

Diritto, magia e performatività

Giacomo Viggiani

Università degli Studi di Brescia
giacomo.viggiani@hotmail.it

Abstract It is a general belief that rights and duties are something real and existing. When we claim we have a right to do something, we speak as we have a power to do that thing. According to the common opinion, this power consists in the possibility to activate the legal process against the people violating our right. However, the legal process makes the duty mandatory and forces people to respect my right, but their conscience will not feel the duty as obligatory. At the same time, I believe that I have a right before activating the legal process, which only enforces a right that I already have. What are these rights and duties then? The paper explores the solution suggested by Scandinavian realism, which claims that binding power of the law derives from ancestral faith in the power of verbal magic.

Keywords: Magic, Performativity, Law as a fact, Scandinavian realism, Olivecrona, Hägerstrom

1. Il grande mistero di Kelsen

Alla fine degli anni Novanta, il filosofo e sociologo Bourdieu scriveva che non era mai venuto meno in lui

lo stupore di fronte a quello che si potrebbe chiamare il *paradosso della doxa*, il fatto cioè che l'ordine del mondo [...], i suoi obblighi e le sue sanzioni, venga più o meno rispettato [...] (basti pensare allo straordinario accordo di migliaia di disposizioni – o di volontà – presupposto da cinque minuti di traffico automobilistico) (BOURDIEU 1998, trad. it. 2009: 7).

Quando Bourdieu parla di 'ordine del mondo' intende soprattutto l'ordine sociale e in particolare il dominio del genere maschile all'interno della società. In quanto creazione 'sociale' dell'uomo, il diritto fa parte a pieno titolo di questo ordine, verso il quale il pensatore francese individua un'accettazione dossica e paradossale. Ora, è opinione comune che il fine del diritto sia quello di determinare i diritti e i doveri delle persone e assicurarsi che vengano rispettati, come è dato per scontato che le norme istituite dal diritto abbiano un effetto vincolante su tutti i membri di una comunità, che essi siano d'accordo oppure no. Nella teoria generale del diritto, ciò vale anche a differenziare le norme giuridiche dalle norme morali, le quali invece non sono né universali né obbligatorie¹. La legge – e le conseguenze della sua trasgressione – è uguale per tutti, la morale – e l'eventuale senso di colpa – solo per

¹ Fanno ovviamente eccezione quegli ordinamenti in cui diritto e morale coincidono.

l'individuo che aderisce a essa. Al contrario della norma morale, la violazione della norma giuridica implica sempre che chi la ha violata sarà oggetto di una sanzione esterna. Da tale obbligatorietà e universalità scaturisce quella che è normalmente definita la forza vincolante del diritto. La vincolatività è un aspetto talmente essenziale della norma giuridica, che appare inconcepibile l'esistenza di una norma giuridica non vincolante. O è vincolante o non è. È per questo che *rights talk*, i diritti parlano, come titola un famoso saggio (GLENDON 1991), perché il loro linguaggio ha una dimensione deontica: appartiene alla dimensione del dover essere più che dell'essere².

Quando parliamo di questi diritti e doveri, li trattiamo come se fossero qualcosa di effettivamente esistente, ci sembrano qualcosa di reale; e non c'è dubbio che il diritto vincoli i membri di una società in un modo molto concreto tramite un variegato ventaglio di sanzioni. Eppure sarebbe alquanto arduo provare l'esistenza empirica di un diritto o anche solo immaginarlo in una forma definita. Sarebbe più facile pensare un cavallo alato che un diritto, benché il primo non abbia alcuna influenza nel mondo fenomenico al contrario del secondo. Pegaso non esiste ma lo possiamo disegnare, un diritto non solo non esiste, ma non lo possiamo nemmeno disegnare; eppure siamo certi che con una compravendita ci sia un passaggio di un diritto di proprietà da una persona all'altra. Ma che cosa ha acquisito l'acquirente in cambio di denaro, se il diritto di proprietà in questione non esiste? Non è un caso che inizialmente il diritto fosse stato affrontato con un approccio di carattere metafisico. Per i maestri del giusnaturalismo, per esempio, i diritti positivi, una volta creati in accordo al diritto naturale, appartenevano a un mondo iperuranico e implicavano per il loro titolare una sorta *potestas* spirituale esercitabile sugli altri. Così nel caso di una compravendita, il debitore alienava una parte della sua libertà verso il creditore, che così acquisiva una *potestas* su di lui. Questa *potestas* consisteva nella creazione di un legame quasi mistico tra le due persone, per la quale il debitore si sentiva interiormente obbligato a pagare il creditore. Tale obbligo, che era di natura morale, derivava dal principio di diritto naturale per cui *pacta sunt servanda*, a sua volta scaturente dalla volontà di Dio.

Il difetto della soluzione giusnaturalistica risiede ovviamente nel fatto che è legata all'esistenza di Dio e fa dipendere la validità del diritto positivo da quello naturale, una concezione abbandonata nel giuspositivismo. In tempi più recenti Austin (AUSTIN 1832) ha infatti sostenuto che l'aver un diritto non implichi nessuna *potestas* sovrasensibile, ma consista nel ben più concreto potere di far del male a qualcuno, attivando il meccanismo giudiziario, in caso di violazione del diritto. Avere un dovere si riduce così a uno stato di costrizione imposta da un'altra persona, la quale ha la facoltà di trasformare la costrizione da teorica a pratica. In poche parole, secondo Austin si obbedirebbe solo per paura delle sanzioni. Ma se Austin avesse ragione, l'impegno a onorare un contratto «sarebbe pressappoco lo stesso di chi promette denaro a un brigante» (HUME 1739, trad. it. 2001: 1039), e ci troveremmo davanti non tanto a un modello di giustizia, quanto a uno di banditismo (HART 1961, trad. it. 2002: 24). Non c'è dubbio che il sistema sanzionatorio abbia un potente effetto deterrente o obbligante; tuttavia la semplice paura della sanzione non rende il comportamento obbligatorio in senso stretto. L'individuo insomma non

