in generale, di uno stato di cose concreto, che tali norme compiono in quanto atti. Ad esempio, è costitutiva una norma abrogativa perché essa, per il fatto stesso di entrare in vigore, appunto abroga. In questo senso, la costitutività delle norme costitutive sembra effettivamente essere, come Carcaterra riconosce a più riprese, un equivalente della performatività degli atti linguistici, ed in particolare di ciò che Searle ha chiamato atti linguistici «dichiarativi» (*declarative speech acts*)¹². Come un atto linguistico dichiarativo, secondo Searle,

¹¹ G. CARCATERRA, *Le norme costitutive*, cit., p. 82; corsivo mio nella seconda occorrenza.

¹² Sui *declarative speech acts*, cfr. J.R. SEARLE, *A Taxonomy of Illocutionary Acts*, cit., pp. 16-20; J.R. SEARLE, D. VANDERVEKEN, *Foundations of Illocutionary Logic*, cit., pp. 56-8. In questi lavori, Searle classifica le *declarations* come casi particolari di atti linguistici. Nel successivo *How Performatives Work*, del 1989, Searle ha sostenuto invece la tesi che qualsiasi tipo di espressione performativa sia un caso di *declaration*, e che tali espressioni si dividono tra *linguistic declarations* e *extra-linguistic declarations*: cfr. J.R. SEARLE, *How Performatives Work*, cit., p. 549. Secondo Paolo Di Lucia, questa nuova tesi configura un «radicale, quanto inconsapevole, ripensamento del concetto di perfor-

se viene compiuto correttamente e a condizioni date, determina il venire ad esistenza dello stato di cose istituzionale che esso descrive (ad esempio, con il dire “questa nave si chiama *Giuseppina*” un pubblico ufficiale attribuisce questo nome alla nave), così una norma costitutiva, per il fatto stesso di essere stata validamente emanata ed essere entrata in vigore, determina l’effetto giuridico che descrive come suo contenuto¹³.

In un secondo senso, la costitutività delle norme costitutive è il processo di creazione di tipi (concetti o, se si vuole, fattispecie astratte) di atti e fatti aventi un determinato significato nel contesto di una specifica pratica. Ad esempio, è costitutiva la regola degli scacchi sul “mangiare un pezzo” perché essa crea la possibilità di un atto che, nel corso di una partita a scacchi, ha un determinato significato e una specifica valenza: di questo atto, essa crea il concetto. In questo senso, tuttavia, la costitutività delle norme costitutive non è più equivalente alla performatività degli atti linguistici dichiarativi, bensì è simile alla capacità creativa di ciò che Searle chiama «regole costitutive» (*constitutive rules*) di quegli atti linguistici¹⁴. Come una regola costitutiva di un atto linguistico, per Sear-

matività» (P. DI LUCIA, *L’universale della promessa*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 38).

¹³ Si è detto qui “descrivere” ma evidentemente ciò che una dichiarazione fa, in questo senso, non è propriamente descrivere. Nella sua forma apparentemente descrittiva, infatti, una dichiarazione determina *ipso facto* la sussistenza dello stato di cose descritto. Scrive Carcaterra a questo proposito: «Descrivere è riconoscere un oggetto o un evento come esistente indipendentemente dall’atto descrittivo stesso [...]. Ora, quando il legislatore ha detto “l’art. 100 del codice penale è abrogato”, non stava constatando una già avvenuta abrogazione; quando ha stabilito che l’ordinamento italiano “si conforma alle norme dell’ordinamento internazionale generalmente riconosciute”, non prendeva atto di una conformità realizzata di per sé; quando ha dichiarato che la moglie “ha” il domicilio del marito, non stava raccontando un fenomeno esistente per suo conto. Tutte queste situazioni sono venute in essere non già indipendentemente dall’atto, bensì proprio in seguito al suo porsi e alla sua forza» (G. CARCATERRA, *Le norme costitutive*, cit., p. 58; cfr. anche p. 122). Searle ha discusso questa peculiare dialettica tra descrizione e creazione, che è tipica delle *declarations*, utilizzando il concetto di «doppia direzione di adattamento» (*double direction of fit*): cfr. ad esempio J.R. SEARLE, *A Taxonomy of Illocutionary Acts*, cit., pp. 3-4, 19.

¹⁴ L’equivalenza tra eidetico-costitutività e il concetto di *constitutive rules* in Searle deve essere qui intesa come una equivalenza di massima: in realtà, come è

le, determina le condizioni di esecuzione e il fine illocutivo (*illocutionary point*) tipico di quell'atto, così una norma costitutiva in questo secondo senso, per il fatto stesso di essere stata validamente emanata ed essere entrata in vigore, determina le condizioni di esecuzione e gli effetti tipici di atti (o le condizioni di sussistenza e la valenza tipici di fatti) che sono resi significanti dalla norma stessa.

Il primo a notare questa differenza tra due sensi del concetto di costitutivo è stato Amedeo G. Conte. Seguendo la sua terminologia, chiameremo il primo tipo di costitutività "thetico-costitutività", poiché essa consiste nel porre attualmente il proprio oggetto (da cui l'espressione 'thetico'), mentre chiameremo il secondo tipo di costitutività "eidetico-costitutività", poiché essa consiste nel costituire in primo luogo un concetto (un tipo, una fattispecie astratta) di atti o fatti, e nel rendere in tal modo possibili questi atti o fatti in quanto significanti (proprio da questo aspetto di costitutività concettuale discende l'espressione 'eidetico')¹⁵.

2.2. Differenze e relazioni tra i due sensi di 'costitutivo'

Che il concetto di costitutivo in *Le norme costitutive* di Carcaterra sia effettivamente duplice, tuttavia, non è da darsi per scontato: se infatti, da un lato, i due sensi di 'norma costitutiva' sono intesi a spiegare fenomenologie distinte, dall'altro queste fenomenologie mostrano, per certi versi, tratti comuni che parrebbero ricondurle ad unità.

Come abbiamo visto, i due sensi di 'norma costitutiva' individuati si differenziano sotto tre aspetti: (a) sotto l'aspetto dell'elemento *costituente* (ovvero, della natura di ciò che costituisce), (b)

stato in più occasioni mostrato, ad esempio da Conte, alcuni tipi di *constitutive rules* di Searle nella forma tipica "*X counts as Y in context C*" non sono propriamente eidetico-costitutive del termine Y: è questo, tra gli altri, il caso di ciò che Searle chiama «regole essenziali» (*essential rules*) degli atti linguistici. Su questo, si veda *infra*, cap. III, § 2.2.

¹⁵ Come il lettore delle opere di Conte noterà, della thetico-costitutività e della eidetico-costitutività utilizziamo qui l'espressione e il concetto, ma non la definizione, in quanto quest'ultima è legata alla teoria della costitutività come condizione formulata da Conte, una teoria che discuteremo criticamente *infra*, § 3.2.