



Scuola Dottorale Internazionale "Tullio Ascarelli"

Sezione di Diritto Europeo su base storico-comparatistica

Tesi di dottorato in Filosofia del diritto

Dott.ssa Angela Condello

Tutor: Chiar.mo Prof. Eligio Resta

Ciclo XXV

*Ana-logica*



*Durch eine gewisse Aehnlichkeit wird die  
Empfindung für alles Geordnete und  
Regelmässige im Leben, dem man ja ganz  
allein Wohlbefinden zu danken hat,  
wachgerufen<sup>1</sup>*

(F. Nietzsche, *Menliches, Allzumenschliches*, 1878)

---

<sup>1</sup> Attraverso una certa somiglianza è risvegliata la sensibilità per tutto ciò che nella vita è ordinato e regolare, a cui anzi esclusivamente si deve ogni benessere.



## INDICE

PREFAZIONE ..... p.11

### INTRODUZIONE

1. Campo analogico *come* campo semantico.....p.13
  - 1.1 Tra forma e contenuto..... p. 16
2. Il concetto di *sapere* analogico: ricomporre il *pluri-versum* in unità..... p.21
3. Il “doppio legame” fra diritto e analogia..... p. 26
  - 3.1 E’ logicamente coerente l’uso dell’analogia nel diritto?.....p.32

## PARTE I - ANALOGIA

### CAPITOLO 1 – Concetto

1. Scavare nella profondità semantica: lessico fondamentale..... p.37
  - 1.1 Dal basso verso l’*altro*: un anticipo sulla rilevanza della generalizzazione..... p. 40
2. L’analogia aristotelica: il medio, la relazionalità, l’appartenenza..... p. 42
  - 2.1 *Homoiótes*: analogia nella struttura e analogia nella funzione.... p.44
  - 2.2 Metafora *per analogia*..... p. 47
3. *Prudentia*: il metodo casistico..... p.49

3.1 Dal <i>responsum</i> alla <i>regula</i> .....	p.53
4. Sapere analogico fra <i>auctoritas veterum</i> ed <i>utilitas communis</i> .....	p.57
5. Continuità e discontinuità nella tela dei concetti.....	p. 59
6. Analogo come <i>proximum</i> e <i>consequens</i> .....	p.61

## CAPITOLO 2 – Predicazione

1. Polisemiotica.....	p. 65
1.1 Il linguaggio analogico e i suoi usi.....	p.68
1.2 <i>Erklären</i> e <i>Verstehen</i> : esplicazione e comprensione.....	p.70
2. Analogia, allegoria, simbologia.....	p.72
2.1 Qualche appunto sull' <i>anagoge</i> .....	p.75
3. Sull'elevazione verso i <i>nomina divina</i> .....	p.79
3.1 Il problema degli <i>universali</i> .....	p.84
4. Conoscere attraverso l'analogia: S. Tommaso.....	p.89
4.1 <i>Analogia entis</i> e <i>analogia fidei</i> .....	p.94
5. Predicazione analogica e discorso giuridico.....	p.95
5.1 Univocità, equivocità, e principio di analogia come "omogeneizzatore".....	p.99
5.2 Omologo, analogo.....	p.103
5.2.1 L'uno, i molti, il medio.....	p.113

## CAPITOLO 3 – Inclusione

1. Pensare analogicamente.....	p.119
--------------------------------	-------

2. Ricerca storica e <i>formes de la généralisation</i> .....	p.124
3. <i>Jeu de fiction</i> .....	p.127
4. Estremo e ordinario: generalizzazione analogica.....	p.135
4.1 Corpo, persone, cose.....	p.139
4.2 Trame della <i>casuistique</i> .....	p.143
5. Connettere e includere.....	p.147
6. <i>Analogia, simpatia, convenientia, aemulatio</i> : similitudini.....	p.151
7. Trasporti: costruzione di un sapere metaforico.....	p.162