² Ed è sempre per questo motivo che nel discorso politico si assiste a una sempre maggiore proliferazione del linguaggio dei diritti, tanto da apparire 'insaziabile' (PINTORE 2001). È ovvio che un abuso di tale linguaggio ha come conseguenza il depotenziamento dei diritti a meri artifici retorici, in particolare nel caso in cui sia strumentale a nascondere ben altri interessi.

si *sentirebbe* obbligato, ma anzi non aspetterebbe altro che il bandito si distrugga, o, fuor di metafora, che il braccio dello Stato perda la sua forza per venir meno al suo dovere:

Se così fosse, allora potremmo sostenere con eguale ragione che vi è una norma obbligatoria che proibisce di mettere le mani sul fuoco; le conseguenze di un simile atto sono oltremodo spiacevoli e tuttavia noi non ci sentiamo *obbligati* a non compierlo. In altri termini lo stare lontani dal fuoco non è sperimentato come un dovere. Si tratta soltanto del nostro interesse. Il diritto invece è considerato vincolante senza alcun riferimento all'interesse personale (OLIVECRONA 1939, trad. it. 1967: 8).

Kelsen (KELSEN 1960), come è noto, ha cercato di elaborare una teoria alternativa a quella imperativistica di Austin, definendo la norma giuridica come un giudizio ipotetico dove la condizione è l'illecito e la conseguenza la sanzione. Mentre per Austin se c'è l'illecito "A" allora c'è (*sein*) la sanzione "B", per Kelsen se c'è l'illecito "A" deve esserci (*sollen*) la sanzione "B". La differenza tra *sein* e *sollen* è che in tedesco il verbo *sein* indica una relazione di carattere fisico necessaria e intrinseca, mentre *sollen* esprime un rapporto di imputazione non necessario ed estrinseco. Una norma giuridica per Kelsen non instaura una relazione fattuale tra illecito e sanzione, ma si limita a esprimere l'idea che qualcosa deve accadere, senza dire nulla sul comportamento effettivo dell'individuo. Il *Sollen* kelseniano cerca così di mantenere un'equa distanza dal mondo fattuale e dalla sua ineluttabilità, da un lato, e dall'universo morale e dalla sua relatività dall'altro. Tuttavia Kelsen si scontra ben presto con un nodo concettuale che è incapace di sciogliere: perché allora, liberata sia dalla paura delle sanzioni che dalla relatività degli obblighi morali, la relazione "se A è, B deve essere" funziona? Perché ci sentiamo obbligati? Kelsen non sa rispondere e si limita a dire che il *Sollen* funziona, ma che il suo funzionamento è «il grande mistero del diritto e dello stato» (KELSEN 1911: 411; CASTIGNONE 2008).

2. La nudità del re

Il difetto di Austin, a cui cercò di porre rimedio Kelsen, è di aver confuso la doverosità di un'azione con la sanzione che segue all'azione (o all'inazione). Esse sono invece due elementi distinti, e l'esistenza della sanzione non riesce a spiegare perché ci si senta obbligati a fare o a non fare qualcosa. La sanzione è infatti comminata in seguito alla violazione di una norma che è appunto obbligatoria. L'obbligatorietà deve precedere logicamente la sanzione affinché quest'ultima possa avere senso. D'altronde è anche impensabile che lo Stato possa sempre controllare ogni singolo cittadino tenendogli una pistola puntata alla testa ogni minuto del giorno³. Senza disconoscere la funzione che la paura della sanzione svolge nel far conformare la nostra condotta alla lettera della legge – non a caso Agostino d'Ippona, già nel IV sec., notava acutamente che se gli uomini cooperassero sempre pacificamente non ci sarebbe bisogno di pene e punizioni – il potere dell'autorità non può semplicemente basarsi su questa 'pistola puntata alla testa'. La maggioranza dei cittadini deve infatti appoggiare in generale l'esistenza dello Stato, che altrimenti non

³ Si veda su questo Hart (HART 1961, trad. it. 2002) e in particolare la distinzione che egli fa tra punto di vista *interno* e punto di vista *esterno*.

avrebbe le risorse per tenere sotto controllo ogni singolo individuo; e se non è la maggioranza, l'autorità deve essere almeno sostenuta da quella minoranza che è in grado di mettere in atto ciò che la sanzione paventa, ovvero le forze di polizia e le forze armate in genere. Ma in questo secondo caso l'autorità sarebbe sempre ossessionata dalla sua sicurezza, basti pensare alla figura di Stalin, e quindi da una intrinseca fragilità. In questo senso affermava per esempio Arendt (1958 trad. it. 1989: 146-153) che il potere consiste nell'agire in concerto, e che l'isolamento del tiranno distrugge la possibilità stessa del potere. Tuttavia, un diritto non può neanche consistere nel semplice potere di attivare a mio favore la macchina della giustizia, perché per poterlo fare devo già essere titolare di quel diritto. Il mio diritto è antecedente al sistema giudiziario, che si limita a riconoscermi un diritto che già ho. Senza contare che l'azione giudiziaria è chiamata in causa solo quando il mio diritto non è rispettato, e quindi riguarda la sua efficacia più che la sua esistenza⁴. Ma allora perché il diritto ha questa forte presa su di noi?

Rimane ancora una possibilità, la più radicale, ovvero che la forza vincolante del diritto non sia un fatto, ma nemmeno un'entità sovrasensibile, ovvero che semplicemente non esista, sia il frutto della nostra immaginazione. È questa la posizione dei realisti della scuola scandinava di Uppsala⁵. Afferma Olivecrona (OLIVECRONA 1939, trad. it. 1967: 75) che un diritto è un potere fittizio, «una semplice parola che non si riferisce a nulla di realmente esistente al di fuori dell'immaginazione degli uomini» e quindi il diritto di proprietà non è altro che «un potere immaginario nei confronti di un bene» (OLIVECRONA 1939, trad. it. 1967: 93). Il re insomma è nudo. Ma come nella fiaba di Andersen, il re, seppur nudo, era *convinto* di essere vestito. I suoi consiglieri gli avevano confezionato infatti “un bel nulla” convincendolo che si trattava di un unico quanto meraviglioso vestito con la proprietà di essere invisibile a chi non lo sapeva apprezzare. Come il re della fiaba così il diritto è nudo, non ha nessuna forza vincolante, ma la credenza nella sua realtà rende reale questa vincolatività. Se i diritti e i doveri non sono reali, lo sono tuttavia husserlianamente gli stati emozionali a essi connessi, quel senso di potere che percepiamo quando siamo titolari di un diritto e quel senso di obbligatorietà che sentiamo di fronte a un dovere. Un potere immaginario che riesce insomma a convincere la coscienza. È *l'idea*, la convinzione di avere un diritto che genera una sensazione di potere nel titolare. Analogamente, quando affermo di avere un dovere, sto in verità dicendo che la mia coscienza sta provando una sensazione di dovere verso quel comportamento. Detto altrimenti, se diritti e doveri non sono reali nel senso di fare parte del contesto spazio-temporale in cui viviamo, lo sono però nella misura in cui è reale la credenza della loro realtà nella mia coscienza, e sono reali gli effetti di tale credenza sul mio comportamento.

