



ANGELA CONDELLO

Post-doc Fellow - Käte Hamburger Kolleg "Recht als Kultur", Bonn, Germania

IL POLIMORFISMO DELLA GENERALIZZAZIONE NEL DIRITTO: UNA PROSPETTIVA FILOSOFICO-GIURIDICA ¹

SOMMARIO: 1. Generalizzazione, generalità e universalità: fra ontologia ed epistemologia. – 2. I diversi momenti della generalizzazione nel diritto. Il primo: type e token. – 2.1. Segue: il secondo momento della generalizzazione. Il tipo, la fattispecie, lo standard. – 2.2. Segue: il terzo momento della generalizzazione. Clausole e principi generali. – 3. Il problema degli universali in filosofia. – 4. Generalizzazione e finzione. – 4.1. Generalizzazioni nel diritto come finzioni "in atto".

1. – Riguardo alla rilevanza costitutiva del nesso fra generalizzazione e diritto, ancor più fra generalità e normatività giuridica, è insensato obiettare e intuitivamente ingiustificabile persino dubitare. Che il diritto consista di norme generali e astratte, è cosa nota e immediatamente verificabile tanto sul piano strutturale quanto su quello funzionale. La presunta indiscutibilità di questo nesso non esclude, d'altra parte, che un'analisi possa svolgersi intorno alle varie forme della generalizzazione nel diritto: proprio il polimorfismo della generalizzazione e il suo carattere multilivello sono al centro di questo intervento.

Se ciò che si vuole sostenere è, anzitutto, il carattere multiforme della generalizzazione nel diritto, è opportuna una brevissima precisazione semantica che serva non solo a chiarire l'ambito di applicazione di alcuni dei termini diffusamente utilizzati in questo saggio, ma anche a precisare le distinzioni fra i vari aspetti della generalizzazione nel diritto. Con il termine 'generalizzazione', infatti, si può fare riferimento tanto a un processo scientifico induttivo, quanto al prodotto dello stesso: la generalizzazione può essere dunque sia una forma di ragionamento induttivo che dal particolare, attraverso la selezione di proprietà significative, risale verso il generale – che il prodotto del processo, e quindi l'oggetto della generalizzazione. In questo secondo senso, la generalizzazione intesa come oggetto di un percorso induttivo di risalita dalla specie al genere è affine alla generalità, ossia alla proprietà dell'essere generale, cioè comune a più casi particolari. Nel saggio, il termine usato con frequenza maggiore è 'generalizzazione', trattandosi di una prospettiva filosofico-giuridica e non di una digressione filologica sul rapporto fra un termine e tutti i referenti del campo semantico di quest'ultimo. Cionondimeno, questa decostruzione del campo di referenti connessi all'idea di "generalizzazione" (nel linguaggio e nel diritto) è utile a preservare una certa consapevolezza metodologica sul punto, per non rischiare – al contrario – l'utilizzo indistinto del termine 'generalizzazione', che implicherebbe (quello sì)

¹ Il saggio costituisce la rielaborazione di una relazione avente il medesimo oggetto svolta nell'ambito di un'iniziativa promossa dalla Scuola Dottorale Internazionale Tullio Ascarelli: "Seminari interdisciplinari: dialoghi tra filosofia del diritto, storia e diritto civile".



l'inesattezza dell'analisi, insieme a una profonda sconnessione nel discorso. Precisata la distinzione fra generalizzazione come processo, generalizzazione come oggetto di tale processo, e generalità come carattere o proprietà, si osservi infine il termine 'universale': da *unus*, "uno", e *versus*, participio passato di *vertere* (volgere) – universale è ciò che si ottiene facendo convergere una molteplicità in unità, tentando di ricondurre a un ordine una complessità. Altrettanto evidente è allora il nesso fra universalità e diritto, e ciò diviene particolarmente interessante se l'universalità è approcciata dalla prospettiva filosofica ².

La decostruzione del campo semantico della generalizzazione nei suoi diversi referenti è inoltre funzionale a collocare la prospettiva di questo saggio all'intersezione fra ontologia ed epistemologia; la generalizzazione serve, infatti, prima di tutto per collocare ordinatamente le molteplicità in rapporto a caratteri di uniformità: serve, dunque, traducendo la medesima tesi in una terminologia filosoficamente più appropriata, a classificare e categorizzare, secondo dei criteri uniformanti, la realtà e gli oggetti che in essa si trovano. Data questa premessa, attraverso la generalizzazione si procede a un'organizzazione di ciò che esiste nel sistema-diritto, quindi si lavora sul piano ontologico; d'altra parte, nel fare ciò si risponde non solo all'esigenza di un ordinamento di organizzare degli elementi secondo criteri, ma anche a una tensione cognitiva, poiché risalendo da livelli particolari a livelli generali si tenta sempre di predicare qualcosa del particolare, e dunque di descriverlo, e così di conoscerlo, e viceversa le specificazioni rappresentano modalità per conoscere e comprendere le diverse istanze e declinazioni che una norma generale può assumere sul piano concreto.

L'obiettivo duplice è allora quello di provare, da un lato, il polimorfismo della generalizzazione nel diritto, che nel testo è decostruito su tre livelli – o "momenti" – della generalizzazione; dall'altro lato, questo scritto si propone di dimostrare, anche grazie alla distinzione delle diverse forme della generalizzazione, che questo tema rileva su un piano logico ed epistemologico allo stesso tempo, ciò che è peraltro confermato dalla digressione più specificamente filosofica sulla questione degli universali nel § 3.

Affrontare il problema della generalizzazione in una prospettiva filosofico-giuridica richiede inoltre di inquadrare propriamente il tema all'interno di un profilo storico-metodologico, nell'intento di confermare la tesi secondo cui la digressione analitica sulla generalizzazione implica l'assunzione, contestuale, di una prospettiva attenta all'indagine scientifica e alle relative teorie, in altri termini di una prospettiva epistemica. Una volta precisato il quadro terminologico e concettuale in cui il tema trattato è da inquadrare (generalizzazione-generalità-universalità) e una volta anticipato, seppur brevemente, l'obiettivo da perseguire (connettere piano ontologico e piano epistemico-cognitivo nel discorso giuridico), è opportuno aggiungere qualche considerazione sulla scelta delle fonti. Partendo dalla filosofia antica, la generalizzazione sarà descritta essenzialmente come elemento di continuità nella storia del pensiero e del linguaggio umani;

² Cfr. § 3.



L'attenzione è concentrata soprattutto sugli aspetti di continuità e non sulle discontinuità, per cui più di una volta nel testo si troveranno “salti” fra discipline e periodi oggettivamente piuttosto distanti o divergenti. Alla selezione delle fonti (da Platone ai dibattiti storiografici su *Annales*, dal problema medievale degli universali alla dottrina civilistica sulla finzione – fino al nuovo realismo in filosofia) il lettore non dovrà, dunque, tentare di attribuire una sistematicità che strutturalmente non può appartenere. Al contrario, l'elemento di forte continuità è rappresentato dal tema rilevante: la connessione profonda fra categorizzazione, relazionalità fra generale e particolare, e conoscenza di un piano attraverso l'altro. In questo senso va anche interpretata la scelta degli esempi, tratti quasi esclusivamente dal diritto civile italiano: la selezione di un ordinamento giuridico con una più spiccata tendenza alla sistematicità e alla costruzione dottrinarie delle categorie giuridiche (rispetto ai sistemi di *Common Law*) si presta più agevolmente a un'analisi il cui obiettivo primario è portare in superficie le operazioni di generalizzazione (e quindi anche di categorizzazione e tipizzazione).

L'interesse per la generalizzazione è da sempre diffuso e per certi versi connaturato al pensiero e al sapere umani, e nondimeno la ricomprensione della molteplicità sotto norme universali è un tipo di esigenza che s'impone a chiunque compia un lavoro di ricerca nelle scienze sociali: ogni istanza individuale, ciascun caso ed opzione contingente, possiedono – per ragioni diverse – un potenziale di generalizzabilità, una capacità di includere altre possibilità. Questa peculiare capacità di produrre delle conclusioni generali e di rilanciare o riformulare una questione teorica sono due componenti di una più vasta gamma di forme di generalizzazione. Queste ultime, dunque, non vanno soltanto intese in senso stretto come operazioni selettive finalizzate alla categorizzazione o alla classificazione e riclassificazione di oggetti nel quadro comprensivo di un sistema, bensì come vere e proprie dinamiche operative di cui il diritto dispone al fine anzitutto di ricondurre le molteplicità del reale a complessità già risolte, attraverso una mobilitazione di proprietà individuali capaci di trascendere la situazione particolare, assurgendo tramite una costruzione astratta (ma sistematicamente coerente) a modelli dalla portata generale³.

Negli ultimi trent'anni le “svolte” nella metodologia delle scienze sociali sono state diverse: linguistica, culturale, critica, pragmatica, storica e sociologica, solo per nominare alcune fra le più note. Il susseguirsi di questi dibattiti sul metodo (*Methodenstreiten*) riguarda le modalità di composizione fra gli oggetti empirici e la conoscenza, che tradizionalmente ha portata generale (seguendo la scia dell'idealismo platonico, per cui il processo cognitivo altro non è se non una reminiscenza, un riportare alla luce – attraverso l'esperienza – la conoscenza di idee astratte). In particolare, negli ultimi quindici anni l'epistemologia delle scienze sociali ha subito una svolta nella direzione di uno studio approfondito del tema della generalizzazione: l'attenzione si è in particolare focalizzata sulla capacità di alcuni casi particolari di condurre alla formulazione

³ La più completa e imponente opera sul rapporto fra diritto e complessità e fra diritto e sistema sociale è notoriamente da attribuire a Niklas Luhmann. Si vedano in particolare N. LUHMANN, *La differenziazione del diritto*, Il Mulino, 1990, e N. LUHMANN, *Potere e complessità sociale*, Il Saggiatore, 1979.



di conclusioni di portata generale e universale. In questo senso, sul piano epistemologico, con il termine ‘generalizzazione’ si fa riferimento al processo più che al risultato dello stesso, dunque alla generalizzazione intesa come dinamica che dal particolare risale all’universale, più che al prodotto della stessa dinamica (ovvero l’ormai acquisito carattere di generalità): tale processo si fonda su un ragionamento induttivo finalizzato a raccogliere, dei particolari, le caratteristiche salienti – in modo da renderle validamente applicabili a situazioni analoghe, producendo così delle asserzioni generali che eccedono i limiti spazio-temporali delle individualità⁴. Non è un caso che di recente un importante dibattito interdisciplinare sia stato dedicato proprio alle forme di generalizzazione nelle scienze sociali (fra le quali è incluso anche il diritto)⁵. La generalizzazione è descritta non solo in quanto meccanismo ricorrente, ma come una vera e propria esigenza che caratterizza le scienze sociali proprio per il loro carattere epistemico, proprio come “scienze”; l’elemento critico si pone nell’interrogativo se la generalizzazione nelle scienze sociali sia esclusivamente una legittima ambizione, prodotto dello studio e dell’analisi approfondita, o se possa invece costituire talvolta un ostacolo sul piano epistemologico, riducendo le complessità attraverso schemi di pensiero costruiti su proprietà e categorie ampie ed inclusive, correndo in questo modo il rischio di ipersemplicizzare laddove non sempre, giustificatamente, la semplificazione è opportuna.

La fascinazione per la questione della generalizzazione non si è lasciata limitare dagli spazi disciplinari, arrivando ad assumere rilevanza anche negli studi concreti della sociologia della giustificazione⁶. Questa disciplina ha trovato nelle forme della generalizzazione uno strumento

⁴ In particolare, l’opera *Penser par cas* ha offerto un’occasione per approcciare la problematica della generalizzazione attraverso una prospettiva peculiare, costituita da un ragionamento che si appoggia sulle proprietà di una singolarità osservabile per estrarne asserzioni la cui portata eccede per sua costituzione il limite spaziale e temporale del caso singolo (Jean-Claude Passeron et Jacques Revel (éd.), *Penser par cas*, Editions de L’EHESS, “Enquête”, 2005).

⁵ *Annales, Histoire, Sciences Sociales*, Vol. 62 (1/2007) – *Formes de la généralisation*, Armand Colin, 2007.