## PARTE II – PROPORZIONE

### CAPITOLO 4 – Topica

1. La scelta di un approccio <i>qualitativo</i> .....	p.173
2. <i>Stessa logica, quasi logica</i> : un secondo sguardo su <i>Adams vs. New Jersey. Steamboat Co</i> .....	p.175
2.1 <i>McBoyle vs. US</i> .....	p.178
2.2 L'evoluzione del concetto di <i>negligence per analogia e disanalogia</i> .....	p.184
3. <i>Principles, rules</i> .....	p.191
3.1 Principio, genere, specie.....	p.202
3.2 Equi-valenza, analogia.....	p.207
4. Mancanza del <i>terzo</i> : frammentazione del diritto internazionale e campo analogico.....	p.213

4.1	<i>Homoiosis</i> e rappresentazione: l'ana-logica.....	p.219
4.2	Fra <i>adjudication</i> e <i>codification</i> , o fra giudizio e predicazione.....	p.224
5.	Forme di analogia domestica.....	p.229
5.1	Rilevanza teorica della <i>domestic analogy</i> : fra <i>source</i> e <i>target</i> .....	p.238

## CAPITOLO 5 – Simmetrie

1.	Scoprire, conquistare, conoscere.....	p.245
1.1	Come il Tago.....	p.250
2.	<i>Heimlich, Unheimlich</i> .....	p.252
2.1	Analogo e <i>familiare</i> .....	p.257
3.	<i>Law and technology</i> , o diritto e scoperta.....	p.261
3.1	<i>United States v. Jones</i> : la novità svelata o ri-velata?.....	p.265
3.2	Evoluzione di un concetto giuridico ( <i>search</i> ) e campo Analogico.....	p.267
3.3	" <i>Law of the..</i> ".....	p.272
4.	Uguaglianza, analogia.....	p.276
4.1	<i>Segue</i> : questioni applicative.....	p.279
5.	<i>Logos</i> mediatore.....	p.289

## CAPITOLO 6 – Modelli

1.	Modo, modello.....	p.291
2.	Creazione di <i>modelli</i> .....	p.298



2.1	<i>Segue: dominio sullo spazio</i> .....	p.298
2.2	Dominio sul corpo.....	p.302
3.	<i>Ce qui fait que la comparaison peut devenir raison</i> .....	p.305
4.	Standard.....	p.308
5.	Tipo, causa, <i>consideration</i> .....	p.321

### PARTE III - PARADIGMA

#### CAPITOLO 7 – Natura

1.	Analogicità del discorso giuridico: la <i>Rechtsverwirklichung</i> .....	p.335
2.	La natura della cosa come principio informante l'ana-logica.....	p.343
3.	Dalla natura alla <i>Tatbestand</i> : caratteri peculiari della normatività giuridica.....	p.351
4.	La costruzione ana-logica del mondo.....	p.359

#### CAPITOLO 8 – Origini

1.	La questione dell'origine.....	p.367
2.	Originare, originale.....	p.372
2.1	<i>Exempel, Beispiel</i> .....	p.377
3.	Logica e analogia.....	p.380
4.	Principio d'identità, principio di analogia.....	p.384

#### CAPITOLO 9 – Esemplarità

1.	Il carattere polisemico dell'esemplarità fra <i>logic</i> e <i>experience</i> .....	p.389
----	---	-------

1.1 Rilevare, precedere.....	p.393
2. La forza dell'esempio: fra essere e dover essere.....	p.395
3. Esemplare, normativo: archeologia di un legame.....	p.401
3.1 L'esempio come forma di generalizzazione.....	p. 408
3.2 <i>Exemplum</i> : fra sintagmatica e paradigmatica del discorso giuridico.....	p.415
4. <i>Med-</i> : il carattere polisemico della misura.....	p.421
4.1 Fra tema e predicato.....	p.426
CONCLUSIONI.....	p.433
BIBLIOGRAFIA.....	p.439
GIURISPRUDENZA DI RIFERIMENTO.....	p.456