Il problema che ci troviamo di fronte è allora come vengono creati questi diritti e questi doveri che si crede di avere e di dover rispettare. Se i diritti e i doveri non sono reali, ma reale è solo lo stato della coscienza a essi relativo, la questione è come e

⁴ La forza vincolante di una norma va, infatti, distinta dalla sua efficacia. Secondo Ferrajoli (FERRAJOLI 2001), una norma inefficace, ovvero priva di sanzione, è pur sempre vincolante, anche se ci troviamo davanti a una lacuna giuridica – relativa alla sanzione appunto – che deve essere colmata. Al contrario, per Guastini (GUASTINI 2006), forza vincolante ed efficacia sono le due facce della stessa medaglia, per cui una norma vincolante ma non efficace è niente più che un diritto di ‘carta’.

⁵ Sul realismo scandinavo si veda Castignone (CASTIGNONE 1974). Il realismo scandinavo non va confuso con quello americano, dove i diritti sono invece considerati come anticipazioni delle pronunce dei giudici (TARELLO 1962).

perché si danno questi stati emotivi di potere e di dovere nella coscienza. Ora, è evidente che non possiamo far sorgere in noi un senso di potere o di dovere con un semplice atto di volontà, poiché la volontà non crea mai nuovi sentimenti. Se dunque i diritti e i doveri sono un «parto dei sentimenti» (HUME 1739, trad. it. 2001: 1005), non possiamo crearli semplicemente volendolo. Dice sempre Hume che per perfezionare un contratto gli uomini usano una certa formula verbale, la quale è sì voluta, ma che fa sorgere anche un sentimento di obbligo in colui che la usa. Tuttavia il filosofo scozzese non riesce poi a spiegare adeguatamente perché usando una certa formula la volontà riesce a influenzare la coscienza, tanto che afferma poco dopo che

si tratta di una delle operazioni più misteriose e incomprensibili che si possano immaginare, paragonabile alla *transustanziazione* o agli *ordini sacri*, in cui una certa forma verbale, unita a una certa intenzione, cambia del tutto la natura di un oggetto esterno, e anche di una creatura umana (HUME 1739, trad. it. 2001: 1037).

Per quanto misteriosamente, è quindi il linguaggio a influenzare la coscienza, rendendo ‘reali’ i diritti e i doveri. Come è noto, la funzione non soltanto descrittiva, ma anche performativa del linguaggio è stata sottolineata da Austin (AUSTIN 1962, trad. it. 1987) in alcuni studi considerati pionieristici. Per esempio, la frase «Ti condanno all’ergastolo» pronunciata da un magistrato, non ha certo lo scopo e la funzione di descrivere uno stato di cose, bensì quello di ‘performarlo’, ovvero di condannare qualcuno alla reclusione. Con l’affermazione «Ti condanno all’ergastolo», il magistrato non descrive l’azione, bensì la compie, ovvero compie un’azione affermandola. All’inizio Austin insiste sulla differenza tra enunciati descrittivi ed enunciati performativi e cerca di individuare le caratteristiche peculiari di questi ultimi, come l’uso di alcune classi di verbi e della prima persona del presente indicativo; ben presto però lo stesso Austin si rende conto che non si può mai distinguere in modo netto tra un enunciato descrittivo da uno performativo. Per esempio, «A Roma sta piovendo» è un enunciato descrittivo e non performativo solo se preso astrattamente; calato in un contesto in cui l’ascoltatore ha appena manifestato la sua volontà di recarsi a Roma, appare invece come un invito a non andare a Roma, piuttosto che una descrizione dello stato atmosferico di una città.

Austin afferma dunque che questi enunciati performativi non sono senza senso e hanno condizioni di felicità anziché di verità. Se il mio interlocutore decide comunque di recarsi a Roma nonostante il mio avvertimento sulle cattive condizioni atmosferiche, significa che ho fallito nel mio intento di dissuaderlo, ma non per questo il mio enunciato è meno vero. Gli enunciati performativi non sono mai falsi, però a volte falliscono. Mentre inizialmente Austin si limita a cercare di distinguere gli enunciati descrittivi da quelli performativi, in un secondo tempo (AUSTIN 1962, trad. it. 1987: 71-88) classifica tutto il linguaggio come un insieme di atti linguistici, a loro volta composti da tre atti: 1. Atto locutorio, 2. Atto illocutorio e 3. Atto perlocutorio. L’atto locutorio è il semplice proferire qualcosa in un modo sintatticamente e semanticamente corretto. È quindi essenzialmente un atto fonetico, ovvero fatico. Poiché i fonemi proferiti hanno però un ben preciso significato convenzionale (almeno in parte), l’atto locutorio è anche un atto retico, cioè comunica qualcosa dotato di senso per gli interlocutori. Quando diciamo qualcosa noi compiamo contemporaneamente un altro atto, l’atto illocutorio, ovvero pronunciamo l’atto locutorio con una certa funzione (descrivere, informare, ordinare, comandare, ecc.). È chiaro che l’atto locutorio è comunque condizione di esistenza

dell'atto illocutorio, che per Austin ha natura convenzionale, cioè egli è convinto che una certa formulazione dell'atto locutorio abbia di per sé un valore illocutorio. Proferendo dei fonemi con una certa funzione compiamo talvolta anche un atto perlocutorio, ovvero produciamo, se abbiamo successo, degli effetti extralinguistici sul destinatario. La differenza fondamentale è che nell'atto linguistico illocutorio il proferimento coincide con l'azione proferita (es. «Ti battezzo col nome di Andrea»); in quello perlocutorio il proferimento conduce invece a certi effetti che non coincidono con l'atto linguistico in quanto tale (non recarsi a Roma). In altri termini, eseguire un'azione 'nel dire' qualcosa è diverso da eseguire un'azione 'col dire' qualcosa. In entrambi i casi, per Austin gioca un forte ruolo sia la convenzione che la volontà e l'intenzione del parlante, il quale avrebbe la "forza" per far fare agli astanti quello che vuole.