⁶ Non soltanto la cosiddetta “sociologia della giustificazione”, ma anche più in generale lo studio del metodo nelle scienze sociali, hanno attribuito rilevanza alle procedure di generalizzazione, non soltanto in senso positivo, ma anche con un atteggiamento critico verso l’eccessivo peso attribuito alla stessa. In particolare, mi riferisco alle forti critiche che alla generalizzazione sono state mosse da Emile Durkheim (*Règles de la méthode sociologique*) e Max Weber. La metodologia weberiana e quella di Durkheim condividono un atteggiamento polemico verso il *generale*; per Durkheim, la dimensione della generalità nel discorso sulla storia o sulla società è riconducibile ad un universo pre-scientifico: “*Ce dont nous avons présentement besoin, c’est de travaux définis portant sur des objets déterminés et non de vastes synthèses qui embrassent toutes les questions possibles*” (*L’évaluation en comité. Textes et rapports de souscription au Comité des travaux historiques et scientifiques*, 1903-1917, ed. Oxford-New York, 2003, 60 s.). Per Durkheim, l’accumulazione di generalità è il corollario dell’assenza di definizioni degli oggetti e di determinazioni pertinenti degli stessi. Nella conclusione sulla sua opera sulla religione, Durkheim si sforza di chiarire “*dans quelle mesure les résultats obtenus peuvent être généralisés*” – operazione interessante, se si pensa che non si tratta più di parlare di una estrapolazione dei risultati empirici, né di una estensione delle asserzioni seguente alla comparazione, ma di riconoscere la forma più semplice che accomuna tutti gli elementi di tutte le religioni. D’altronde, anche Jean-Claude Passeron ha proposto una versione rinnovata della idea weberiana di “generalizzazione” nelle scienze sociali, distinguendo,



di esplicazione molto efficace, che permette di avvicinare la capacità costruttiva della generalizzazione con le operazioni pratiche, secondo uno schema di “risalita verso il generale”⁷. La generalizzazione si manifesta nell’attenzione per i caratteri omologhi sui quali viene a stabilirsi una coerenza secondo un criterio; avendo a oggetto dei criteri pragmatici fondati sulla generalizzazione di elementi di prova a partire dai casi singoli, si costruiscono i processi di risalita verso il generale, così superando il ricorso esclusivo o ad un principio ordinatore trascendentale o, in alternativa, ad una logica di aggregazione. L’unità di misura dell’analisi è l’interazione fra caso singolo e regolarità generalizzate, attraverso passaggi successivi che conducono alle asserzioni di natura universale. Ad esempio, parlare in generale della società o di un concetto giuridico richiede che si sia postulata a priori l’esistenza di un livello d’analisi nel quale si possa parlare in generale senza essere costantemente messi alla prova dalla richiesta di dimostrazioni a livello locale⁸. Gli eventi, i casi e gli agenti sociali a livello locale, che sono oggetto di osservazioni metodologicamente più circoscritte, hanno in sé un potenziale che permette loro di essere trasportati, traslati rispetto al loro sito originario di studio e osservazione, al fine di coinvolgere le interazioni fra questa dimensione ridotta e quella delle asserzioni generali sviluppate a partire dalle considerazioni sui casi particolari⁹.

Come si è anticipato, è proprio del sapere scientifico il procedere empiricamente da una pluralità di casi singoli, dalla ripetizione e serialità rilevate sul piano del reale, verso una dimensione più astratta (normativa)¹⁰. Un’impostazione del processo cognitivo che ha un illustre precedente in Aristotele (*Metafisica*), il quale, nel tentativo di superare l’idealismo platonico, aveva

come ha fatto peraltro anche Popper, due tipi di enunciati: quelli che sono veri al di là del contesto di riferimento e quelli che invece si riferiscono ad una classe definita di elementi specifici, determinati spazio-temporalmente: “*les sciences historiques concluent non pas en faisant varier des degrés de généralité sur l’axe vertical le long duquel se déplace une déduction ou une induction, mais en circonstanciant le passage d’un cas à un autre sur l’axe horizontal d’une comparaison où la monotonie des inférences connaît des paliers, des flexions et des permutations entre l’exception et la règle*” (Jean-Claude Passeron, *Le raisonnement sociologique*, Paris, 2006, p. 72).

⁷ L. BOLTANSKI e L. THEVENOT, *De la justification*, PUF, 1978, 219 s.

⁸ Cfr. JEAN-LUIS FABIANI, *ibidem*; altri sociologi si sono interessati esplicitamente della divisione dei fatti della realtà secondo diversi livelli di generalizzazione. Secondo queste teorie (cfr. A. Cicourel) prima di trattare il fatto sociale come cosa indipendente, lo si deve osservare in quanto prodotto di un particolare livello di generalizzazione.

⁹ Le grandi categorie frutto della generalizzazione, quelle che Fabiani chiama “*grandes theories unificatrices*”, se indebolite, non conducono necessariamente a un empirismo radicale, ma a lavori di *bricolages* inediti e difficilmente comprensibili.

¹⁰ Quest’affermazione apre, d’altra parte, un problema molto ampio, che per sintesi può essere definito con l’intuizione di HUME per cui non si possono dedurre prescrizioni da descrizioni. Nel *Trattato sulla natura umana*, Hume scrive: “in ogni sistema di morale con cui ho avuto finora a che fare [...] all’improvviso mi sorprendo a scoprire che, invece di trovare delle proposizioni rette come di consueto dai verbi è e non è, non incontro che proposizioni connesse con dovrebbe e non dovrebbe. Questo mutamento è impercettibile, ma è della massima importanza. Poiché questi dovrebbe e non dovrebbe esprimono una relazione o affermazione nuova, è necessario che [...] si adduca una ragione di ciò che sembra del tutto inconcepibile, cioè del modo in cui questa nuova relazione può essere dedotta dalle altre, che sono totalmente diverse da essa” (1739).

JUS CIVILE



già elaborato una riflessione consacrata alla genesi empirica del concetto e dell'universale, che avrebbe in seguito segnato gran parte del dibattito filosofico sul tema. Per Aristotele, il primo grado della generalizzazione non è l'idea astratta, o la forma perfetta (com'era per Platone), bensì il caso singolo, presupponendo, l'induzione, un percorso che dai caratteri rilevanti dell'individualità risale verso una forma universale e potenzialmente applicabile ad altri casi individuali.

Si possono distinguere, nel diritto, diversi livelli o momenti della generalizzazione; nella riorganizzazione dello scritto, si è preferito usare il termine "momenti", laddove il latino *momentum* è la sincope di '*movimentum*' – e si riferisce a un'indicazione temporale di un potenziale dinamico, essendo l'attimo in cui si condensa una forza, una pulsione a risalire su un livello differente poiché quello in cui ci si trova non è più sufficiente a raccogliere le complessità del reale. I momenti della generalizzazione sono dunque dei passaggi da un piano a un altro del discorso, passaggi che rilevano tanto per la spiegazione logica della struttura del sistema giuridico, quanto per mostrare il carattere epistemico del linguaggio giuridico, avvicinando così il diritto – quantomeno in una prospettiva filosofica – alle scienze sociali.

2. – Sul piano logico, il primo momento della generalizzazione è quello che in maniera più evidente accomuna diritto e linguaggio, riguardando la relazione fra i nomi e le cose. Molto semplicemente, il termine 'tazza' può indicare un oggetto di porcellana nera che in questo momento vedo a fianco a uno schermo, posato su un tavolo, in un centro di ricerca che si trova a Bonn; lo stesso termine può indicare un oggetto di porcellana bianca su uno scaffale di un negozio di articoli per la casa, in qualunque altro luogo del mondo. Allo stesso modo, l'art. 1321 c.c. definisce il contratto in generale, dando corpo, attraverso un'elencazione di caratteristiche tipiche, ad una descrizione collocata nel sistema del diritto civile all'interno dell'ordinamento giuridico italiano. La descrizione di una serie di proprietà che definiscono un oggetto, per cui "il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale" si applica indistintamente al contratto A, al contratto A', al contratto A'' – esattamente come il termine 'tazza' si dice dell'oggetto in porcellana nera e di quello in porcellana bianca (e rossa, e celeste, etc.). Dall'entrata in vigore del testo di legge contenente l'art. 1321 (e dunque legittimante il *type* in quanto tale), ogni istante prendono forma, assumendo così – se validi – carattere normativo per le parti, numerosi *token* (contratto A fra X e Y, contratto A' fra Z e K e W, etc.) che realizzano il contenuto generale e astratto del *type*, descrivendo il momento originario della generalizzazione nel diritto, caratterizzato dalla intrinseca relazionalità fra ogni sistema giuridico e il linguaggio ordinario, una relazionalità che attraverso il convenzionalismo rende possibile l'attribuzione del medesimo nome a un numero potenzialmente infinito di istanze individuali. Ricorrendo a una dicotomia introdotta dal filosofo americano C. S. Peirce, l'art. 1321 c.c. descrive un *type*, mentre i contratti A', A'', A''' etc. sono dei *tokens* del



medesimo *type*¹¹. Il *type* è un segno, qualcosa che oltre all'immagine che imprime attraverso i sensi fa conoscere qualcosa d'altro da sé, ossia un significante che rimanda a uno o più significati (*tokens*): attraverso questa elementare dicotomia si può differenziare il generale dal particolare nel linguaggio, essendo quest'ultimo un sistema che permette di raccogliere le molteplici istanze della realtà attraverso la mediazione di nomi astratti; un linguaggio, quello umano, costituito di segni (sequenze foniche, o tracce visibili, comunque sensibilmente percepibili) cui l'uomo ha imposto di significare qualcosa¹². Limitandosi a un approccio meramente intuitivo, la distinzione fra *type* e *tokens* ha natura anzitutto ontologica e riflette lo scarto fra una cosa generale e le concrete realizzazioni particolari nelle quali essa può individuarsi, rilevando in una dimensione essenzialmente classificatoria la cui ragione consiste nel discernimento dei generi dalle specie (in linea con l'operazione svolta nella logica aristotelica con le categorie). Nell'intento di inquadrare congiunzioni e distanze fra un piano ideale dell'astrazione, in cui collocare i nomi, e un livello – al contrario – concreto, fattuale, storicamente mutevole in prospettiva sincronica e diacronica, in cui porre gli oggetti della realtà (genericamente, le cose), i *types* sono dunque unici ed astratti, leggi idealmente formalizzate, modelli le cui repliche sono gli innumerevoli *tokens*, concreti, particolari, individuati e individuabili in base a caratteristiche materiali specificate, cose o eventi fattualmente esistenti. La relazione fra generalità (frutto di processi di generalizzazione) e fattualità non ha, come intuitivamente potrebbe invece sospettarsi, una natura meramente logica, né squisitamente ontologica; un *type*, attraverso le singole declinazioni (*A'*, *A''*, *A'''*, etc.) viene anche, in effetti, conosciuto e, a loro volta, i *tokens* sono conoscibili poiché riconducibili a un livello astratto, tramite un percorso inverso di riconduzione del particolare al generale, logicamente e formalmente spiegabile, e pregno inoltre di un potenziale cognitivo ed epistemico che alla logica elementare fa da complemento essenziale, soprattutto laddove tale dicotomia (*type*, *token*) sia utilizzata per studiare la scienza giuridica¹³.

A integrazione del raffronto fra *type* e *token*, Peirce costruisce un impianto in cui la relazione fra la normatività dei nomi e la fattualità molteplice del reale entrano in contatto all'interno di un sistema triadico che da corpo ad un processo cognitivamente orientato, identificabile con l'individuazione della relazione significativa o processo di semeiosi: una relazione triadica in

¹¹ C.S. PEIRCE, *Collected Papers of Charles Sanders Peirce*, Hartshorne and Weiss (eds.), Harvard University Press, 1931-58. Per un quadro completo sul problema specifico del rapporto fra *type* e *token*, si veda anche L. WETZEL, *Types and Tokens*, in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Spring 2014 Edition, Edward N. Zalta (ed.).

¹² Cfr. *Dizionario di filosofia Treccani* (2009), voce "Segno", dove si specifica inoltre che nella *Grammatica* e nella *Logica di Port-Royal* (1662) si legge: "quando si considera un certo oggetto come rappresentante di un altro (...), l'idea che se ne ha è un'idea di segno, e quel primo oggetto si dice segno [...]. Il segno racchiude due idee, quella della cosa che rappresenta, e quella della cosa rappresentata; e la sua natura consiste nel suscitare la seconda mediante la prima".

¹³ Da un punto di vista strettamente metafisico, i *types* sono degli universali: essi prendono forma in istanze concrete e particolari (il che, per contro, fa appunto di essi degli universali), sono ripetibili, astratti, privi di una causa determinata, estranei ad una collocazione spazio-temporale.



cui intervengono tre elementi – il segno, l’oggetto (ciò per cui sta il segno), e l’interpretante, inteso da Peirce in più modi e con sfumature più o meno complesse, ma essenzialmente come un altro segno, equivalente o più sviluppato, che traduce il primo, o come un’idea che il segno suscita¹⁴.

In questa più dinamica prospettiva, la distinzione semeiotica fra *types* e *tokens* rileva dunque, in questo saggio, come tema: ovvero, come sfondo per una discussione che dalla logica riesca a condurre, attraverso osservazioni intermedie sulla relazionalità peculiare fra significanti, significati e forme molteplici della generalizzazione nel diritto, ad alcune conclusioni sullo scarto fra semantica nominale (statica) e semantica proposizionale (dinamica) in una prospettiva epistemologica¹⁵. In altri termini, si tratterà di ricostruire come, dall’osservazione del rapporto fra le parti e il tutto, il discorso giuridico si caratterizzi per una tensione positiva verso la conoscenza del reale.

Posto che, in genere, con il termine ‘semantica’ si indica lo studio delle teorie sul significato, e più in generale il rapporto dinamico fra significanti e significati, la distinzione fra semantica nominale e semantica proposizionale può essere sinteticamente spiegata nel modo seguente: la semantica nominale è denotativa e riguarda il singolo nome, il quale può essere posto in corrispondenza biunivoca con una cosa del mondo esterno al linguaggio. La semantica nominale riduce dunque il significato della proposizione al significato del nome, focalizzando l’attenzione sulla singola individuazione presa in sé. Si contrappone ad essa la semantica proposizionale, che al contrario è connotativa, e per la quale il significato del nome dipende dalla proposizione di cui è elemento. Nella prospettiva della semantica proposizionale, il significato della proposizione non è la sommatoria dei significati dei nomi che ne fanno parte, bensì il prodotto di un più ampio e complesso quadro semantico sistemico, costruito su rimandi, generalizzazioni e individuazioni. Evidentemente, al diritto inteso come sistema non può che applicarsi questo secondo tipo di semantica, ricomprensivo delle istanze individuali attraverso relazioni di rilevanza, rimandi infrasistemici, categorizzazioni e concettualizzazioni. Va opportunamente specificato, inoltre, che il rapporto tra semantica nominale e semantica proposizionale è un precipitato linguistico della relazione metafisica tra le parti e il tutto – in cui si riflette, da una parte, la molteplicità della generalizzazione (dai nomi, ai tipi, alle discorsività generalizzanti) e il nesso fra piano logico e spinta cognitiva nel diritto, dall’altra parte.