## PREFAZIONE

Il titolo di questa tesi ne contiene i temi centrali e il proposito essenziale: “ana-logica”. Non nell’analogia, né nella logica, ma sul crinale che le distingue, che è anche lo spazio della loro intersezione, si colloca questa ricerca, per tentare di restituire al dibattito giuridico-filosofico la rilevanza dello scarto fra logicità e analogicità. L’espressione “ana-logica” è d’altra parte la sintesi di un possibile sottotitolo di questo lavoro, che potrebbe essere “logica e analogia nel discorso giuridico”. Proprio lo scarto fra le due dimensioni, che nell’espressione sintetica scelta come titolo corrisponde al trattino fra “ana” e “logica”, è l’intuizione da cui tutto il lavoro muove, e ne costituisce anche il tratto di originalità, considerata l’indiscutibile ricchezza della letteratura giuridica, filosofica e filosofico-giuridica già presente sul tema dell’analogia. L’approccio metodologico è fondato sulla centralità del diritto come discorso da cui partire per sviluppare una riflessione filosofica sull’analogia che punti alla ricomprensione di alcuni interrogativi teoricamente pregnanti del diritto e della filosofia, come per esempio se venga prima la logica o l’analogia, o se quest’ultima corrisponda sempre con (con gamma di dimensioni che vanno da razionalità alla quasi-logica) l’irrazionalità, o se sia possibile escludere l’una o l’altra dal pensiero razionale. L’assunto di partenza è che alla logica non importi il percorso attraverso cui si giunga a una conclusione nel ragionamento, essendo invece centrale - per essa - la correttezza del ragionamento, una volta compiuto, e dunque la sua forma. L’analogia riapre un varco a quel cammino, talvolta oscuro, su cui si fonda il pensiero umano, e se da una parte ogni ragionamento è pensiero, dall’altra non ogni modalità del pensiero è ragionamento. Si tratta di comprendere la relazione fra le varie forme che il pensiero analogico assume nel diritto, forme che includono certamente il ragionamento analogico, ma che non si limitano a questo, integrando, su livelli diversi del discorso giuridico - nella definizione, nell’applicazione, nella decisione - molte altre pratiche in cui l’ana-logica (e non la sola logica o l’analogia) trova spazio.

Se, com'è noto, la tipica funzione di completamento delle lacune in un sistema investa direttamente la questione dell'analogia nel diritto, l'apporto dell'ana-logica pervade tutto l'ordinamento, su più livelli e in modi diversi: la classica dicotomia *iuris - legis* non basta a esaurire le forme possibili dell'ana-logica nel diritto, ma è un'utile premessa che serve a riconciliare il tentativo di allargamento del campo analogico con la tradizione fondamentale in cui si origina.

Muovendo dall'osservazione della dialettica relazionalità fra logica e analogia, attraverso l'ana-logica si restituisce la discussione a altri fattori, come il contesto storico o economico in cui si integrano gli ordinamenti normativi. Per queste ragioni, il presente lavoro offre anzitutto una prospettiva metodologica, intesa come un modo per la lettura di alcuni fenomeni che interessano la normatività giuridica, la quale è analizzata attraverso il doppio legame che la lega tanto alla logica quanto analogia, rendendola così un luogo privilegiato per lo sviluppo di una teoria che sia all'altezza del complesso carattere inclusivo di un discorso ana-logico. Data la difficoltà che s'incontra nel definire analiticamente cosa sia l'analogia, l'obiettivo di questo lavoro è la ricostruzione di una teoria dei suoi usi nel diritto, che sono diffusamente rilevabili tanto in singoli dispositivi - il ricorso al precedente, all'esempio, al tipo, allo standard, e più in genere a modelli e schemi - quanto in veri e propri meccanismi finalizzati alla commisurazione e alla valutazione della compatibilità fra quadri disomogenei, come l'equivalenza, l'omogeneità, la proporzione e la simmetria. Il registro stilistico è dunque quello di una disamina digressiva di un territorio vastissimo, in cui l'ana-logica si mostra in una miriade di sfaccettature che si tenta con questo lavoro di ricomporre a unità. La tesi di questo lavoro è che, nel diritto, la logica non possa ricoprire tutto il campo del razionale: per sostenerla, il discorso giuridico deve essere approcciato con un atteggiamento critico, che alla ricerca di una definizione della sua sostanza sostituisca il modello del campo, l'unico in cui si possa ricomprendere il ricco universo ana-logico, il quale costituisce un presupposto per ripercorrere storia e teoria del sistema del diritto.