Di performatività si è occupato anche Searle (1969, trad. it. 1976), prendendo in parte le distanze da Austin. Per esempio, Searle respinge la distinzione operata dal suo predecessore tra atti locutori e atti illocutori, preferendo ricondurre l'elemento illocutorio dentro l'atto locutorio stesso, accettando invece la differenziazione tra effetti illocutori ed effetti perlocutori. Il merito di Searle è però soprattutto quello di aver studiato il ruolo dei performativi nella costruzione della realtà sociale, come titola uno dei suoi saggi più famosi (SEARLE 1955, trad. it. 2006). L'analisi di Searle prende le mosse dalla distinzione tra fatti 'bruti' e fatti 'istituzionali', dove i primi vengono intesi come quei fatti la cui esistenza è indipendente da ogni opinione umana, mentre i secondi come quelli la cui esistenza dipende da istituzioni umane. Così, per esempio, una montagna è tale indipendentemente dall'opinione del genere umano (e dalla sua esistenza), mentre l'essere il primo ministro italiano è possibile soltanto all'interno di determinate istituzioni umane (lo Stato, il governo, le elezioni, ecc.). In relazione a queste istituzioni, Searle distingue anche tra due tipi di regole: le regole 'regolative' e le regole 'costitutive'. Mentre le prime si limitano a regolare attività esistenti già in precedenza, le seconde creano la possibilità stessa di alcune attività. Così, per esempio l'andare a lavoro in bicicletta è un'attività che esiste già prima della regola che prescrive di farlo usando le piste ciclabili, mentre le regole del calcio creano la possibilità stessa di quel gioco. Per fare un esempio giuridico, il diritto penale è composto, per Searle, da regole regolative, in quanto volto a prevenire o punire dei comportamenti che preesistono al diritto penale stesso (furto, omicidio, sequestro, ecc.). Tuttavia, nel momento in cui una persona viola il diritto penale interviene una regola costitutiva che fa sì che a tale persona venga assegnato un nuovo status, quello di colpevole.

Secondo Searle è 'istituzionale' anche l'assegnazione di una funzione di un oggetto fisico che altrimenti non ne avrebbe alcuna. Una cacciavite non è solo un pezzo di metallo con un manico, ma è appunto un cacciavite, perché l'osservatore umano gli imprime questa funzione. Allo stesso modo una pietra può diventare un fermacarte solo se io inizio a considerarla così, pur restando fisicamente niente più che una pietra. La natura non conosce infatti funzioni e non conosce, di conseguenza, disfunzioni. Possiamo affermare che una pietra è un fermacarte migliore di un'altra perché abbiamo già precedentemente impresso alle pietre questa funzione che nel mondo naturale non hanno. All'interno di questa cornice concettuale il ruolo delle espressioni performative è particolarmente importante, in quanto coinvolte nella creazione di molti fatti istituzionali. Ciò avviene perché la struttura di molte regole costitutive prevede che l'atto linguistico X basti a creare lo stato Y, e dunque la regola permette all'atto linguistico X di funzionare come dichiarazione performativa dello stato Y: «Dal momento che dire certe cose conta come concludere un contratto

o aggiornare una riunione, si possono eseguire questi atti dicendo che si stanno eseguendo. Se voi siete il presidente di una società, dire in circostanze appropriate “La riunione è aggiornata”, farà in modo che la riunione sia aggiornata» (SEARLE 1955, trad. it. 2006: p. 65). Se però io non sono il presidente, ma l’uomo delle pulizie che passa nella sala riunioni per svolgere le sue mansioni, ogni mio tentativo di aggiornare la riunione dicendo «La riunione è aggiornata» non avrà alcun effetto. Allo stesso modo il performativo fallirà se è il presidente a dire “La riunione è aggiornata”, ma il contesto e le circostanze non sono appropriate.

La spiegazione di Searle è sicuramente persuasiva, ma gli esempi fatti tendono sempre a essere declinati attraverso la prima persona e ad avere un bersaglio determinato. Non tiene invece conto, come sottolinea Olivecrona (OLIVECRONA 1942, trad. it. 1954: 33; 1971, trad. it. 1972: 246-247), che ci sono degli ‘imperativi indipendenti’, ovvero dei comandi senza un proferente e un destinatario determinato, tra chi è dotato dell’autorità per comandare e chi non può che subire questa autorità (CASTIGNONE 1981). Questi imperativi indipendenti sono appunto gli imperativi del diritto. Un esempio particolarmente icastico è rappresentato dal codice della strada, che difficilmente potrebbe essere classificato come un vero e proprio sistema di comandi in senso classico; eppure esso ha degli effetti perlocutori talmente efficaci da essere seguito in modo automatico dalla maggior parte degli automobilisti⁶. L’archetipo di ogni imperativo indipendente si trova però nella *Genesi* (1, 3), dove Dio proferendo la frase «Sia fatta la luce!» illumina illocutoriamente il mondo. Il comando di Dio è un imperativo indipendente, in quanto non si indirizza a nessuno in particolare; eppure produce un effetto fisico, quello di immettere la luce nel mondo. Ora, nessun uomo – fatta eccezione forse per Alì Babà ne *Le mille e una notte* – è ovviamente in grado di causare un effetto fisico tramite le parole. Se dico «Sia chiusa la porta!», la porta difficilmente si chiuderà da sola; semmai, se il mio imperativo ‘colpisce’ un astante, egli si alzerà e andrà a chiudere la porta. Un effetto fisico, se vogliamo, c’è stato, ma mediato da uno psicologico.