¹⁴ La teoria di Peirce è assai più complessa, e qui si riporta di essa soltanto la distinzione essenziale, che è pertinente e rilevante rispetto al più ampio discorso sulla generalizzazione fra diritto e filosofia; per una trattazione completa della semeiotica di Peirce si rimanda a C.S. PEIRCE, *Semiotica. I fondamenti della semiotica cognitiva*, a cura di M. A. Bonfantini, L. Grassi e R. Grazia, Einaudi (1980).

¹⁵ Nel fare riferimento a questa dicotomia, si ritiene opportuno segnalare che fra le principali riflessioni filosofiche sul tema vi è E. MELANDRI, *L’analogia, la proporzione, la simmetria*, Milano (1974). Dello stesso A., anche *La linea e il circolo. Studio logico-filosofico sull’analogia* (1968), Macerata (2004), in particolar il cap. IV, dedicato per l’appunto al cosiddetto “chiasma ontologico”, cioè allo scarto fra semantica nominale e semantica proposizionale.



Peraltro, è stato correttamente osservato che non potrebbe esservi semantica proposizionale (ovvero, ancora una volta, un studio del significato di una proposizione presa in quanto insieme complesso di elementi, e non come semplice sommatoria di una serie di elementi individuali) se non vi fosse la semantica nominale, ossia: laddove non vi fossero le parti, il tutto sarebbe logicamente inconcepibile. Se non vi fossero norme a definire i singoli istituti (e.g. i singoli contratti tipici), le discipline applicabili a intere categorie di istituti (e.g. il Titolo I del Libro IV c.c. sulle obbligazioni in generale) sarebbero concepibili su un piano meramente astratto e non avrebbero dunque alcuna rilevanza né ricaduta percepibile sul piano storico, economico, sociale. *Type* e *tokens* sono dunque interconnessi, relazionali.

Il diritto, essendo un sistema basato sul linguaggio – nella definizione di contenuti concettuali, infatti, si realizza il momento originario della normatività giuridica – si caratterizza per una presenza della generalizzazione già su un livello base, essenziale, in cui a essere generali e astratti sono i singoli termini, le individualità che compongono le proposizioni. Il livello base è, come si è tentato di mostrare, la generalizzazione che interessa lo sforzo inclusivo primario svolto su un singolo termine, su un elemento individuale del sistema giuridico (il contratto, il domicilio, il matrimonio, la successione, la donazione, la servitù, etc.).

2.1. – Dal greco *syn*, “con”, “insieme”, e *-stema* che proviene da *stenai* e significa “stare” o “collocare”, un sistema è un ordine nel quale più cose vengono collocate insieme secondo una logica coerente. Nel Codice civile, al titolo dedicato alle obbligazioni in generale segue un primo grado di differenziazione interna, ovvero il titolo dedicato a un’istanza particolare (o almeno più particolare se confrontata con l’obbligazione, che notoriamente può derivare anche da fatto illecito) delle obbligazioni, i contratti. A seguire, coerentemente con una logica che dall’universale si specifica attraverso declinazioni sempre più dettagliate, il Titolo III è dedicato ai singoli contratti tipici, per quanto di “tipo” si parli già negli articoli 1322 e 1323 c.c. nelle disposizioni preliminari che si applicano ai contratti in generale, e negli articoli 2249, 2437, 2500 c.c., con riferimento alla società. All’interno di un quadro cui attengono tanto la generalità dei nomi quanto la specificità degli oggetti, come si è tentato di argomentare nel paragrafo precedente, tutte le forme che riproducono una qualche schematicità, fondandosi su quel livello primario della generalizzazione, compongono quello che qui si definisce il secondo momento della generalizzazione nel linguaggio giuridico.

Si prenda ad esempio la tipicità contrattuale. Il termine ‘tipo’ è usato nel linguaggio giuridico per connettere il genere (contratto) con le subcategorie in cui esso si specifica (contratti tipici)¹⁶. Osservandone il nesso con la causa, è stato Emilio Betti ad attribuire, per primo, una rile-

¹⁶ Sul piano semantico, è attestato, nel tardo XV secolo, un uso del termine ‘tipo’ per indicare un simbolo, o un emblema, derivando il termine dal latino *tipus*, che significa figura, immagine, forma. A sua volta, il latino è un derivato del greco *typos*, che letteralmente significava “colpo, percossa” (da cui infatti anche *tympanon*,



vanza autonoma al tipo¹⁷, rilevando come l'espressione 'contratto atipico' non vada confusa con l'espressione 'contratto innominato', in questo senso ampliando l'ambito di applicazione del tipo oltre il nome: il tipo è qualcosa in più, poiché attraverso un nome esso esprime dei caratteri, delle proprietà di una intera categoria di possibili istanze individuali (di contratti possibili che possiedono tali proprietà). Rispetto alla distinzione peirciana fra *type* e *token*, il tipo contrattuale è un *token* del *type* 'contratto', ma a sua volta costituisce un *type* per le singole declinazioni di una determinata specificità (il contratto di appalto A', il contratto di appalto A'', etc.). Il tipo indica, come fa un segno ma con una pregnanza anche maggiore, un intero sistema che sta dietro il nome, poiché ancora più di questo si riferisce all'origine della relazione, al suo scopo, essendo perciò carico di un valore aggiunto che nel *nomen* è ancora assente, un valore in cui si distingue il secondo dal primo momento di generalizzazione: la tipicità è un carattere che permette di raccogliere una specie (rispetto al genere, il contratto), che ha la peculiarità funzionale di costituire a sua volta un genere, essendo il tipo, oltretutto, un modo per filtrare le possibilità dell'autonomia privata attraverso dei modelli che siano giuridicamente sistematizzati. Nel tipo, specie e genere coesistono.

A più riprese, la dottrina ha mostrato che proprio nei rapporti fra generale e speciale, così come nella contraddittorietà intrinseca fra norme e autonomia privata, libera volontà e aspirazioni, le forme del diritto emergono, e in particolare le forme della generalizzazione, nel tentativo di stabilire meccanismi di bilanciamento che permettano la coesistenza degli elementi di queste dicotomie, senza per questo sacrificarne alcuno (almeno in teoria)¹⁸. Com'è noto, la tipicità risponde all'esigenza di ricomprendere sotto proprietà predeterminate l'indeterminatezza che caratterizza le istanze sociali, costituendo così un modo di governare le molteplicità del reale attraverso la predisposizione di categorie inclusive. Il negozio giuridico è, infatti, il luogo di concentrazione fra diverse tensioni: fra tutte, quella fra potere ordinante (piano dell'unità) e capacità creativa (piano della molteplicità), nessuna delle quali può essere completamente illimitata o indeterminata, avendo entrambe delle ricadute importanti sull'equilibrio interno del sistema e dell'ordinamento giuridico. Sulla relazione fra la molteplicità complessa del piano reale e l'unità sistematica del piano teoretico si sedimenta la rilevanza del tipo, sviluppandosi proprio su tale crinale la sua capacità di mettere in relazione le differenze in un quadro di riferimento il più possibile omogeneo.

strumento usato per percuotere). Il tipo è quindi anzitutto uno strumento che serve per creare impronte sul modello di un'impronta originale. Infatti, durante il XVIII secolo è riportato un uso del termine per indicare blocchetti usati per la stampa, sostanzialmente corrispondenti a strumenti per ripetere la stessa lettera o immagine più volte.

¹⁷ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1960.

¹⁸ In questo paragrafo si fa diffusamente riferimento a G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, 1968. Ferri a sua volta rimanda nella propria analisi a moltissima dottrina tedesca, in particolare a W. SAUER, *System der Rechts-und-Sozialphilosophie: Vorlesungen Zugleich Uber Allgemeine Philosophie Und Soziologie*, Basel, 1949, e W. KRUSCH, *Seite und Einheit: Grundfragen des Rechts: ein Beitrag zur funktionellen Rechtstheorie Dargestellt an der Funktionsstruktur des ordre public*, Mohr, 1962.

JUS CIVILE



Il tipo (e la causa) trovano la loro logica collocazione nell'interazione tra valutazione e qualificazione dell'operazione economica e nell'intersezione tra autonomia privata e corpo strutturale e funzionale dell'ordinamento giuridico. Il tipo è dunque una categoria unitaria capace raccogliere le differenze ¹⁹, una categoria non solo logica ma intesa anche come concetto scientifico ben delineato, servente a evidenziare i caratteri comuni e i tratti rilevanti delle individuazioni volontaristiche, giuridicamente essenziali non solo in ordine all'atto, ma anche in ordine al contenuto dell'atto. Nel mettere in discussione l'unitarietà della categoria (contratto) in un quadro disomogeneo ("tipi", al plurale), la funzione del tipo viene realizzata attraverso un meccanismo di replicazione dei rapporti di specie/genere e parte/tutto, permettendo così di intendere l'esperienza giuridica come percorso non soltanto attinente alla configurazione di rapporti astratti, ma come dimensione più dinamica, in cui il diritto realizza la legge e la sostanza, attingendo anche a dispositivi di mediazione e a strumenti interpretativi riflettenti le istanze concrete. Nella specificità generalizzata del tipo, il piano economico affiora nel fenomeno negoziale e nello stesso tempo il negozio assume la portata di strumento di autoregolamentazione di interessi, tracciando uno schema che permette alla specialità della volontà individuale di essere ricompresa nel sistema. Il tipo predispone dunque una forma di generalizzazione di secondo livello, raccogliendo la generalizzazione primaria che lega *type* e *token*, e su quella basando un ulteriore slancio inclusivo delle possibilità in un sistema determinato e conoscibile (laddove il possibile, in quanto non ancora accaduto, è logicamente inconoscibile e soltanto prefigurabile).

Il secondo livello della generalizzazione mostra, attraverso il fenomeno della tipicità, una tendenza del diritto alla creazione di forme simboliche, costruite su un linguaggio che a sua volta lavora già su generalizzazioni (più semplificate e meno "strutturate"); tali forme sono convenzionalmente accettate dai componenti di un determinato gruppo sociale o di una comunità, ciò che permette la determinazione delle relazioni intersoggettive attraverso la tipicità, la quale rende possibile una semplificazione aprioristica e probabilistica della complessità sociale. Le forme di schematizzazione che si incontrano nel diritto si pongono come espressioni generalizzate e "generalizzanti" della formazione di talune attività umane sulla base di criteri generali ed astratti, così organizzando e raccogliendo molteplici fenomeni simili tra loro (poiché riconducibili allo stesso tipo). Di più: il secondo livello di generalizzazione permette di formulare un'operazione anche più ambiziosa (oltre a quella primaria di contenimento del possibile attraverso un linguaggio convenzionale) – permette, infatti, di operare una cristallizzazione di un assetto di interessi che normalmente le attività economiche e sociali sono diretti a realizzare. Perciò, anche quando corrisponda a tipo legale, il tipo rimane di fatto un modo di organizzarsi degli interessi privati, uno strumento operativo e bilanciativo del diritto.

Fenomeni analoghi del secondo momento della generalizzazione nel diritto si possono identi-

¹⁹ G.B. FERRI, *op. cit.*, p. 13.



ficare nella fattispecie o nello standard²⁰. Dalla locuzione latina *facti species*, «apparenza di fatto», fatto immaginato per servire come paradigma, nel linguaggio giuridico con questo termine si definisce l'insieme delle circostanze oggettive che interessano un rapporto; specificamente, nel diritto penale si fa con esso riferimento all'insieme degli elementi fattuali previsti dalla norma perché possa applicarsi una sanzione penale²¹. Questa forma di generalizzazione esiste e deve essere compresa anzitutto alla luce di una fondamentale premessa: descrizioni e prescrizioni sono ontologicamente sempre inconciliabili, e fatti e concetti normativi sono – in sé – incomunicabili. La generalizzazione si pone sul crinale di questa ineluttabile incomunicabilità, che per il carattere della normatività giuridica (l'essere *Folgen-orientiert*, cioè rivolta a uno scopo preciso, la decisione) deve essere superata²². La generalizzazione che prende la forma di una fattispecie non implica, per questo, alcuna penetrazione del fatto nel diritto o viceversa, poiché vive di un dualismo ineliminabile e, allo stesso tempo, di una conciliazione di natura meramente logica che permette di ridurre il fatto (che è, e rimane, storico) a caso, asciugandolo della sua determinatezza e complessità storica per tradurlo in un esemplare di ciò che è descritto dal testo normativo. La fattispecie, come per altri versi il tipo, contribuisce a questa semplificazione del processo teso a ricondurre la molteplicità del reale nella sistematicità dell'ordine giuridico.

Le forme della generalizzazione lavorano anche, necessariamente, sull'indeterminatezza: non può esservi generalizzazione determinata in ogni proprietà, poiché si escluderebbe in tal senso la natura generale implicando, all'inverso, una natura particolare. Ciò non esclude che le forme “istituzionalizzate” e convenzionalmente riconosciute di generalizzazione, come il tipo, la fattispecie, e come vedremo anche lo standard, possano essere determinate in alcuni caratteri; in un certo senso, esse sono forme determinatamente indeterminate. Si faceva accenno, poc'anzi, allo standard, definibile come “*une technique de formulation de la règle de droit qui a pour effet une certaine indétermination a priori de celle-ci*”²³, un dispositivo ermeneutico che ha una funzione di tutto rilievo nella dottrina e nella giurisprudenza amministrativa francese, in particolare in riferimento al ruolo del giudice nel momento interpretativo, in cui si tratta di verificare la compatibilità dell'elemento astratto, lo standard appunto, con la fattispecie concreta. I contenuti e le tipologie di standard sono molto variabili, e vanno dalla definizione di concetti finalizzati alla misurazione da assumere come riferimento in contesti determinati, come unità di tempo,

²⁰ Non solo, ovviamente: ma l'obiettivo di questo paragrafo è indicare un quadro di massima della funzione e della multiformità delle generalizzazioni di secondo livello, e non certo quello di completare la descrizione di tutte le forme che esse assumano.