## INTRODUZIONE

*Il faut s'accoutumer aux  
distinctions, savoir deux ou plusieurs  
choses fort semblables étant données,  
trouver sur le champ toutes leur différences.  
Il faut s'accoutumer aux analogies, savoir  
deux ou plusieurs choses fort différentes  
étant données, trouver leur ressemblances.<sup>2</sup>*

### 1. Campo analogico come campo semantico

Un discorso sull'analogia, oggi, non può fare a meno di ripartire dagli approdi grande tradizione teorico-generale e filosofico-giuridica, per acquisire consapevolezza dei percorsi già tracciati nel dibattito, riaprendo a partire da questi alcuni complessi interrogativi, e restituendo i temi che intorno all'analogia si sono sviluppati al loro campo originale, per riconnettere il dibattito al grande pensiero filosofico al quale esso naturalmente appartiene.

In questa ricerca si fa uso di una serie di concetti più tipicamente filosofici, fra i quali "discorso" e "campo", nell'intento di realizzare uno dei principali fra i propositi da cui la ricerca muove, ovvero quello di mostrare come l'assunto classico della teoria generale del diritto - secondo cui l'analogia sia da identificare essenzialmente con il ragionamento analogico - debba essere servente ad un'apertura dello sguardo su questo tema, il cui carattere si spinge ben oltre il ragionamento e va dunque ricompreso in concetti (discorso, campo) che siano in grado di tenere insieme le diverse dimensioni in cui l'ana-logica si manifesta nel diritto. Queste formule, "discorso" analogico e "campo" analogico, mettono insieme per ragioni differenti l'universo discorsivo che

---

<sup>2</sup> G.W. Leibniz, in *Phil. Schr.*, ed. C.J. Gerhardt, vol. VII, pp. 82-85.

nelle varie forme si presenta come meccanismo di costruzione comunicativa con il problema dei dispositivi analogici. Il discorso analogico da profondità al meccanismo dell'analogia permettendo non solo di misurare le variazioni del discorso a partire dall'analogia, ma anche e soprattutto di ricostruire l'universo "analogico" del discorso.

Tutti ci serviamo delle analogie, ma raramente avvertiamo il bisogno di formularne i procedimenti e le dinamiche in maniera esplicita e, soprattutto, definitiva.<sup>3</sup> Dall'esperienza fino all'apprendimento, tutto il pensiero è permeato di analogie e di modelli di inferenza e di argomentazione che hanno in una dinamica analogicamente strutturata il loro nucleo. Che si tratti di un dispositivo per la lettura delle categorie di un sistema, che la si intenda in quanto meccanismo adottato dalle pratiche e nelle pratiche per la costruzione di soluzioni teoriche, che se ne descrivano i tratti epistemologici in un più vasto quadro dedicato alle possibilità di un *sapere* di stampo analogico, creativo e rivoluzionario,<sup>4</sup> l'analogia va intesa anzitutto come campo di significato. Soltanto, infatti, ripartendo dalla scomposizione del suo spazio originale di riferimento, attraverso un'analisi dei singoli referenti che contribuiscono alla sua definizione, in un discorso sviluppato reciprocamente e relazionalmente per cui gli uni non sono mai da intendersi slegati dagli altri, l'analogia viene restituita alla sua natura ibrida che non permette di collocarla interamente nella logica, né d'altronde lascia spazio ad un puro discorso su una sua presunta, intrinseca, irrazionalità. Per comprendere fino in fondo l'analogia, è opportuno dunque scomporre il campo all'interno del quale le diverse funzioni pratiche, così come i sensi possibili del pensiero e del sapere analogici, si originano e sono descritti. E' bene farlo, peraltro, dedicando uno spazio adeguato ai concetti fondamentali che compongono il campo analogico, e ai singoli referenti di ciascuno di questi concetti, ponendosi come obiettivo centrale quello - annunciato poc'anzi - di mostrare che quando si parla di analogia si deve aver presente che si parla di un insieme di meccanismi e dispositivi, tutti compresenti (in questo senso il "campo"), connessi da rapporti relazionali e polari.