3. Diritto e magia

Neanche il diritto è ovviamente in grado di produrre effetti fisici; tuttavia, il linguaggio giuridico possiede la ‘misteriosa’ capacità – il grande mistero di Kelsen, appunto – di produrre effetti giuridici, cioè modificazioni dello status giuridico di una persona, modificazioni che hanno la qualità di essere oggettive, di valere per tutti, ma senza scaturire da una volontà ben precisa e senza avere dei destinatari predefiniti. Per spiegare meglio questo concetto, prendiamo in prestito a Manzoni un passaggio del VI capitolo de *I Promessi Sposi*:

– Facile, a saperla fare, – replicò Agnese. – Ascoltatemi bene, che vedrò di farvela intendere. Io ho sentito dire da gente che sa, e anzi ne ho veduto io un caso, che, per fare un matrimonio, ci vuole bensì il curato, ma non è necessario che voglia; basta che ci sia.

⁶ Si è suggerito che gli imperativi indipendenti del diritto scaturiscano da una generica ‘volontà dello Stato’ e che siano indirizzati a ogni singolo cittadino. Ma nella prospettiva realista di Olivecrona (OLIVECRONA 1942, trad. it. 1954: 15-19) la volontà dello Stato è un ritorno al giusnaturalismo con lo Stato al posto di Dio, in quanto significherebbe postulare l’esistenza di una entità diversa e superiore dotata di una volontà indipendente rispetto ai singoli individui che compongono lo Stato.

- Come sta questa faccenda? - domandò Renzo.
- Ascoltate e sentirete. Bisogna aver due testimoni ben lesti e ben d'accordo. Si va dal curato: il punto sta di chiapparlo all'improvviso, che non abbia tempo di scappare. L'uomo dice: signor curato, questa è mia moglie; la donna dice: signor curato, questo è mio marito. Bisogna che il curato senta, che i testimoni sentano; e il matrimonio è bell'e fatto, sacrosanto come se l'avesse fatto il papa. Quando le parole son dette, il curato può strillare, strepitare, fare il diavolo; è inutile; siete marito e moglie.
- Possibile? – esclamò Lucia

Nel passo ci troviamo davanti a un chiaro esempio di imperativo indipendente. Le condizioni di felicità dell'enunciato che Renzo e Lucia dovrebbero pronunciare sono la presenza del sacerdote, da un lato, e quella dei testimoni, dall'altro. Ma la carica performativa dell'enunciato non è diretta verso qualcuno in particolare. Se tutto andasse come suggerisce Agnese, e prendessero Don Abbondio di sorpresa, Renzo e Lucia diverrebbero marito e moglie agli occhi di tutti, e Don Rodrigo si dovrebbe rassegnare. Il cambiamento di status civile sarebbe oggettivo e irreversibile, tant'è che il loro tentativo fallisce perché Don Abbondio si accorge di quello stanno per fare e fugge per non venir meno alla promessa estortagli da Don Rodrigo. Il fatto che sia il semplice proferimento di una formula a perfezionare il matrimonio, anche contro la volontà del sacerdote, suggerisce una qualche similarità tra un atto giuridico quale il matrimonio e le antiche forme di magia verbale. In verità Mauss (MAUSS 1950, trad. it. 1965: 13) ha sostenuto, in modo quantomai conciso, che gli atti magici non vanno confusi con gli atti giuridici, con la motivazione che i secondi si limitano a stabilire relazioni contrattuali all'interno di convenzioni, mentre i primi sono in grado di produrre qualcosa di nuovo, di particolare, che esula dalle convenzioni stesse. Ora, se è vero che lo sponsalizio avviene all'interno di una ben precisa convenzione, quella della storia millenaria dell'istituto matrimoniale, non si può ignorare il fatto che è solo attraverso un ben preciso rito verbale, proposto da Agnese, che Renzo e Lucia possono trasformarsi in coniugi. Ma se essere sposati è solo il dispiegarsi di una convenzione, una mera modificazione di uno stato di fatto, come e perché il matrimonio di Renzo e Lucia impedirebbe a Don Rodrigo di mettere in atto i suoi piani? Quale potere di fatto acquisirebbero Renzo e Lucia dal pronunciare le parole suggerite da Agnese davanti al sacerdote? Se Mauss avesse ragione, e il tutto di riducesse *sic et simpliciter* a una convenzione, Don Rodrigo infrangerebbe la convenzione come infrangeva tutti i giorni la legge. Ci deve essere evidentemente un potere che è indipendente dai poteri di fatto di Renzo e Lucia. Questo potere è un potere fittizio, immaginario, fantastico, magico appunto. Ciò che è interessante notare è che la dichiarazione di Lucia non ingiungono nessun comportamento a un destinatario – Don Abbondio è testimone passivo – e sono invece diretti a provocare un nuovo stato di cose.

Con Manzoni siamo tuttavia ancora all'interno di una metafora letteraria e dopotutto lo stratagemma che suggerisce Agnese non è oggi accettato come un modo per celebrare matrimoni. È merito di Hägerström (HÄGERSTROM 1927), fondatore della scuola di Uppsala e «venerato e amato maestro» di Olivecrona (OLIVECRONA 1939, trad. it. 1967: 2) aver notato come il potere performativo del diritto assomigli sorprendentemente alla forme di magia verbale delle comunità primitive e averne studiato le sue manifestazioni nel diritto romano antico. L'intento di Hägerström in *Der römische Obligationsbegriff im Lichte der allgemeinen*