²¹ Fra le varie possibili tipologie (e fra le varie, qui per brevità omesse, tipologie di categorizzazione) di fattispecie si distinguono di solito: la *fattispecie oggettiva*, l'insieme degli elementi oggettivi del reato, e la *fattispecie soggettiva*, come descrizione dell'elemento psichico; e inoltre la *fattispecie legale astratta*, che consiste in ciò che è previsto in astratto dal legislatore, contrapp. alla *fattispecie concreta*, che comprende gli elementi realmente verificatisi nel caso concreto.

²² N. IRTI, *Norme e fatti. Saggi di teoria generale del diritto*, Giuffrè, 1984, 46 ss.

²³ S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard*, Thèse doctorale, Paris II, 1978.



unità geometriche, criteri per valutare la velocità di un movimento, fino a vere e proprie nozioni, come quelle di “bisogno”, “rappresentatività”, “pregiudizio”. La definizione del contenuto dello standard rappresenta un tentativo di fissare il significato di alcuni elementi del discorso normativo, al fine di rendere la decisione e l’interpretazione più agevoli. La funzione di tali definizioni è anzitutto quella di mettere in collegamento fatto e diritto, offrendo un criterio valido in più circostanze, con l’intento preciso di indirizzare la discrezionalità dell’organo decidente. Perché possa garantire veridicità, da un lato, e perché possa funzionare nel senso per cui è stato pensato, dall’altro, nello standard confluiscono anche riferimenti a elementi specifici del comportamento dell’individuo medio, insieme a regole vaghe di carattere generale: per queste ragioni si tratta di uno strumento tanto utile quanto difficile da definire in maniera chiara, poiché più che del suo contenuto si può infatti meglio discutere della sua funzione. La giurisprudenza amministrativa francese ha infatti elaborato diverse nozioni alternative a quella di standard, che rendono altrettanto bene l’idea di una generalizzazione fondata su una cifra variabile di indeterminatezza: “directive”, “criterium” o “critère”, “norme souple”, “paragraphes élastiques”, “conceptions soupapes”, “règles susceptibles de construction”, o ancora “type de comparaison”²⁴.

In conclusione, fattispecie, tipi, standard sono dispositivi fondati sulla generalizzazione che raccolgono le istanze possibili o probabili derivanti dalla realtà e le semplificano nel modo più coerente con il sistema giuridico e più congruente con la realtà, contribuendo a costituire un livello secondario di generalizzazione – oltre a quello primario, più spiccatamente intuitivo, relativo al rapporto fra nomi e universo molteplice del reale. Per queste ragioni, il secondo momento della generalizzazione crea un punto di contatto, nel diritto, fra la sintassi, ovvero l’insieme di regole coordinate attraverso un ordine razionale, che definiscono come ottenere all’interno di un linguaggio (quello giuridico) delle frasi di senso compiuto (le proposizioni contenute nel testo normativo) e la semantica proposizionale, ovvero l’analisi del significato delle parole all’interno di un ordine ampio. La precomprensione nel diritto ha molti aspetti di corrispondenza con il problema del rapporto fra la sintassi e la semantica nel linguaggio: ovvero, fra la struttura complessiva del sistema e il significato del singolo termine.

2.2. – La generalizzazione può assumere la forma di un’incertezza semantica, sebbene non sempre ciò che è vago è generale, e viceversa: oltre al primo e al secondo momento (finora individuati), se ne deve rilevare un terzo, il quale a sua volta è ricomprensivo delle forme primarie e secondarie della generalizzazione. Laddove il primo livello riguarda il termine di una proposizione e il secondo il dispositivo (tipo, standard, etc.), il terzo livello attiene a un piano più discorsivo, ricomprensivo di termini e dispositivi: esso è il luogo in cui il limite della normatività

²⁴ Per questo si rimanda a GAUDEMONT, *Les méthodes du juge administratif* (1972) e LOSCHAK, *Le rôle politique du juge administratif français* (1972).



giuridica si mostra in maniera più evidente, e dove il contatto fra logica giuridica e tensione epistemica verso il mondo extra-giuridico sono maggiormente percepite. Nel terzo momento della generalizzazione vanno ricompresi clausole e principi generali²⁵. Lo studio del terzo livello della generalizzazione attiene dunque a un'osservazione della normatività giuridica in azione (laddove per gli altri due livelli i modi operativi della normatività giuridica possono essere intuiti e conosciuti soltanto come potenziali), riguardando esso – più strettamente – il momento applicativo della difficoltosa e per certi versi irrealizzabile relazionalità fra fatti e norme. Su questo terzo livello l'analisi coinvolge questioni di prim'ordine quali il ruolo e il significato dell'interpretazione, l'apertura del sistema giuridico (strutturalmente rigido ma cognitivamente aperto), e la mutevolezza reale con cui il diritto è confrontato. La dimensione “attiva” in questo quadro va riferita soprattutto all'interprete (l'elemento che Peirce, nella sua teoria semiotica, chiama ‘interpretante’).

A fronte dell'indiscutibile e rapida mutevolezza del reale, la generalizzazione assume la forma di una pratica discorsiva diffusa, inclusiva di valori indeterminatamente definiti ma comunque pregni di una portata precettiva: quello della clausola generale è uno strumento vago, frutto di un percorso di generalizzazione più astrattivo e orientato alla sfera valoriale, atto a reagire alla complessità, intesa come parola indicativa di un'intera epoca, quella contemporanea, in cui processi e accadimenti sociali causano una riproduzione costante della crisi degli schemi logici e concettuali propri delle logiche elementari²⁶. Attraverso la generalizzazione, frutto di un riconoscimento della presenza, della rilevanza e della necessità di un enunciato valoriale incardinato in una norma (ragionevolezza, buona fede, ingiustizia del danno, etc.), si raccolgono singole individuazioni, trasformandole in una proposizione indeterminata ma dal contenuto precettivo delineabile nei termini di un criterio ermeneutico che, caso per caso, si concretizza in relazione a un contesto specifico. Si prenda ad esempio l'art. 2043 sull'ingiustizia del danno, che, laddove inteso alla stregua di una clausola generale, implica l'opportunità di lasciare al giudice (operatore che incorpora l'interpretante peirciano) il compito di attribuire rilevanza giuridica a interessi in conflitto non ancora riconosciuti, neppure indirettamente, dall'ordinamento²⁷.

Il terzo momento della generalizzazione riguarda dunque una declinazione alquanto più di-

²⁵ Un'analisi completa dovrebbe prendere in considerazione una più ampia classificazione che, una volta chiariti i criteri in base a cui compierla, porti a distinguere, sul piano strutturale, norme a fattispecie analitica, norme generali e clausole generali e, sul piano funzionale, norme a fattispecie aperta, o clausole generali, e principi; ai fini della presente trattazione sia concesso un ben più semplificato rimando esclusivo a clausole e principi – laddove la tesi sostenuta necessita di analizzare diversi momenti della pratica legislativa e interpretativa piuttosto sommariamente, per lasciare lo spazio adeguato anche alla riflessione sulla tradizione filosofica.

²⁶ Sulla complessità come cifra caratterizzante la modernità non può non farsi riferimento alla teoria di N. LUHMANN, *Potere e complessità sociale*, Il Saggiatore, 1979.

²⁷ In un recentissimo scritto sono finemente condensate moltissime delle questioni rilevanti sulle clausole generali, anche grazie ad una esemplificazione proprio relativa all'ingiustizia del danno come esemplare emblematico della interconnessione fra tecnica legislativa e potere politico: F. FORCELLINI, A. IULIANI, *Le clausole generali tra struttura e funzione*, in *Eur. Dir. Priv.*, 2/2013, Giuffrè, in particolare pp. 425 ss.

JUS CIVILE



namica della relazione fra pensiero giuridico e realtà – laddove in esso prendono non (più) solo forma, ma anche corpo l'equilibrio tra i pubblici poteri e la legittimazione del diritto giurisprudenziale. Questa terza fase di generalizzazione riguarda più direttamente, quindi, l'interazione fra diritto e complessità, un'interazione che, soprattutto attraverso le clausole, è agita e non più soltanto giuridificata sotto forma di precetto normativo – qui si tratta di stabilire se e in che misura le particolarità sociali debbano avere spazio, e non più soltanto a livello definitorio, come si è detto in rapporto ai tipi negoziali, ma sul crinale fra la struttura definitoria del diritto e la sua posizione all'interno della società, dunque fra definizione e decisione. Il posto delle clausole è dunque liminare, essendo perciò liminare anche la funzione della generalizzazione nel diritto: nel terzo momento, essendo il carattere inclusivo proprio della generalizzazione integrato all'indeterminatezza, il diritto (come scienza del linguaggio) crea, produce e riproduce dimensioni ibride, in grado di lasciare spazio alle procedure di adattamento fra la struttura rigida o comunque stabile della normatività giuridica e le forme, diverse, di mutamento che si registrano sul piano del reale. La stessa multiformità della generalizzazione va letta in questo senso come una differenziazione interna del sistema che, nel tentativo di rispondere alle estrinseche complessità (molteplici), si dota di luoghi di apertura cognitiva e di maggiore variabilità semantica, tali da permettere la propria resistenza.

Altrimenti va interpretata un'altra forma della generalizzazione di terzo livello, talora confusa con quella appena trattata: i principi generali, identificabili sinteticamente (ma efficacemente) come “specie del genere norma giuridica (...)”, come regole che “stabiliscono un programma condizionale, che si attua interamente ogni volta che la regola riceve applicazione. I principi delineano un programma di scopo, che deve essere attuato nella misura massima compatibile con le possibilità di diritto e di fatto esistenti *hic et nunc*”²⁸.

Se è vero, come si è sostenuto, che la normatività giuridica si costruisce su diversi piani di generalizzazione, i principi in un certo senso ne costituiscono una sublimazione, una trama ricomprensiva delle diverse forme, priva di una fattispecie dotata di valore deduttivo dato che il loro modo di applicazione non è la sussunzione, ma una procedura bilanciativa degli interessi attraverso indicazioni di massima. Per questo carattere generale e astratto potenzialmente infinito, poiché oltretutto internamente differenziato anche rispetto agli altri piani e alle altre forme e dispositivi della generalizzazione, nei principi la tensione fra diritto e sistema politico e sociale è al suo apice. Ciò che implica, sul piano del bilanciamento, una prevalenza della sfera valoriale rispetto a quella regolativa, poiché nei principi più che in ogni altro enunciato giuridico si riproducono leggi morali, indirizzi letteralmente archetipici di un ordine, che di massima possono applicarsi a infinite e diversissime contestualizzazioni²⁹.

²⁸ L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Giuffrè, 126 s.

²⁹ A riprova della tensione valoriale implicata a livello di una generalizzazione operata nei principi, tensione posta all'intersezione fra discorso politico e discorso giuridico, nel 1940 a Pisa venne organizzato un congresso finalizzato alla discussione del ruolo dei principi generali nell'ordinamento giuridico fascista, nel quale



3. – Quello che è stato fin qui descritto come problema essenzialmente relativo alla natura ontologica ed epistemologica della relazione fra le parti e il tutto nel diritto, si è originato, nel pensiero filosofico, come questione dapprima metafisica, poi ontologica e infine compresa per la sua natura epistemologica, vale a dire per il suo nesso con la teoria e il metodo attraverso cui si acquisisce la conoscenza. Filosoficamente, all'origine di ogni discorso intorno alla generalizzazione si trova il problema dell'essere – dunque, vi si trova una questione metafisica. Si ritiene che una (necessariamente) sintetica digressione sul tema dell'universale, della sua possibilità e della sua natura, possa prestare uno sfondo discorsivo di tutto rilievo, nel tentativo di collocare la generalizzazione all'intersezione fra ontologia ed epistemologia, volendo sostenere, con questo scritto, la tesi secondo cui la generalizzazione nel diritto (e nel linguaggio) rilevi sia sul piano della categorizzazione degli oggetti e dei concetti che costituiscono un sistema, ma anche – e anzi, *proprio* nel riguardare un'ontologia – ma anche, appunto, sul piano dei processi cognitivi.

La questione della ricerca degli universali è legata ad alcune fra le più complesse attività mentali, spesso usate in matematica e in logica, quali l'astrazione, la generalizzazione, l'universalizzazione e la classificazione (ad esempio nelle teorie degli insiemi). Il termine 'universale', derivato dal latino *universalis*, traduce in modo non preciso diverse parole ed espressioni greche: *τὸ καθόλου* (ciò che è comune a membri di un insieme omogeneo), e anche *τὸ γένος* (il genere come contrapposto alla specie), *τὸ εἶδος* (l'idea o l'immagine) e *τὸ οὐσία* (l'essenza che è propria di molti, come ad esempio la razionalità riferita agli uomini).

Storicamente, il problema inizia a porsi laddove volesse stabilirsi una qualche regolarità epistemica, per cui, ad esempio, laddove una volta verificata la validità di un teorema (come quello di Talete), si volesse inferire la validità dello stesso teorema per tutti i triangoli aventi le medesime caratteristiche di quello usato nella dimostrazione; l'universalità nasce quindi con l'esigenza di stabilire la validità normativa di un determinato enunciato scientifico.