---

<sup>3</sup> E. Melandri, *La linea e il circolo. Studio logico-filosofico sull'analogia* (1968), Macerata, 2004, p. IX *Intr.*

<sup>4</sup> E. Melandri, *ibidem*.

Il diritto è stato uno dei luoghi in cui l'agire pratico ha interiorizzato prima, e in modo più formale, il discorso analogico. Partendo da una prospettiva limitativa nei confronti dell'analogia, segnata dalla spinta verso la razionalizzazione e la certezza, si possono ritrovare nel discorso giuridico molte delle dinamiche tipiche del sapere analogico, e, ancora prima, del pensiero analogico. Il discorso analogico nel diritto offre anche tracce importanti per la ricostruzione del pensiero analogico, in particolare se discorso e pensiero sono intesi come specie e genere. Il concetto di "discorso analogico" si presta infatti a rappresentare l'intera somma delle pratiche del pensiero analogico. E' bene dunque ribadire la distinzione fra i due approcci concettuali e metodologici sui cui il presente lavoro si fonda: da un lato il *campo* analogico, figurativamente rappresentabile come il luogo dell'inclusione fra le varie dimensioni e funzioni dell'analogia nel diritto, un campo che essendo tale può essere scomposto soltanto per la spiegazione ma la cui natura consiste proprio nella non distaccabilità degli elementi da cui esso è composto, per cui se si parla ad esempio di argomentazione analogica si deve anche tenere a mente che esistono contemporaneamente nel linguaggio dei concetti analogici,<sup>5</sup> che filosoficamente è stato descritto un giudizio analogico (opposto a quello deduttivo-determinante), e che oltre alla predicazione ordinaria esiste la predicazione analogica.

Accostandosi a tutti i sensi possibili cui il concetto di analogia rimanda, il campo analogico diventa uno spazio da scomporre e ricomporre in base alle esigenze e alle opportunità critiche offerte dal discorso; la scomposizione deve essere usata fino in fondo per risalire dalle funzioni pratiche ad una teoria degli usi dell'analogia nel diritto.

---

<sup>5</sup> Come ha fra gli altri mostrato Wittgenstein introducendo l'idea di *Familienähnlichkeit*, somiglianza di famiglia, anche tradotto come "concetto" o "concetti" di famiglia; per esempio, quando riferiamo il termine 'giochi', possiamo indicare tutta una serie di azioni e non soltanto una, azioni accomunate dalla prerogativa di essere un gioco per l'appunto (ne parla tanto nel *Libro Blu* quanto nelle *Ricerche Filosofiche*). La riconducibilità ad una medesima stirpe, che si può riscontrare nei concetti, richiama quelle somiglianze e sovrapposizioni di caratteri che si riscontrano fra membri della stessa famiglia; per cui si può dire ad esempio che i "giochi" sono una famiglia di concetti accomunati da molte somiglianze.