*römischen Rechtsanschauung*⁷ è quello di dimostrare come lo *ius civile* romano fosse in origine un sistema di norme relativo all'esercizio di poteri soprannaturali tra i cittadini, di cui si sarebbe persa negli anni la componente animistica e magica ma di cui sarebbe rimasta l'efficacia, per abitudine o tradizione. Per far questo, egli compie un'analisi del diritto romano e delle sue fonti talmente dettagliata da stupire anche i suoi critici più severi. Tra i vari esempi che fa, tra i più icastici ci sono l'istituto della *possessio* e quello della *mancipatio*⁸. Per quanto riguarda il primo, le fonti sono concordi nel dire che la *possessio* avveniva *et animo et corpore*. La tradizione successiva (ZAMORANI 1977) aveva sempre interpretato la componente del *corpore* come possesso materiale della cosa, mentre quella dell'*animus* come volontà di possedere la cosa, come *animus possidendi*. Questo perché *possessio animo* letteralmente significherebbe possedere con l'animo, un'espressione che appariva senza senso alla tradizione: come si può possedere qualcosa con l'animo? Secondo Hägerström, questa interpretazione è errata perché già nel possesso materiale della cosa, detto anche *naturalis possessio*, deve essere già presente una volontà di possedere. Non si può possedere qualcosa materialmente senza averne la volontà. Peraltro sembra che la *naturalis possessio* non fosse considerata veramente proprietà, poiché le fonti sono concordi nel dire che l'usufruttuario ha una *naturalis possessio* ma *non possidet*. La vera *possessio* è solo con l'animo. Ne è una prova che io possiedo un terreno e mi allontano da esso, perdo temporaneamente la *possessio corpore* ma mantengo la *possessio animo*, ovvero continuo a possederlo 'con l'animo'. Così i giuristi dell'epoca affermano che i minorenni, anche se privi di volontà giuridicamente efficace, possono possedere dei beni *solo animo*, il che conferma che la volontà di possedere non c'entra nulla. Questo, per Hägerström, significa che il diritto di proprietà nascondeva un vincolo mistico tra l'*animus* del proprietario e l'oggetto posseduto:

Il nudo diritto di proprietà [...] era visto soltanto come un potere dell'*animus* del titolare del diritto sull'*animus* dell'oggetto: esso comportava cioè un'astrazione dall'oggetto nella sua corporeità, in maniera tale che il titolare di tale diritto non aveva necessariamente un effettivo potere sulla cosa, sebbene avesse attraverso il potere sull'essenza intima di essa (l'*animus*), la possibilità di acquistarne il possesso di fatto, possibilità che si concretizzava nel ricorso a speciali mezzi magici, come la *legis actio in rem* (FARALLI 1987: 111).

La componente animistica della *possessio* si manifesta direttamente nella cerimonia della *mancipatio*, con cui si celebrava il trasferimento della proprietà, e quindi il trasferimento del legame mistico con la cosa a un'altra persona. Affinché la cerimonia tra l'acquirente e il venditore fosse valida doveva avvenire in presenza di cinque testimoni più il *libripens*, una magistratura minore che assisteva alle compravendite occupandosi di pesi e bilancia. Ora, nelle moderne compravendite, è il venditore che vende qualcosa a qualcuno. Nella *mancipatio* il venditore ha, invece, una posizione completamente passiva. È l'acquirente che, afferrata la cosa, dichiara solennemente «hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio isque mihi esto hoc aere aeneaque libra» (io dico che quest'uomo è mio per diritto dei Quiriti e mi

⁷ Le tesi di Hägerström furono accolte freddamente se non con aperta ostilità, con la parziale eccezione di Lundstedt e Ross. Su questo aspetto di veda Faralli (FARALLI 1987: 71-97).

⁸ Sul diritto romano è poi tornato anche Olivecrona (OLIVECRONA 1949), ribadendo le tesi di Hägerström.

sia comprato con questo rame e con questa bilancia)⁹. Secondo la tradizione, la formula, che doveva essere recitata alla lettera pena l'invalidità dell'atto, aveva la funzione di rendere noto che l'acquisto dava luogo al conseguimento della proprietà. Ma, secondo Hägerström, non può essere così, perché la dichiarazione di proprietà (io dico che quest'uomo è mio per diritto dei Quiriti) precede l'acquisto (e mi sia comprato con questo rame e con questa bilancia); la funzione della formula non è quella di descrivere una situazione giuridica, quella conseguente all'acquisto, ma di realizzarlo tramite forze magiche, creando così una situazione giuridica nuova. Quello che ci troviamo davanti non può che essere un esempio di magia verbale: «che cosa altro, se non magia, è il produrre degli effetti per mezzo di parole recitate solennemente durante un atto rituale in stretta osservanza ad un antico modello?» (OLIVECRONA 1971, trad. it. 1972: 254) Ecco che si capisce il perché il venditore abbia una posizione passiva: egli tace per non impedire all'acquirente di concludere la formula magica con cui crea il suo legame mistico con la cosa che sta per acquistare. Se lo facesse, la compravendita fallirebbe e la *possessio animo* non si realizzerebbe.

Posto che gli imperativi indipendenti del diritto possono essere considerati come la forma secolarizzata di antiche forme di magia verbale, resta da spiegare perché non solo il proferente di «hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio isque mihi esto hoc aere aeneaque libra» era convinto di effettuare un passaggio di proprietà, ma anche tutti gli astanti e finanche l'intera società. Io posso credere che le mie parole abbiano un potere magico e performativo, ma se gli altri non lo credono e non credono nella convenzione che sostiene l'atto, il performativo rischia seriamente di fallire, anzi fallirà sicuramente. Solo Dio è sempre certo di realizzare illocutoriamente ciò che pronuncia. A questo interrogativo Hägerström e Olivecrona omettono di dare una risposta, affermando che è un problema che concerne non tanto la teoria del diritto o la filosofia del linguaggio quanto l'antropologia. Al contrario, Searle (1955, trad. it. 2006) non si è tirato indietro rispetto a questo interrogativo e ha tentato di dare una risposta con il concetto di 'intenzionalità collettiva'. Tornando al nostro esempio sulla funzione della pietra come fermacarte, non tutti potremmo essere d'accordo su questa funzione della pietra. La pietra-fermacarte non è ancora un fatto istituzionale, non è ancora epistemicamente oggettiva come il matrimonio o la proprietà. Per il momento sono io che *uso* la pietra come fermacarte, ma essa non *conta* ancora come fermacarte. Affinché inizi a *contare* come fermacarte c'è bisogno di «un elemento di magia, il comparire di un trucco, un gioco di prestigio» (SEARLE 1955, trad. it. 2006: 55), un'abilità biologicamente primitiva della specie umana quale l'intenzionalità collettiva, nella misura in cui è portata a condividere stati intenzionali come credenze e desideri:

L'idea è che se noi intendiamo fare qualcosa insieme, allora ciò consiste nel fatto che intendo farlo con la credenza che anche tu intenda farlo; e tu intendi farlo con la credenza che anch'io intenda farlo. E ciascuno crede che l'altro abbia queste credenze, e ha queste credenze riguardo a queste credenze, e riguardo a queste credenze, ecc., in una gerarchia potenzialmente infinita di credenze (SEARLE 1955, trad. it. 2006: 34).