L'evoluzione del concetto filosofico di "universale" è profondamente segnata dalla sua oscillazione fra una collocazione *ante rem* ed una collocazione *post rem*, vale a dire rispettivamente fra teorie nominaliste secondo le quali l'universale è nell'idea o nella ragione eterna (e solo lì si trova la forma delle cose), e teorie realiste secondo le quali l'universale si trova sempre nelle singole cose – per cui esistono solo gli individui e gli oggetti individuali, ed è possibile ricavare l'universale come *intentio formae* per astrazione dalle cose particolari, per trasformarlo in parola o segno convenzionale. Su questo punto, si ritiene che la distinzione fra nominalismo e realismo debba essere superata, in favore di una prospettiva moderatamente realista, per cui idee,

Giovan Battista Funaioli riassunse così il contenuto di quelli che sarebbero appunto dovuti essere, all'epoca, tali principi: "difendere e rinvigorire la stirpe è fine precipuo dello stato. Ad esso compete assicurare l'integrità morale e la sanità della successione delle generazioni. Prime cause di decadimento della razza sono gli incroci di razze e i matrimoni di persone ereditariamente tarate". Cfr. G.B. FUNAIOLI, *Sui principi generali dell'ordinamento giuridico dello stato*, in *Studi sui principi generali dell'ordinamento giuridico*, a cura della Facoltà di Giurisprudenza e della Scuola di perfezionamento nelle discipline corporative della R. Università di Pisa, 1943, 375 s. Si veda anche A. SOMMA, *I giuristi e l'Asse culturale Roma-Berlino*, Vittorio Klostermann, 2005.



modelli, schemi, generalizzazioni e astrazioni non sono altro che modalità dell'essere, il quale può dirsi in modi e termini differenti, tanto generali e astratti quanto contingenti e concreti. Grazie all'assunzione di una tale prospettiva, si supera agevolmente l'*impasse* argomentativo che seguirebbe altrimenti naturalmente dall'assunzione di una posizione spiccatamente nominalista o, al contrario, spiccatamente realista³⁰.

L'origine filosofica del problema degli universali può essere fatta risalire al pensiero greco, e in particolare già Socrate, il quale ritiene obiettivo primario della riflessione filosofica quello di cercare e trovare i concetti a partire dagli oggetti concreti; ogni forma di pensiero, e ogni sistema fondato su concetti e altre forme del pensiero (come il diritto) – ognuna di queste forme non può fare a meno di confrontarsi con il problema di cosa sia universale, di come e se sia in ultima istanza possibile, appunto, una conoscenza di idee astratte e universali (come ritenuto da Platone). Fra gli allievi di Socrate, Antistene, fondatore della scuola cinica, nega la possibilità dei concetti socratici, avendo ritenuto che la conoscenza delle cose è limitata al puro nome che, essendo proprio di ciascun oggetto, non permette di formulare giudizi o predicazioni.

L'altro più celebre allievo di Socrate, Platone, ritiene invece che l'universale sia proprio del mondo delle idee, costituendo l'individuale un mero precipitato, una rappresentazione sensibile dell'idea; tutta la conoscenza platonica è il frutto del *contatto* con gli universali, e non sarebbe affatto possibile – nella sua prospettiva – ricavare l'universale a partire dal particolare, se quest'ultimo non fosse già anticipato come dettaglio che compone l'idea astratta, e che è connesso agli altri particolari sulla base di una preventiva conoscenza della sua essenza universale. La concezione platonica degli universali è dunque realista, dal momento che presenta e giustifica la coesistenza, in un tutto unitario, degli enti astratti (forme ideali) e della realtà, laddove il problema dibattuto è se le forme astratte e generali (le idee) appartengano a una dimensione sconnessa dal reale, o siano invece una parte integrante di esso, e dunque se il tutto si presenti come qualcosa di unitario o se invece sia molteplice (Platone, e in questo consiste il suo realismo, ritiene che le idee siano parti integranti della realtà, per cui che il tutto sia unitario). Come dimostrato nel *Parmenide*³¹, le idee non sarebbero nient'altro che una tipologia di ente; secondo questa teoria, nota come “dottrina dell'unità del tutto” (o teoria monista), le cose empiriche partecipano delle idee, essendo rilevabile una chiara relazionalità fra gli oggetti concreti e le forme ideali; idee e oggetti sarebbero in questo senso parti di una realtà unitaria e non, al contrario, precipitati di due dimensioni sconnesse (il che condurrebbe erroneamente a sostenere che il tutto si caratterizzi per la molteplicità, tesi opposta alla dottrina monista del reale sostenuta da Platone).

Con Aristotele la prospettiva muta, e l'interrogativo socratico (e poi platonico) sugli universali diviene un problema legato al procedimento induttivo che, da un insieme di cose, porta ad astrarre ciò che esse hanno in comune, provocando così lo slittamento della questione da un pia-

³⁰ § 4, sul rapporto fra finzione e realtà.

³¹ PLATONE, *Parmenide*, ult. ed. Laterza, 2008.



no ontologico a uno epistemologico, dalla classificazione di ciò che esiste alle modalità attraverso cui ciò che esiste può essere detto o conosciuto; nella teoria aristotelica, l'universale non esiste al di fuori della cose, essendo *in re*, ma esso è l'essenza delle cose stesse, e la conoscenza si ottiene mediante giudizio dell'esame delle cose, di ciò che è comune ad esse. *Universale* è in questo senso contrapposto a *particolare*, ossia ciò che è riferito soltanto ad alcuni elementi e oggetti dello stesso genere o specie; negli *Analitici Posteriori*, Aristotele fa l'esempio di una regola universale della geometria, "la somma degli angoli interni di un triangolo equivale a due angoli retti", sostenendo che essa rappresenta una forma di determinazione universale di "triangolo", poiché stabilita sulla base dell'essenza del triangolo in senso assoluto, e che per questo può essere estesa ad ogni tipo di triangolo.

A partire da queste premesse, Aristotele arriva a sostenere che non può esservi scienza se non nell'universale: per questo, il problema inizia ad includere, oltre al discorso metafisico intorno all'unità/molteplicità dell'essere, anche una dimensione cognitiva ed epistemica, per cui se gli universali sono in qualche modo possibili, allora essi hanno un enorme potenziale scientifico e questa è l'unica vera ragione per spiegarne l'esistenza e la persistenza, dal momento che essi sono gruppi o generi sommi che raccolgono tutte le proprietà che si possono predicare dell'essere – ovvero i predicamenti dell'essere riferiti a qualità primarie (le essenze) o secondarie (gli accidenti che possono cambiare)³². Gli esseri umani colgono, grazie alla loro capacità logica, gli attributi degli enti che considerano universali e li *riproducono* trasformandoli in concetto; ciò è reso possibile dall'atto del pensiero divino che permette di intuire le forme come tali (nella loro forma "precipitata", *in atto*) in un primo momento, e poi anche al di là di ogni individuazione materiale (dunque anche *in potenza*)³³.

³² Queste pur sintetiche osservazioni vanno lette in relazione all'impianto ontologico costruito da Aristotele. Le categorie sono in tutto 10: sostanza, qualità, quantità, relazione, il dove, il quando, il giacere, l'avere, l'agire, il subire); fra le molte teorie sulle categorie aristoteliche e sulla loro funzione, verosimile appare che questa dottrina delle categorie nascesse anzitutto come risposta all'indeterminatezza delle dottrine presocratiche sull'essere (in particolare Parmenide, per cui come si è visto l'essere è e può non essere, ma oltre a ciò non era stato detto esattamente cosa fosse l'essere: da qui forse la famosa espressione aristotelica "*amicus Plato sed magis amica veritas*"). Dunque, già questo tentativo di ricostruzione genealogica della generalizzazione in logica mette in evidenza una relazione molto forte fra la generalizzazione e il bisogno di certezza e di conoscenza: un tema, quello trattato in questo scritto, che riguarda dunque logica e epistemologia anzitutto.

³³ Nel libro *Sull'interpretazione*, Aristotele esamina le combinazioni di termini che si chiamano enunciati dichiarativi (*logoi apophantikoi*) o proposizioni (*protaseis*): le frasi, cioè, che costituiscono asserzioni e non già preghiere, comandi, esortazioni, ecc. L'asserzione può essere affermativa o negativa a seconda che attribuisca qualcosa a qualcosa o separi qualcosa da qualcosa. Inoltre può essere *universale* o *singolare*: è universale quando il soggetto è universale (intendendosi per universale ciò che per natura si può dire – predicare – di più cose), per esempio "uomo"; è singolare quando il soggetto è un ente singolare, per esempio Tizio. Un termine universale può essere assunto in una proposizione sia nella sua universalità, come quando si dice "ogni uomo è bianco", sia nella sua particolarità, come quando si dice "qualche uomo è bianco". Aristotele si preoccupa di stabilire il rapporto tra la proposizione universale e la proposizione particolare, ognuna delle quali può a sua volta essere affermativa o negativa: ad esempio, "ogni uomo è bianco" (universale affermativa), "nessun uomo è bianco" (universale negativa), "qualche uomo è bianco" (particolare affermativa), "qualche uomo non è bianco" (particolare negativa).



La logica aristotelica, per la sua solidità teoretica e per il gran numero di criticità che riesce a fare emergere, diviene così il fondamento delle teorie medievali sugli universali, come dimostra il fatto che il punto di snodo tra pensiero antico e pensiero medievale si realizza con la monumentale opera esegetica del neoplatonico Porfirio di Tiro (233-305 d.C), il quale nel suo testo *Isagoge* (o *Introduzione alle Categorie*), sviluppa la questione della natura dei termini universali, elaborando il celebre *albero di Porfirio*, in cui viene proposta una gerarchia dei termini, da quelli generici a quelli specifici, dal genere generalissimo alla specie specialissima. Questo lavoro provoca un dibattito divenuto in seguito celebre come “questione degli universali”: tale definizione traduce il latino scolastico *quaestio de universalibus*, un’espressione usata per indicare la controversia diffusa soprattutto nel 12° secolo, sorta proprio dalla lettura dell’*Isagoge* di Porfirio alle *Categorie* di Aristotele, e incentrata sul quesito se i generi e le specie fossero solo realtà mentali, oppure avessero una realtà oggettiva al di fuori della mente, e, in questo ultimo caso, se fossero realtà corporee o incorporee, se esistessero separatamente dalle cose sensibili o solo in esse. La formulazione del problema si trova nelle prime righe del testo di Porfirio: nella sua divisione, egli parte da un’analisi della definizione aristotelica di ‘universale’ e arriva a specificarne cinque tipi differenti. Nell’albero di Porfirio, tronco e rami rappresentano il rapporto fra l’individuo e l’universale, e l’immagine è una metafora per l’esplicazione dei vari gradi dell’essere, attraverso una costante ascesa o discesa lungo l’albero; questo è ordinato dal basso verso l’alto in base ad un criterio di comprensione. Al genere sommo, punto più alto, si trova la *sostanza*, alla quale si subordinano le specificazioni, fino ad arrivare all’individuo singolo, il quale è dotato della massima comprensione di caratteri e della minima estensione.

Il tema degli universali pone in rilievo la questione delle definizioni astratte e, dunque, riguarda rapporto fra genere e specie: già in Porfirio, il genere è un insieme di realtà che si trovano in relazione con un unico termine e dunque anche tra loro. “Genere” si dice ancora in un senso ulteriore, ovvero per indicare ciò a cui le specie sono subordinate per somiglianza con alcune sue proprietà, per la sua capacità di “contenere” e includere le molteplicità delle specie. Il genere è dunque sempre inteso, già nella rielaborazione della logica e della metafisica aristoteliche effettuata dalla Scolastica, sia come una procedura di ricomprensione (“generalizzazione” come dinamica) sia, al tempo stesso, come il prodotto della generalizzazione – ovvero in quanto proprietà, cioè carattere generale di alcuni oggetti; il genere, sempre per Porfirio, è in effetti anche ciò che si predica di più realtà che differiscono per specie, e per quel che riguarda la loro essenza.

Le intuizioni di Porfirio vengono riprese e sviluppate da Boezio, il quale, oltre a tradurre l’*Isagoge* dal greco al latino, sposta la questione dall’ambito puramente logico alla teologia. In Boezio si concentrano le posizioni della filosofia antica e vengono anticipati i temi del dibattito della filosofia scolastica, anche intorno a problemi come il legame fra pensiero ed espressione verbale, il legame fra parola e concetto designato, e la concezione dell’intelletto come strumento per la comprensione dei concetti. Con Boezio, dunque, il problema degli universali assume per la prima volta uno statuto trasversale rispetto alle discipline, e soprattutto si sviluppa prima di



tutto come questione che riguarda la relazione fra linguaggio e pensiero nelle sue più profonde fondamenta. L'universale, se sono vere la definizione aristotelica e quella di Porfirio, dovrebbe costituire la sostanza di tutti i singoli particolari, nel suo insieme, e simultaneamente. Il che sarebbe impossibile, dato che l'atto di corrispondere esattamente alla sostanza di un particolare dovrebbe avere luogo esattamente allo stesso tempo dell'atto di corrispondere alla sostanza di altri particolari, il che sarebbe contraddittorio. Con questo argomento, Boezio arriva a stabilire che non può esistere nessun universale in sé, ma per spiegare l'esistenza di un universale è necessario ricorrere ad una finzione, ovvero ad un meccanismo rappresentativo che permetta di vedere realizzato il carattere dell'inclusività e il dato fattuale dell'inclusione delle specie in un genere. La contraddizione sta nell'ambiguità del principio secondo cui un ente non può essere compreso attraverso una modalità che differisce dall'ente stesso: perché questo possa avvenire, dunque, è necessaria una finzione, una costruzione immaginaria che permetta di comprendere i molti nell'uno laddove l'uno non potrà mai (per nessuna ragione, e in nessun luogo) corrispondere a ciascuno dei molti. Per tale principio, dietro l'ambiguità di ogni forma di rappresentazione come la generalizzazione, si nasconderebbe l'errore: nel prossimo paragrafo un'integrazione su questo punto chiarirà che le rappresentazioni e le finzioni sono modi del reale e non necessariamente tradimenti dello stesso – sono tipi e modelli attraverso cui conoscere e spiegare la molteplicità, e non sono né più né meno veri o possibili della realtà stessa.