## 1.1 Tra forma e contenuto

Con queste premesse, il discorso si è aperto alla complessità che gli appartiene, e si può allora passare alla localizzazione dei concetti nel quadro del campo analogico. Un concetto univoco di “analogia” non esiste, se con il termine ‘concetto’ si intende un genere inclusivo di tutte le sue specie. Non esiste infatti nella tradizione filosofica, né in quella filosofico-giuridica, un genere “analogia” a partire dal quale le diverse specie, in questo senso i diversi referenti o le possibili declinazioni, si lascino definire *per differentiam*.<sup>6</sup> I concetti che costituiscono il campo analogico sono autonomi, e partecipano, ciascuno con le proprie caratteristiche, della composizione del campo. Più che alla dicotomia genere/specie, si tratta piuttosto di fare riferimento ad una intera “famiglia di concetti” nel senso di Wittgenstein:<sup>7</sup> questo, dal punto di vista della logica elementare, equivarrebbe a dire che i singoli concetti (le specie) sono, rispetto al genere (l’analogia) solo estrinsecamente affini. Il che non basta, perché *l’argomento*, il *concetto*, la *predicazione* ed il *giudizio* sono anche intrinsecamente analogici.<sup>8</sup>

Un *concetto* analogico (che non è il “concetto di analogia”) si dice tale quando il suo significato non è definibile in maniera univoca, ma al tempo stesso non lo si può collocare fra le nozioni che hanno natura equivoca. L’epistemologia moderna ha parlato, a tale proposito, di concetti “aperti”, ovvero di contenuti definibili solo in modo implicito, rispetto ad un sistema gnoseologico determinato, e per questa ragione perfezionabili e ridescrivibili con il progresso delle conoscenze. I concetti analogici sono, quindi, molto affini ai concetti metaforici, sebbene non siano con essi completamente identificabili.

Dal concetto analogico si distingue il *giudizio* analogico prima di tutto perché, del giudizio, possiamo dire che è vero oppure falso (ciò che con un concetto non è fattibile; il concetto può avere infatti una maggiore o minore apertura semantica, ma ciò che rileva è che esso, per essere definito analogico, deve

---

<sup>6</sup> E. Melandri, *E’ logicamente corretto l’uso dell’analogia nel diritto?*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Varese, 1968, pp. 5-27.

<sup>7</sup> L. Wittgenstein, *Philosophische Untersuchungen* (1953), Francoforte, 2001, § 67 e ss.

<sup>8</sup> Intorno ad essi, vedremo l’analogia scomporsi e ricomporsi anche intorno ai concetti di “topica”, “paradigma” o “esempio”, “simmetria”, “proporzione” e “omologia”.



essere sul confine fra equivocità ed univocità). Per molto tempo è stato disconosciuto il fatto che l'analogia, la similitudine e la proporzione abbiano lo stato logico di un giudizio, il che è curioso se si pensa al fondamentale apporto del pensiero kantiano (in particolare con l'introduzione del giudizio riflettente accanto a quello determinante, nella terza Critica) per l'arricchimento del discorso analogico. Generalmente, quando si parla di "giudizi" si fa riferimento a quelli categorici, i quali sono sempre *qualitativi*, univocamente veri o falsi, e ai quali si applica il principio del terzo escluso. Per contro, i giudizi analogici, o proporzionali, o più genericamente i giudizi fondati sulla similitudine, sono invece *quantitativi*; se per il giudizio determinante o categorico una cosa ha oppure non ha una certa proprietà, per il giudizio analogico o riflettente, è necessario che le qualità siano "intensive", ossia che siano suscettibili di gradazione. Per questo tipo di giudizi il *tertium non datur* non regge, ma diventa molto più coerente il principio di terzo incluso, per cui se la pratica del pensiero categoriale è una pratica di disconnessione, quella del pensiero analogico è di connessione. Dalla dicotomia vero-o-falso del categorico, il giudizio analogico slitta verso un criterio di verifica del più o meno vero o più o meno falso, criterio familiare a chiunque, poiché frequentemente usato nella prassi quotidiana, come d'altronde aveva già fatto notare Aristotele, il quale, parlando della giustizia distributiva, aveva introdotto l'*ἀναλογία*.<sup>9</sup> Un altro carattere che differenzia il giudizio categorico dal giudizio analogico è che il primo è sempre a due termini (un soggetto e un predicato), mentre il giudizio analogico è a quattro termini:  $a/b = c/d$ . Meglio ancora, andrebbe detto che tale giudizio è a cinque termini, quattro soggetti ( $a, b, c, d$ ) ed un predicato (la "funzione proposizionale" per cui ' $\dots/\dots = \dots/\dots$ '). Prendendo Aristotele a modello, per millenni il condizionamento linguistico della logica ha portato a credere che i predicati con un solo soggetto (come " $x$  è P") fossero più primitivi e fondamentali rispetto ai predicati a due o più soggetti; per merito di Russell, la logica si è aperta anche alla nozione di "predicato relazionale" (diadico, triadico,  $n$ -adico), interpretato in contrasto al "predicato attributivo" (monadico).