Secondo Searle, l'intenzionalità collettiva è un'abilità primitiva perché non può essere ridotta a intenzionalità individuale, né è la somma di intenzionalità individuali

⁹ Nell'esempio tratto dalle fonti si fa l'esempio della vendita di uno schiavo, che era comunque assimilabile a un oggetto.

integrate da mutue credenze. Una nozione siffatta di intenzionalità collettiva sembrerebbe però paventare una forma di olismo metodologico e di organicismo¹⁰. Ma per Searle questo pericolo è solo apparente, in quanto nessuno mette in dubbio che la vita intenzionale avviene all'interno del cervello dei singoli individui; semplicemente, non è detto che per questo motivo tutta la vita mentale debba essere espressa nella forma "Io intendo che" anziché "noi intendiamo che". Detto altrimenti, l'intenzionalità collettiva è un senso del fare qualcosa insieme nel quale l'intenzionalità individuale viene pacificamente sussunta¹¹. Essa è particolarmente importante nella cooperazione umana e nella creazione dei fatti istituzionali, perché una pietra-fermacarte resta appunto un fermacarte dopo che io gli ho assegnato quella funzione solo se c'è un'accettazione collettiva continuata e il riconoscimento della validità della funzione assegnata da parte della società. In questo senso tutti i fatti istituzionali sono ontologicamente soggettivi, ma anche epistemicamente oggettivi, perché sono il risultato dell'intenzionalità combinata di coloro che ne fanno uso.

5. Conclusioni

Tornando allora all'inizio di questo contributo e allo stupore di Bourdieu, possiamo adesso cercare di rispondere al quesito sul perché *sentiamo* il diritto come vincolante. In origine, come hanno mostrato Hägerström e Olivecrona, 'il fare cose con le parole' avveniva su un piano letterale, cioè le parole realizzavano illocutoriamente il loro contenuto semantico all'interno di una cornice di magia verbale che assegnava al linguaggio questa funzione poetica. Sul perché le parole avessero questa funzione creatrice, possiamo dire con Searle che questa funzione gli era assegnata e poi era stata collettivamente accettata per vari motivi antropologici di cui ha dato ampiamente conto Malinowski (1935) nei suoi studi sugli abitanti delle isole Trobriand, in Melanesia, per i quali la potenza della magia risiedeva proprio nelle parole recitate ritualmente. Sulla stessa linea si collocano anche gli studi antropologici di Tambiah (1985, trad. it. 1995), il quale ha messo in evidenza come non vi sia libro sull'origine del mondo che non faccia riferimento al potere magico della parola:

Gli inni vedici speculavano sul *vāc* ("la parola") e affermavano che gli dei governavano il mondo attraverso formule magiche; la religione parsi stabilisce che nella lotta tra il bene e il male è grazie alla parola pronunciata che il caos si sarebbe trasformato in cosmo, l'antico Egitto credeva in un dio della parola; i semiti e i sumeri sostenevano che il mondo e i suoi oggetti erano stati creati

¹⁰ Anche se non è l'argomento del presente articolo, va detto che il concetto di intenzionalità collettiva di Searle è stato sottoposto a diverse critiche (CELANO 2003) e in particolare è stato accusato di essere una forma di 'spirito hegeliano mascherato' (FERRARIS 2009). Secondo Ferraris, per esempio, se questa intenzionalità collettiva esistesse davvero, non ci sarebbe bisogno delle elezioni, ma anzi basterebbe fare autocoscienza. Se una tale intenzionalità esiste, meglio cercarla «non nella testa, ma nei testi» (FERRARIS 2009: 170), ovvero in quella che egli chiama 'documentalità'. Per Ferraris, è l'iscrizione, la traccia iscritta e impressa sull'oggetto fisico a determinare un oggetto sociale e da far valere in caso di controversie su quest'ultimo.

¹¹ Riflettendo sull'importanza e sull'influenza che alcune idee hanno avuto nel corso della storia, Santambrogio (2003: 28-130) si dice d'accordo con Searle, anche se lo rimprovera di non aver spiegato adeguatamente come funziona il rapporto tra intenzionalità individuale e intenzionalità collettiva.

dalla parola di dio; e la dottrina greca del logos postulava che l'anima o essenza delle cose stava nei loro nomi (TAMBIAH 1985, trad. it. 1995: 56-57).

Col passare dei secoli e l'abbandono delle vecchie credenze, il linguaggio giuridico avrebbe poi perso la sua componente consapevolmente magica, pur mantenendo la sua vincolatività sotto forma di prassi, ovvero di mutua accettazione collettiva. Non c'è nulla, in conclusione, che renda il diritto effettivamente vincolante, se non la nostra credenza che lo sia, proprio come i consiglieri nella fiaba di Andersen vestivano il loro re di un abito che nessuno poteva vedere, ma che il re credeva di vedere perché credeva che gli altri lo vedessero. Ciò non significa che diritti e doveri siano categorie inutili; essi hanno, infatti, una importantissima funzione segnica e informativa, in quanto riescono a influenzare il comportamento delle persone, proprio come la luce verde o quella rossa nel codice della strada. Parole 'vuote', dunque, ma essenziali per il vivere comune. Basti pensare all'importanza di una parola vuota come l'unità monetaria. Che cos'è, per esempio, una sterlina, si chiedono sia Olivecrona (OLIVECRONA 1957) che Searle (SEARLE 1955, trad. it. 2006: 47-53)? Rispetto alla pietra utilizzata come fermacarte, il passaggio dal fatto bruto al fatto istituzionale è più difficile, perché nessuna caratteristica intrinseca a un foglio di carta può di per sé giustificare il suo utilizzo come denaro, mentre la pietra si presta a fare da fermacarte perché è pesante. Searle enuclea anche il percorso che avrebbe portato al denaro come lo conosciamo oggi: inizialmente la moneta-merce era l'oro, ovvero l'oro funzionava da merce di scambio perché intrinsecamente dotato di valore; in seguito la moneta-contratto consisteva in cambiali di pagamento dotate di valore, perché in ogni momento convertibili in oro o simili; infine, siamo arrivati alla moneta di oggi dimenticandoci dell'oro e tenendo solo i fogli di 'carta'. Eppure, una banconota da una sterlina non è essa stessa una sterlina, ma la rappresenta soltanto. Su di essa c'è peraltro scritto che è possibile andare alla Banca d'Inghilterra e chiedere che venga cambiata in una sterlina vera e propria; ma ciò che si otterrebbe sarebbe una nuova banconota da una sterlina. Se chiedessimo di cambiare anche questa, otterremmo un'altra banconota da una sterlina e così via all'infinito. Il punto è che la sterlina in quanto tale non esiste e non è mai esistita come indipendente dall'oro, se non nell'uso linguistico, eppure non potremmo ormai più farne a meno.