Si può dunque ritenere che Boezio, nonostante la sua profonda ispirazione platonica, nel commento all'*Isagoge* adotti una soluzione ispirata ad Aristotele: generi e specie non hanno altra realtà che quella di essere proprietà dell'individuo, che l'intelletto conosce distinguendole da tutti gli elementi con cui sono congiunte: gli universali sussistono in unione con le cose, ma sono conoscibili dal nostro intelletto separatamente dai corpi.

La disputa sugli universali corrisponde allora, per molti versi, a una disputa fra realisti e nominalisti, in cui si fronteggiano due tipi di soluzione: una ispirata alla tradizione platonica, per la quale gli universali hanno esistenza oggettiva; i sostenitori di essa sono detti *realisti*. L'altra, riconoscendo che nella realtà sussistono solo individui, afferma aristotelicamente che universale è ciò che è predicabile, ossia ciò che può essere detto, di più cose: *nominalisti* sono i sostenitori di questa soluzione³⁴.

Riprendendo il filo della genealogia dell'universalità nella storia della filosofia, una volta posto come problema fondamentale per diverse discipline e soprattutto per la filosofia e la teologia, quello degli universali si trasforma in un discorso complesso intorno al quale si sviluppano tre principali linee dogmatiche. La più diffusa è l'interpretazione agostiniana degli universali data da Sant'Anselmo d'Aosta (1033-1109), per il quale gli universali sono realtà o idee effetti-

³⁴ Tra i più noti rappresentanti, sia pure con sfumature diverse, sono da ricordare Roscellino (cui gli avversari rimproveravano di aver ridotto l'universale a puro suono, a *flatus vocis*, e che fu accusato di triteismo per aver sostenuto che Padre, Figlio e Spirito Santo designano individui distinti, non una sola singola realtà) e Abelardo nel 12° sec., Guglielmo di Occam nel sec. 14°.



vamente esistenti nella mente di Dio, un'interpretazione *realista* che rimanda ad una struttura ontologica separata dalla realtà materiale mondana, essendo collocata in uno spazio *ante rem*, nel quale si definiscono i generi e le specie che vanno a formare l'essenza degli oggetti della realtà, i quali differiscono – secondo questa linea teorica – solo per gli accidenti. All'interno di questa corrente, sulla scia delle critiche mosse da Abelardo, l'impronta della corrente realista si modifica fino al punto di sostenere che l'universale non è una cosa essenzialmente identica nei singoli, ma è una forma di *identità di indifferenza*, ovvero una relazione per cui individui o elementi della stessa specie, pur essendo distinti, non sono apprezzabilmente diversi; nella loro non-differenza consiste l'universalità del genere o della specie.

Un'altra interpretazione è quella *nominalista*: i concetti universali, in questa prospettiva, non hanno alcun corrispettivo nella realtà e sono soltanto *nomi*. A queste due prospettive se ne aggiunge una terza, per cui l'universale non è nulla di materiale, non trovandosi negli individui o al di fuori di essi, ma è invece un *conceptus* predicabile per molte cose. In altri termini, l'universale non è una cosa in quanto fa da predicato (poiché *res de re non praedicatur*), ma non è neppure una pura funzione astrattiva, essendo qualcosa di fondativo per gli individui: questa è la prospettiva *concettualista*.

Queste tre linee di pensiero trovano sintesi nella dottrina di S. Tommaso, per cui in Dio l'universale è l'*idea*, la *ragione eterna*, l'*esemplare delle cose create*, la *forma* platonica. Esso è dunque sia *ante rem* che *post rem*: per la mente umana è infatti possibile ricavare l'universale come *intentio formae* per astrazione delle cose particolari, trasformandolo in un *conceptus mentis* e solo dopo in segni³⁵. La soluzione tomista del problema può essere sintetizzata con la tesi per cui l'universale *ante rem* è l'esemplare eterno della cosa esistente in Dio; l'universale *in re* è l'essenza della cosa, ossia un principio intelligibile e conoscibile individuato nella materia, nella realtà concreta delle cose; l'universale *post rem* è il concetto che l'intelletto astrae dalle condizioni individuanti a partire dalle conoscenze sensibili.

Va infine rilevato che il problema degli universali, originatosi come questione intorno all'unità o alla molteplicità del tutto, si sviluppa progressivamente, assumendo nei secoli una natura sempre più diffusa e interdisciplinare, tale da creare un'interrelazionalità fra ambiti diversi del pensiero: da tema essenzialmente metafisico relativo all'essere, esso scopre nei secoli

³⁵ È impossibile ricomprendere in un così ridotto spazio l'intero percorso degli universali con i coseguenti dibattiti che da questo hanno preso forma (praticamente tutta la filosofia medievale andrebbe infatti, per una ragione o per l'altra, richiamata). Appare ciononostante opportuno, nonché dovuto, compiere lo sforzo Massimo per tentare di ricostruire nel modo più fedele il dibattito, anche al fine di creare uno sfondo filosofico il più possibile ricco, che possa fare da traccia di riferimento per il diritto. Va allora aggiunto che per Guglielmo d'Ockham l'universale ritorna ad essere un prodotto dell'intelletto, un *ens rationis*: ancora una volta viene rifiutata l'interpretazione realistica in senso stretto, e *l'universale non è né in re, né ante rem*, coerentemente con il principio "*entia non sunt praeter necessitatem multiplicanda*" (il "rasoio di Ockham"). Secondo questa teoria, l'universalità è il risultato dell'azione dell'intelletto che raccoglie sotto il concetto generico gli individui e gli elementi della realtà distinti da particolari gradi di somiglianza, per cui l'universale non è il frutto di un'arbitraria convenzione ma è il segno delle singole cose particolari.



una forza espansiva, la cui conseguenza più immediata è l'estensione della diafrasi alla logica e all'ontologia. Solo successivamente, su queste basi, l'universalità assume una statura tale nella storia delle idee per cui anche la teologia inizia ad interrogarsi a riguardo. Ciò è interessante perché la multiformità e l'ubiquità della questione degli universali in filosofia si riscontrano, sotto altre forme, in ambito giuridico, laddove le forme di generalizzazione sono molteplici e riflettono tensioni metodologiche affini ma comunque differenti (ontologia, epistemologia).

4. – Sebbene la rilevanza del legame fra diritto e linguaggio richiederebbe una trattazione più approfondita, per ragioni di economia interna del testo e di coerenza tematica al rapporto fra generalità, universalità e finzione – a tale legame non può che dedicarsi una riflessione unicamente funzionale a rafforzare la tesi che viene qui sostenuta (l'intrinseca co-relazionalità fra diritto e generalizzazione, e la sua natura multiforme e multilivello).

Come la generalizzazione, anche la finzione nel diritto è proiettata su diversi livelli; non solo quello primario e più basilare del singolo termine: nella costruzione logica di una norma giuridica, infatti, è presente un caleidoscopio di generalizzazioni – da quelle più “terminologiche”, a quelle concettuali, fino a quelle che riguardano il momento più alto della generalizzazione che consiste nella prefigurazione di vere e proprie situazioni-tipo o nella costruzione di clausole e principi la cui validità ricade su tutto l'ordinamento. Nel rapporto fra generalità e finzione il parallelismo fra diritto e linguaggio acquisisce ulteriormente evidenza, poiché attraverso la finzione, sempre coerentemente con la propria sistematicità (interna ed esterna), il diritto opera tracciando delle situazioni in concreto non immediatamente verificabili e percepibili (di fatto, finge), assumendo l'assimilabilità delle situazioni finte ad altre reali. Nell'operare in questo senso, si creano dei ponti fra quadri di riferimento disomogenei al fine di garantire una risposta alle complessità e agli imprevisti del reale. Perciò il diritto lavora proprio come il linguaggio, mostrando un carattere tipicamente costruttivo, in linea con quanto ritenuto da Wittgenstein a proposito del linguaggio e della civilizzazione umana, la cui attitudine è “*typisch aufbauend*” – tipicamente costruttiva³⁶.

Alla stessa stregua del linguaggio, il diritto è costitutivamente e intrinsecamente legato a una finzione, come già emerge dalla lezione platonica trasmessa nel Cratilo, il dialogo dedicato principalmente al linguaggio: quest'ultimo, è la conclusione del filosofo, non è né del tutto naturale (ovvero: le cose non portano con sé i nomi che vengono solo “scoperti” dagli uomini), né del

³⁶ Da una *Vortwortentwurf* del 1930 in cui Wittgenstein descrive il proprio lavoro: “*Unsere Zivilisation ist durch das Wort Fortschritt charakterisiert. Der Fortschritt ist ihre Form nicht eine ihrer Eigenschaften daß sie fortschreitet. Sie ist typisch aufbauend. Ihre Tätigkeit ist es ein immer komplizierteres Gebilde zu konstruieren. Und auch die Klarheit dient doch nur wieder diesem Zweck und ist nicht Selbstzweck*”. In sintesi, la nostra civilizzazione è caratterizzata da una forte spinta verso il progresso, ed è in questo tipicamente costruttiva – la propria funzione essenziale è la costruzione di strutture sempre più complesse.



tutto convenzionale (ovvero: le cose non hanno alcuna relazionalità con i nomi, assegnati loro arbitrariamente dagli uomini). Il bilanciamento fra naturalismo e convenzionalismo, un bilanciamento che per l'esigenza di approssimarsi e aderire alla realtà non può che essere dinamico, è dunque la via migliore, quella più equilibrata sia logicamente sia epistemicamente. Il moderato convenzionalismo platonico è l'alba della linguistica moderna.

Approcciando il diritto (metaforicamente) attraverso le intuizioni platoniche sul linguaggio, le forme della generalizzazione rispecchiano un moderato convenzionalismo, considerato che, peraltro, il carattere dell'astrattezza viene anche dalla più raffinata dottrina interpretato come fittizio³⁷: “esso occupa una scala istituzionale, nel senso che in sua assenza il diritto come ordinamento non si darebbe, o non si darebbe in quella forma, ovvero si darebbe in una forma radicalmente diversa”³⁸.

Ogni procedura volta a ricomprendere (e pre-comprendere) le innumerevoli declinazioni del possibile che possono accadere sul piano del reale è finzione: quest'ultima è dunque proprio lo spazio di congiunzione fra il convenzionalismo linguistico e il convenzionalismo giuridico – tanto a livello del basilare rapporto fra l'astratta norma (*type*) e i concreti eventi (*tokens*), quanto a livelli più complessi. La premessa logica che prepara il terreno al ruolo ibrido della finzione nel diritto è che ogni caso vuole la propria legge, e ogni legge è pensata per rispondere a un numero indefinito di casi. Data questa premessa, insieme con la raggiunta convinzione che la finzione non rappresenti nient'altro che un precipitato fenomenologico del rapporto fra diritto e generalizzazione, e che a sua volta la generalizzazione non possa che fondarsi su una finzione, si deve inoltre precisare che l'atto del fingere è un artificio (una *techné*) utile a realizzare, attraverso la rappresentazione, l'inclusione del *multiversum* del reale nella sistematicità giuridica. Di più: la finzione attiene a un piano qualitativo di messa in relazione fra pensiero e realtà, mentre la generalizzazione introduce un elemento quantificatorio nel processo finzionale, agendo sulla possibilità applicativa dell'ottenuta rappresentazione, che dal singolo caso può essere estesa a una categoria (come con il tipo), o ancora più diffusamente all'intero ordinamento (come con i principi generali e con le clausole generali).

La finzione non è nient'altro che uno strumento euristico dallo spiccato carattere epistemico che permette di conoscere la realtà, invece che empiricamente, attraverso il pensiero. Essa si

³⁷ A proposito della diatriba natura/convenzione, sinteticamente ma molto efficacemente si può ritenere con L. NIVARRA che “la risposta [alla scelta del termine ‘finzione’, ndr] è semplice e va rintracciata nel convincimento, radicatissimo nel modo di pensare romano ma probabilmente comune a tutta la cultura classica, che il linguaggio umano debba rispecchiare la natura delle cose di talché un eventuale scarto che si dovesse manifestare, per ragioni di ordine pratico, tra il primo e la seconda, non potrebbe che assumere la forma della “finzione”, ossia di una manipolazione della realtà tanto inevitabile quanto meritevole di essere stigmatizzata con un nome che ne riveli immediatamente il carattere di quasi blasfemo artificio e, dunque, la assoluta eccezionalità” (*Le parole del diritto: finzioni*, 2005, p. 397-398).

³⁸ L. NIVARRA, *Le parole del diritto: finzioni*, in *Europa dir. priv.*, 2/2005, p. 391. Si veda inoltre sul tema della finzione O. CAYLA, *Le jeu de la fiction entre “comme si” et “comme ça”*, *Droits, revue française de théorie juridique*, n. 21, 1995, pp. 3-15.



presenta sotto “la specie di una vistosa e drammatica rottura della continuità tra il reale e l’universo linguistico deputato a riprodurlo, ossia il diritto: non più e, si sarebbe tentati di dire, non semplicemente un grande artificio retorico ma un vero e proprio tradimento della fiducia nell’evidenza e nella stabilità delle cose che vivono di vita propria, l’arredo del mondo nelle mani di un architetto sconclusionato, un’angosciosa fuga dal senso comune”³⁹. Il diritto, generalizzando su più livelli e in più “momenti”, realizza dunque non solo la propria sistematicità, mettendosi al sicuro di fronte alle possibilità che possono presentarsi nel mondo reale, vedendo così realizzata una tutta peculiare efficienza nella regolazione della società.

Non solo, appunto: la generalizzazione è un processo cognitivo che si riproduce continuamente nel linguaggio giuridico, tanto attraverso la classificazione degli oggetti, quanto attraverso le più ampie costruzioni generalizzanti che abbiamo visto avere la forma di clausole o principi, e nella forma di dispositivi quali tipi, fattispecie, standard. Non solo, dunque, la generalizzazione è una tipologia di finzione, ma la finzione (cioè il prodotto di un meccanismo di costruzione fittizia) può essere estesa, se necessario, a molti casi, dunque la finzione può essere generalizzata. Anche la finzione, proprio come la generalizzazione nel diritto e l’universalità può estendersi nel pensiero filosofico (metafisica in particolare), si riproduce su più livelli.

La complessità cui si trova di fronte il diritto non è soltanto quella naturale e costitutiva di un sistema tendenzialmente stabile (e stabilizzante) confrontato con la mutevolezza della realtà, ma si rinnova ogni qualvolta la normatività giuridica sia sottoposta a una tensione estensiva, come accade quando ad esempio un caso imprevisto e non pre-compreso debba essere deciso. Ciò che è molto ben esemplificato dalla crisi incontrata da alcuni istituti del diritto romano, che con l’ampliarsi del numero e della tipologia di relazioni dovuto al confronto con culture ignote al tempo della codificazione, si è più volte trovato a dover dare risposta alla radicatissima e diffusa ideologia della continuità e dell’intangibilità del sistema giuridico. Le norme ereditate dai padri, simboli della *traditio*, erano nate non per essere cancellate ma (come sempre avviene quando si legifera) per dare solidità e continuità a un corpo giuridico-politico. Dunque cancellare una tale norma significava “mettere a repentaglio la possibilità stessa, per la comunità, di continuare a pensarsi come tale, violare un ordine avvertito come naturale e non semplicemente come artificiale, costruito, storico”⁴⁰. Così, per salvare la finzione giuridica “originale”, vale a dire il valore immutabile, stabile e continuo del sistema, nuove finzioni furono prodotte, in riproduzione della finzione originaria.

Ad esempio, la *lex Cornelia* prevedeva che, nel caso di un *captivus* morto in prigionia, si considerava “come se” esso fosse morto libero *in civitate*, in modo da assicurare, così, la successione testamentaria – che altrimenti avrebbe avuto nella morte in condizione di *captivus* una condizione ostativa alla propria realizzazione⁴¹. La *fictio* interveniva dunque prevalentemente

³⁹ L. NIVARRA, *ibidem*, p. 393.

⁴⁰ L. NIVARRA, *ibidem*, p. 394.

⁴¹ Sempre NIVARRA (*ibidem*, 2005) ricorda che *lex Cornelia* risaliva con ogni probabilità all’epoca della dit-

JUS CIVILE



nel momento applicativo, al fine di colmare eventuali lacune dell'ordinamento: un ordinamento, quello romano, in cui un netto bilanciamento fra l'*auctoritas* (prevalenza di precetti generali e astratti, e largo spazio al ruolo dell'interprete) e la *ratio* (prevalenza della legge scritta e delle logiche specifiche deducibili da essa) apriva il varco a un intervento considerevole dell'attività "produttiva" della finzione tramite la generalizzazione – laddove risolto tramite un "come se" (finzione) un caso, allora per i casi simili si procedeva allo stesso modo. Tale ipertrofia dell'*auctoritas* implicava, sul piano oltre che ermeneutico anche epistemico, il ricorso frequente a espedienti finalizzati a estendere a una fattispecie straordinaria, impreveduta e non pre-compresa, la disciplina dettata per altra fattispecie – attraverso un meccanismo analogico di comparazione prima, e di assimilazione poi, della prima alla seconda.

Equiparare significava per l'appunto procedere generalizzando, assumendo che la *ratio* valida per un caso singolo potesse (non solo: dovesse) estendersi a tutti i casi potenzialmente simili. La finzione permetteva dunque, in conclusione, di creare attraverso un processo di generalizzazione, raccogliendo (come l'universale in metafisica) i caratteri salienti di un discorso, e attraverso la rappresentazione facendo sì che questi esistessero anche al di fuori di un contesto originario.

Ancora attualmente, attraverso la finzione il diritto non solo può decidere situazioni di apparente indecidibilità, ma arriva anche a conoscere e sistematizzare casi straordinari attraverso la creazione di strutture di pensiero funzionali a mantenere strutturalmente in piedi l'ordine con la sua coerenza. La finzione è dunque creazione e, a un tempo, strumento cognitivo utile nelle situazioni straordinarie poiché legittimante l'estensione del noto all'ignoto. Nel tentativo di allargare questa intermedia conclusione, il discorso deve essere condotto dal diritto ancora una volta alla filosofia, essendo la finzione, proprio come la generalizzazione (e la sua traduzione più metafisica, il problema degli universali), un raccordo di assoluta pregnanza fra i due campi disciplinari.

Nella *Poetica*, Aristotele sostiene che la poesia sia una finzione più universale della storia, perché la poesia racconta l'universale e il necessario, mentre la storia narra semplicemente il particolare e il contingente. La poesia è una forma di riproduzione e di rappresentazione della realtà che raccoglie gli elementi rilevanti di un discorso, rendendoli estendibili a molte situazioni: in questo consiste il suo aspetto creativo e, dunque, poetico: "risulta manifesto anche questo: che compito del poeta è di dire non le cose accadute ma quelle che potrebbero accadere e le possibili secondo verosimiglianza e necessità. E infatti lo storico e il poeta non differiscono per il fatto di dire l'uno in prosa e l'altro in versi (giacché l'opera di Erodoto, se fosse posta in versi, non per questo sarebbe meno storia, in versi, di quanto non lo sia senza versi), ma differiscono in questo, che l'uno dice le cose accadute e l'altro quelle che potrebbero accadere. E perciò la

tatura di Silla (84-81 a.c.) e che a essa si riferisce il celebre frammento di Giuliano: "*Lege Cornelia testamenta eorum, qui in hostium potestate decesserint, perinde confirmantur, ac si hi qui ea fecissent in hostium potestate non pervenissent*" [D.28 1.12 (Iulianus, 1.42 Digestorum)].



poesia è cosa più nobile e più filosofica della storia, perché la poesia tratta piuttosto dell'universale, mentre la storia del particolare. L'universale poi è questo: quali specie di cose a quale specie di persona capiti di dire o di fare secondo verosimiglianza o necessità, al che mira la poesia pur ponendo nomi propri, mentre invece è particolare che cosa Alcibiade fece o che cosa patì”⁴². Compito del poeta per Aristotele è l'imitazione delle azioni reali attraverso il linguaggio, essendo la poesia una forma “alta” di finzione che per questo è considerata un'arte, una *techné*, una procedura con cui si crea⁴³.

In seguito, è stato con Cartesio che, nella storia della filosofia occidentale, la finzione è stata vista come uno strumento per arrivare alla verità: da attribuire a Cartesio è la tesi per cui, se si vuole giungere a una qualche certezza, è necessario pretendere (fittiziamente) di dubitare di tutto⁴⁴. Supponendo che vi sia un demone maligno il cui unico obiettivo è di ingannare gli uomini, almeno di una cosa si deve provare a essere certi, e questa cosa sarà il fatto di dubitare. Dal momento che sono certo di dubitare, allora sono anche certo che sto pensando, e se sto pensando, allora sono (*ego cogito, ergo sum*). In Cartesio, la finzione, intesa come vera e propria costruzione di una realtà inesistente per il tramite della rappresentazione di una dimensione del “come se”, ha la funzione di creare una prospettiva in cui la certezza sia quantomeno prefigurabile⁴⁵.

Saltando alla storia della filosofia contemporanea, più recentemente si sono sviluppate, rispetto al problema del rapporto fra realtà e finzione, posizioni divergenti intorno alla questione se ciò che accade nella dimensione della finzione possa produrre delle conseguenze sulla realtà oppure no. Per il diritto, la risposta sembra ovvia: evidentemente un oggetto sussistente in una dimensione fittizia, come ad esempio lo *status* di un individuo libero applicato a colui che al contrario è un *captivus*, produce delle conseguenze tangibili sulla realtà. Fra tutte, il fatto che quell'individuo, a causa del dispositivo generalizzatore e fittizionale, diviene capace di succedere – cosa che, altrimenti, vista la sua condizione, non sarebbe potuta avvenire né sarebbe avvenuta. In questo senso il diritto è un sistema esemplare per lo studio della finzione e del suo strumento

⁴² ARISTOTELE, *Poetica*, [1451 b]. La poetica è produzione, tecnica e creazione, per Aristotele, anzitutto poiché è; imitazione e riproduzione della realtà: “Dato che come alcuni imitano molte cose rappresentandole con i colori e con le figure (chi [20] per il possesso dell'arte e chi invece per semplice pratica), mentre altri per mezzo della voce, così, anche per le arti sopra dette, tutte quante producono l'imitazione nel ritmo, nel discorso e nell'armonia, e questi o presi separatamente o mescolati assieme.(...) Queste dunque dico che sono le differenze delle arti rispetto ai materiali nei quali esse producono l'imitazione.”

⁴³ L'attitudine poetica dell'arte come costruzione e finzione è già presente nel suo nome greco: *techné* è infatti arte, capacità di produrre; il termine deriva da verbo *tikto*, genero, procreo, produco. L'attitudine poetica è dunque attitudine a generare – e, in linea indiretta, probabilmente anche a generalizzare.

⁴⁴ CARTESIO, *Meditazioni metafisiche* (1641), Bompiani, 2001.

⁴⁵ Non solo: durante tutta la storia della filosofia è altrettanto presente l'idea che esistano finzioni buone e finzioni cattive. In particolare un teologo, Bartholomäus Keckermann, ha distinto le buone finzioni letterarie (come la montagna aurea nelle *Metamorfosi* di Ovidio) dalle finzioni “cattive” (per lui che è un filosofo protestante, il Purgatorio è una di esse).



logico primario, la generalizzazione, poiché nel diritto più ancora che in altri campi, queste forme assumono un potenziale normativo, e dunque a seguito della loro estensione generalizzata a tutti i casi simili (in modo rilevante) le *fictiones* nel diritto producono degli effetti, sono più reali che mai.

Queste ultime osservazioni sono particolarmente interessanti se si considera che, nella filosofia contemporanea, si sono opposti essenzialmente due campi intorno al tema della finzione: da una parte, i realisti (in particolare i realisti positivi, che si ispirano alla tradizione di Alexius von Meinong), secondo cui gli oggetti fittizi ci sono all'interno del dominio più generale di tutti gli oggetti, appartenendo quindi al dominio generale di ciò che c'è. In estrema sintesi, per Meinong la realtà è composta da diverse modalità dell'essere: esistenza (*Existenz*), sussistenza o consistenza (*Bestand*) e l'essere-dato (*Gegebenheit*). La prima modalità si esplica negli ordinari oggetti concreti (come l'albero), la seconda negli oggetti astratti o logicamente possibili (come il numero), la terza negli oggetti logicamente impossibili (ad esempio, il cerchio quadrato). In una prospettiva realista, dunque, l'esercizio per cui il giurista romano pretendeva che la realtà fosse in un modo empiricamente non verificabile, non è nient'altro che uno dei modi dell'essere del diritto – che resta coerente con la propria sistematicità anche nel momento in cui, costruendo fittiziamente, pretende e inferisce attraverso un “come se”. In un quadro teoreticamente del tutto condivisibile, la generalizzazione e la finzione nel linguaggio giuridico sarebbero da intendersi parallelamente come modalità operative partecipanti della complessa sistematicità del diritto, funzionali a sostenerne la coerenza tematica e concettuale a fronte delle innumerevoli possibilità del reale.

In direzione contraria a Meinong e ai realisti, gli anti-realisti o eliminativisti (ispirati da Bertrand Russell) ritengono che gli oggetti fittizi non facciano parte della realtà e che si finga, semplicemente, che ve ne siano ⁴⁶. Volendo abbracciare questa posizione, viceversa, generalizzazioni e costruzioni finzionali sarebbero dispositivi altri rispetto al sistema giuridico, chiamati in causa all'occorrenza dove vi fosse la necessità di trovare risposte in situazioni di profonda tensione fra le sfere dell'essere e del dover essere – il che rappresenta, evidentemente, una soluzione non condivisibile ⁴⁷. Un simile dibattito, certamente, richiederebbe uno spazio ben maggiore

⁴⁶ Meinong è inoltre considerato il fondatore della cosiddetta “teoria degli oggetti”, una forma di realismo critico che prescinde dal carattere di realtà o d'irrealtà esterna degli oggetti del pensiero. Gli oggetti vanno studiati in quanto tali, qualunque sia la modalità del loro essere.

⁴⁷ Sebbene tanto fra i realisti quanto fra gli anti-realisti siano rinvenibili diverse correnti. Un recentissimo sviluppo del realismo positivo ha nel filosofo Maurizio Ferraris il massimo esponente; quest'ultimo invita a “risvegliarsi dal sonno del trascendentalismo – o almeno turbarlo con un sogno filosofico”. Ciò non “significa affatto sporare un realismo ingenuo, che identifica l'esperienza con la realtà, con un realismo metafisico, che concepisce la mente come lo specchio della natura. È, al contrario, un gesto decostruttivo: se la decostruzione è la capacità di mettere in discussione la *doxa*, il pregiudizio, la ragion pigra, allora – dopo due secoli buoni dominati dal refrain secondo cui il linguaggio, la storia, i concetti modellano il mondo – si tratta di fare l'esercizio inverso. Riconoscendo certo che questa autonomia (e spesso antinomia) del mondo rispetto ai nostri apparati percettivi si manifesta come una negatività, come una resistenza e un ostacolo” (da M. FERRARIS, *Realismo po-*



di quello che qui gli si riserva. D'altra parte, si ritiene ben più rilevante arricchire, posto questo seppur breve sfondo teoretico, la dimensione pragmatica che interessa la relazione fra generalizzazione e *fictio iuris*. Laddove la teoria potrebbe ancora a lungo essere esplorata, nelle varie sfaccettature e attraverso le molteplici questioni rilevanti che essa pone, a questo punto della trattazione risulta necessario dedicare ancora spazio alla casistica e alle modalità operative, per osservare come le generalizzazioni siano in un certo senso delle finzioni "in atto".