Bibliografia

ARENDT Hannah (1958), *The Human Condition*, (*Vita activa. La condizione umana*, trad. di Finzi Sergio, Bompiani, Milano, 1989).

AUSTIN, John (1832), *The Province of Jurisprudence Determined*, Cambridge University Press, Cambridge, 1995.

AUSTIN, John Langshaw (1962), *How to Do Things with Words*, (*Come fare cose con le parole*, trad. di Villata Carla, Marietti, Genova-Milano, 1987).

BOURDIEU, Pierre (1998), *La domination masculine*, Seuil, Paris, (*Il dominio maschile*, trad. di Serra Alessandro, Feltrinelli, Milano, 2009).

CASTIGNONE, Silvana (1974), *La macchina del diritto. Il realismo giuridico in Svezia*, Edizioni di Comunità, Milano.

CASTIGNONE, Silvana (1981), «Le parole del fare: Austin, Olivecrona, Ross e la “fallacia performativa”», in *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, N. 11, pp. 439-458.

CASTIGNONE, Silvana (2008), «Il grande mistero di Hans Kelsen. Validità ed efficacia nel formalismo kelseniano e nel realismo scandinavo», in *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, n. 2, pp. 347-356.

CELANO, Bruno (2003), *Intenzionalità collettiva, false credenze. Due aspetti problematici dell'ontologia sociale di J.R. Searle*, in DI LUCIA, Paolo, a cura di, *Ontologia sociale. Potere deontico e regole costitutive*, Quodlibet, Macerata, 2003, pp. 71-98.

FARALLI, Carla (1987), *Diritto e Magia*, Clueb, Bologna.

FERRAJOLI, Luigi (2001), a cura di Ermanno VITALE, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Laterza, Bari.

FERRARIS, Maurizio (2009), *Documentalità. Perché è necessario lasciar tracce*, Laterza, Bari.

GLENDON, Mary Ann (1991), *Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse*, The Free Press, New York.

GUASTINI, Riccardo (2006), *Il diritto come linguaggio*, Giappichelli, Torino.

HÄGERSTROM, Axel (1927), *Der römische Obligationsbegriff im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung I*, Almqvist & Wiksell, Leipzig.

HART, Herbert (1961), *The Concept of Law*, Oxford: Oxford University Press (trad. it. *Il concetto di diritto*, trad. di Cattaneo Mario A., Einaudi, Torino 2002).

HUME, David (1739), *A Treatise of Human Nature*, (*Trattato sulla natura umana*, trad. di Guglielmoni Paolo, Bompiani, Milano 2001).

KELSEN, Hans (1911), *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, J.C.B. Mohr, Tübingen.

MALINOWSKI, Bronisław (1935), *Coral Gardens and Their Magic*, Allen & Unwin, London.

MAUSS, Marcel (1950), *Sociologie et anthropologie*, Quadrige, Paris, (*Teoria generale della magia*, trad. di Zannino Franco, Einaudi, Torino 1965).

OLIVECRONA, Karl (1939), *Law as Fact*, Oxford University Press, London.

OLIVECRONA, Karl (1942), «Der Imperativ des Gesetzes», Kopenhagen, Munksgaard («L'imperativo della legge», trad. di F. Cordero, in *Jus*, pp. 451-467, 1954).

OLIVECRONA, Karl (1949), *Three Essays in Roman Law*, Ejnar Munksgaard, Copenhagen.

OLIVECRONA, Karl (1957), *The Problem of Monetary Unit*, Macmillan, New York.

OLIVECRONA, Karl (1971), *The Structure of a Legal Order*, 2nd. ed. London: Steven & Sons (*La struttura dell'ordinamento giuridico*, trad. di Enrico Pattaro, Etas Compass, Milano 1972).

PINTORE, Anna (2001), *Diritti insaziabili*, in FERRAJOLI, Luigi (2001), a cura di Ermanno VITALE, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Laterza, Bari, pp. 179-200.

SANTAMBROGIO, Marco (2003), *Linguaggio e intenzionalità collettiva*, in DI LUCIA, Paolo, a cura di, *Ontologia sociale. Potere deontico e regole costitutive*, Quodlibet, Macerata, 2003, pp. 125-135.

SEARLE, John Rogers (1955), *The Construction of Social Reality* (*La costruzione della realtà sociale*, trad. di Bosco Andrea, Einaudi, Torino 2006).

SEARLE, John Rogers (1969), *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, (*Atti linguistici. Saggi di filosofia del linguaggio*, trad. di, Boringhieri, Torino 1976).

TAMBIAH, Stanley Jeyaraja (1985), *Culture, Thought, and Social Action. An Anthropological Perspective*, Harvard University Press (*Rituali e cultura*, trad. di Garavini Daniela, Il Mulino, Bologna 1995).

TARELLO, Giovanni (1962), *Il realismo giuridico americano*, Giuffrè, Milano.

ZAMORANI, Pierpaolo (1977), *Possessio e animus*, Giuffrè, Milano.