4.1. – La consacrazione della finzione come strumento del diritto è avvenuta in un contesto, quello dell'esperienza giuridica romana, caratterizzato da un duplice tratto, culturale e istituzionale⁴⁸. Laddove il primo di questi tratti si compendia in un'ideologia della continuità con una *traditio*, dunque nell'intangibilità dell'ordine normativo, il secondo di questi tratti è piuttosto riconducibile alla prevalenza di meccanismi di produzione del diritto. Proprio a questo secondo aspetto è dedicato questo paragrafo conclusivo, simbolicamente a rappresentare, dopo un'analisi logica ed epistemologica sulla generalizzazione (supportata dalla teoria filosofica sull'universale), un'esemplificazione dei tratti fenomenologici della generalizzazione nel diritto.

Le forme della generalizzazione, come ha mostrato Yan Thomas, hanno visto in tutta la tradizione casistica un luogo naturale di sviluppo e concretizzazione – implicando la casistica, vale la pena precisarlo, una tecnica di pensiero che risale induttivamente dal particolare al generale⁴⁹.

Fra i diversi casi esemplari esaminati dal romanista francese a proposito della finzione come forma di generalizzazione, uno riguarda un problema di diritto successorio quando il figlio (l'erede) non è ancora nato e il padre muore. Come trattare un caso in cui il dante causa (padre del figlio concepito ma non ancora nato) muoia prima della nascita del futuro avente causa? Certo la giurisprudenza romana non si focalizzava sul concetto di vita dell'embrione o su considerazioni di genetica; ciononostante, la questione era di tutta rilevanza dal punto di vista giuridico, riguardando lo *status* in termini di diritto legato alla capacità a succedere di un bambino nato dopo la morte del proprio padre. Il dibattito di giuristi e commentatori si concentrò prevalentemente sul concetto di "erede diretto" nel sistema giuridico allora vigente e su quali fossero

sitivo, Rosenberg&Sellier, 2013, p. 10 e ss.). La positività del realismo ha molti aspetti; anzitutto, "la circostanza per cui, pur superando i nostri schemi concettuali e apparati percettivi, il mondo si dia, è la prova evidente del fatto che i nostri schemi e concetti non possiedono alcun valore costitutivo rispetto al mondo, ma, semmai, il loro valore è soltanto conoscitivo. Hanno insomma una portata epistemologica, non ontologica" (*ibidem*, p. 11). Infine, vale la pena di richiamare la tesi secondo cui "le forme, i significati e gli usi sono in larghissima parte già presenti nel mondo, e aspettano soltanto di venire evocati da un umano o da un animale" (p. 12), ma soprattutto – a proposito di finzione – il fatto che "l'invito del reale è tale da innervare di sé anche la finzione (...). Questo l'aspetto cruciale nei rapporti tra finzione e realtà" (p. 16).

⁴⁸ L. NIVARRA, *ibidem*, 2005, p. 397.

⁴⁹ Y. THOMAS, *L'extrême et l'ordinaire. Remarques sur le cas médiéval de la communauté disparue*, in *Penser par cas* 45-73, 2005, 73 s.

JUS CIVILE



le proprietà descrittive di questo concetto (già di per sé questa è attività tesa alla generalizzazione), nonché sulla condizione ordinaria in cui tali proprietà si esplicavano: ovvero, il bambino doveva essere già nato al momento della morte del padre, ed essere dunque già soggetto all'autorità di questi (*potestas morientis*). Per fare in modo che la situazione del bambino nato dopo la morte del padre (nella terminologia di Yan Thomas, il caso “straordinario”) potesse essere equiparata a quella del bambino già nato al momento dell'apertura della successione (il caso “ordinario”), fu necessario immaginare – fingendolo – il prolungamento dell'esistenza del padre fino al momento della nascita del figlio nel caso straordinario. Con un simile dispositivo, il sistema restava in piedi poiché l'aggiustamento non riguardava gli istituti giuridici ma una mera *fictio* riguardante la realtà, da cui poteva dedursi la capacità a succedere anche dell'erede che, altrimenti, non si sarebbe potuto definire “proprio”. Da un punto di vista più strettamente dogmatico, la situazione ordinaria e quella straordinaria potevano essere assimilate grazie ad un processo di generalizzazione: la differenza concreta e tangibile fra la vita biologica e la vita “giuridica” era superata focalizzando l'attenzione sulle proprietà fondamentali e generali dell'idea di vita (ciò che si fa generalizzando), dunque sul piano concettuale e non su quello meramente terminologico, al fine di coglierne esclusivamente l'aspetto saliente – nel caso di specie, il fatto che esistesse o vi fosse almeno stato un padre, e dunque un potenziale dante causa nella successione. La finzione era dunque basata su una generalizzazione ⁵⁰.

Nell'altro caso che brevemente ci si accinge a commentare, l'ambito operativo della finzione attraverso la generalizzazione è ancora più rappresentativo dell'interazione fra linguaggio e diritto, poiché riguarda più direttamente il limite semantico di un termine, considerato nell'ottica della semantica proposizionale (che tiene conto del contesto di riferimento nella sua interezza) e non invece in quello della semantica nominale (che considera i singoli termini individualmente, come se fossero sconnessi dal sistema di riferimento). In breve: un monastero rimane disabitato, abbandonato da tutti i monaci e dai loro servitori; il problema giuridico che si pone riguarda da titolarità dei beni che rimangono nel monastero, che erano stati donati da un signore a questa chiesa. Possono essere rivendicati dal padrone, poiché sono ritornati in una condizione come quella anteriore alla donazione, oppure devono essere assorbiti nel patrimonio papale come beni senza proprietario? Intorno a questa domanda, numerosi giuristi medievali fra il XII e il XIII secolo tentarono di elaborare delle forme giuridiche che garantissero omogeneità di trattamento, all'interno del sistema giuridico, fra fattispecie differenti. Il problema teorico era come riconoscere unità e coesione alle collettività e agli insiemi organizzati di individui, permettendo loro di agire come soggetti di diritto, in quanto titolari di diritti e capaci di essere considerati *persone* (meglio: fittiziamente, *come se* fossero tali). Nel caso della comunità scomparsa sono incardinati i caratteri essenziali dei processi giuridici di astrazione che, davanti a casi-limite, cioè casi in

⁵⁰ Yan Thomas nel descrivere questi e altri esempi di finzione per mezzo della generalizzazione parlava della presenza, nel diritto di un “imperativo di generalizzazione”.



grado, per la loro straordinarietà, di mettere in crisi un ordine prestabilito, chiamando l'interprete, e con esso l'intero sistema, a fronteggiare situazioni anomale, non previste, o meglio – secondo la definizione di Thomas – straordinarie, in contrasto con l'ordinarietà delle fattispecie normativizzate. Il caso medievale della *communauté disparue* offre lo spunto per riflettere sulla relazione fra *ordinario* e *straordinario* nel diritto, con un'attenzione particolare agli usi dei meccanismi linguistici nel processo definitorio del concetto di "persona", processo che interessa tanto il suo contenuto quanto, come accade sempre nella definizione di un campo di significato, le possibili ulteriori linee interpretative⁵¹.

Durante i secoli XII e XIII, giuristi, glossatori e commentatori del "corpo" delle leggi del diritto romano decisero che un'entità astratta e generale (il prodotto di una finzione finalizzata a generalizzare, appunto) dovesse supplire alla mancanza, nella realtà, di un oggetto proprio di riferimento: se la realtà e l'impianto concettuale e dogmatico del diritto faticavano a essere reciprocamente adeguati, la risposta poteva essere elaborata esclusivamente attraverso una finzione, ovvero una costruzione di una situazione o di uno *status* fittizio ma non del tutto impossibile. Il caso della comunità scomparsa, riguardante la dubbia titolarità dei beni residui donati in precedenza alla comunità da un signore, presentava tutti gli elementi necessari per l'esegesi della personalità fittizia o, come veniva chiamata nel Medioevo, della personalità morale, esegesi non dissociabile, nei suoi sviluppi, da casi come quello della comunità scomparsa, e nondimeno centrale per stabilire la linea che separa le pluralità dalle unità (dall'ultima e più piccola unità che la costituisce, in questo caso) e, inoltre, quella fra l'unità ancora capace di costituire la comunità, almeno teoricamente, ed il nulla. In un processo di rimandi incessanti fra *definiens* e *definendum*, la definizione di entità giuridiche astratte che possano supplire alle carenze del reale interessa sia l'ipotesi di fatto (assenza di individui facenti parte di una comunità titolare di beni proprio in quanto tale) che la questione di diritto – conducendo a dare contenuto al concetto di "personalità giuridica" nel momento stesso in cui la necessità di decidere il caso forza il diritto all'uso di una finzione. Da qui, l'ambito definitorio del concetto di comunità, nel caso di specie, si stabilisce ancora meglio nella circostanza estrema e rarissima in cui della comunità non sia rimasto più nulla, grazie ad una costruzione fittizia per cui si arriva a predicare degli attributi di ciò che c'è ancora meglio quando quel "ciò che c'è", in realtà, è assente.

A partire dalla straordinarietà di un caso limite spinto alla sua quasi "stravagante eccezionalità"⁵², fra le prime generazioni di interpreti del *Corpus Iuris Civilis* il dibattito fu molto ampio;

⁵¹ In particolare, la riflessione giuridica costruita intorno al caso della comunità scomparsa trova le sue radici nella finzione della personalità ideata da Innocenzo IV nel suo commentario ai *Decretali* di Gregorio IX, intorno al 1250, ed ha poi conosciuto successivi momenti di profondità nel dibattito fra storici, giuristi ed intellettuali anche in epoca moderna e contemporanea, con gli interventi di Otto von Gierke (1881) e gli ammirabili sviluppi da attribuire ad Ernst Kantorowicz sulla costruzione di un tessuto linguistico del diritto a partire dalla teologia politica medievale, tutti discorsi rilevanti nel contesto della ridefinizione del concetto di personalità giuridica fra diritto civile e diritto canonico.

⁵² Così Y. THOMAS, *ibidem*, p. 46.



sotto la spinta della eccezionalità dei fatti in questione, vennero formulate, in linea storica, le modalità per colmare i vuoti descrittivi dell'ordinamento.

Poste queste premesse, è bene in ogni caso precisare che la storia delle costruzioni delle categorie giuridiche non coincide necessariamente con processi di estensione di soluzioni particolari da un quadro di riferimento a un altro, trovando invece spesso nei momenti di eccezione (in cui la necessità di una soluzione è percepita al massimo) il luogo di una tensione fondamentale, poiché proprio in questi momenti il grado di generalizzazione raggiunge il suo picco, insieme con la spinta verso la conoscenza dell'ignoto, creando così un contatto fra la rilevanza ontologica e quella epistemica della generalizzazione nella scienza giuridica.

Che si tratti di un'universalizzazione o di una stabilizzazione del caso eccezionale, è irrilevante, poiché entrambi gli aspetti sono presenti, entrambi contribuendo alla buona riuscita del processo applicativo e interpretativo; talora prevale l'uno, talora è l'altro a sembrare vincente. Uscendo dall'ordinario, l'uso di rappresentazioni (finzioni soprattutto), traslazioni, e assimilazioni analogiche di contesti disomogenei permette di stabilire nuove connessioni, al punto che, come ha notato Yan Thomas, "*n'est dès lors plus à une generalization que nous avons affaire, mais plutôt à une stabilisation de l'exceptionnel*" – non si ha più soltanto a che fare con una generalizzazione, ma con una vera e propria stabilizzazione dell'eccezionale⁵³. La questione teorica che emerge dall'analisi del rapporto fra finzione e generalizzazione concerne, filosoficamente, il crinale distintivo fra l'ordinario e la "stabilizzazione dell'estremo", trattandosi di dover includere il generale nel singolare, e il carattere singolare nelle definizioni universali che possano valere per più di un caso.

In conclusione, si deve ritenere che la generalizzazione nel diritto assuma diverse forme e si manifesti sotto forma di momenti gradualmente e successivi, in cui maggiormente si concentra la necessità di ricomprendere la multiformità e la complessità del mondo della vita nell'ideale uniformità del linguaggio giuridico; ciascuno di questi momenti, infine, rileva tanto per la funzione volta a sistematizzare la variabilità del reale all'interno di un ordine di riferimento coerente e omogeneo (il diritto), quanto per la tensione epistemica che dunque porta a concepire il diritto, oltre che come sistema, anche come *sapere*.

ABSTRACT

The article deals with the problem of the many forms of generalization in the law, and it does so by means of a deconstruction of the different "moments" in which generalizations prove to be a fundamental device in legal hermeneutics, both from the perspective of logics and epistemology. Examples are chosen in particular from Italian private law: the core thesis is that gener-

⁵³ *Ibidem*, p. 46.

JUS CIVILE



alizations constitute a fluid mechanism present on a very elementary level of legal definitions, as well as on the more complex levels of the typization and categorization of different types of contracts and of the description of the semantic content of general clauses and general principles. To conclude, a parallel is drawn between fiction and generalization: this proves extremely relevant in order to enrich the core thesis of the article, i.e. the multiformity of generalization in the law and its philosophical interdisciplinarity, regarding both logics and epistemology.