---

<sup>9</sup> Aristotele, *Eth. Nic.*, V, vi, 1132 a29-b24.

Al campo analogico appartiene anche l'*argomento* analogico, che può trovarsi declinato anche in termini di "ragionamento" analogico; la tradizione filosofica presenta l'analogia come una forma di argomento a sé, distinta dall'induzione e dalla deduzione, che si distingue perché l'inferenza, nel ragionamento per analogia, va dal particolare al particolare. In verità, dal momento che la forma dell'argomento dovrebbe rilevare più della natura dei termini coinvolti, sarebbe più opportuno trattare l'argomento analogico non come genere a sé, ma come un'intera famiglia di argomenti affini che condividono una comune dinamica: l'esempio o paradigma, la proporzione o analogia di proporzionalità, l'interpretazione o analogia attributiva, l'entimema (meccanismo della comparazione),<sup>10</sup> i tropi induttivi ed i tropi retorici.<sup>11</sup>

I referenti fino ad ora considerati sono, in quanto componenti di un medesimo campo, quello dell'analogia, intrinsecamente legati gli uni agli altri. A completare il quadro provvisorio, oltre al *concetto*, il *giudizio*, ed l'*argomento*, va integrata la *predicazione* analogica, che ha fatto la sua comparsa nel Medioevo e in particolare negli scritti di S. Tommaso, in relazione alla possibilità di conoscere e descrivere Dio.

L'elemento della relazionalità, comune a tutti i referenti del campo, è presente tanto nel giudizio analogico quanto nella predicazione analogica, che si distingue dalla predicazione ordinaria proprio per la struttura più complessa e per il numero maggiore di soggetti e predicati coinvolti. Dal latino *prae-dicere*, "dire innanzi a qualcosa", "esporre", "manifestare a parole" uno o più caratteri di un oggetto (i predicati, appunto), la predicazione analogica consiste nel processo di attribuzione di un predicato ad un oggetto sulla base di una somiglianza o proporzione con un altro oggetto (di cui si conosce il predicato): due oggetti hanno un elemento comune, si conosce un attributo ulteriore di uno dei due, si dice dell'altro che, sulla base della somiglianza fondamentale su si fonda la proporzione, abbia anch'esso il secondo carattere (quello inizialmente non comune entrambi).

---

<sup>10</sup> Nella *Retorica* di Aristotele, è un argomento in forma di sillogismo nel quale una delle premesse non è certa, ma solo probabile; si distingue (*Ret.* II23) l'entimema dimostrativo, che trae conclusioni da premesse sulle quali esiste accordo, dall'entimema confutativo, che trae conclusioni non accolte dall'avversario.

<sup>11</sup> E. Melandri, *La linea e il circolo* (1968), cfr. nota n°3.

Si è dunque visto che per comprendere l'analogia e le sue modalità operative nel diritto, per comprenderne a fondo il *perché* ed i *come*, per perseguire, in questo senso, gli scopi centrali di questa tesi, è necessario in primo luogo un lavoro di ricognizione sulla scomposizione del campo analogico, tenuto conto inoltre dell'intento critico nello studio della sua interazione con il discorso giuridico. Proprio nel diritto, infatti, non sono sufficienti le pure considerazioni sul ragionamento analogico o la sola descrizione del giudizio o del concetto analogici: il diritto conosce tutte le declinazioni di quello che metodologicamente iniziamo qui a definire un *pensiero* analogico, e che vedremo essere il piano essenziale su cui si costruisce un *sapere* di natura analogica nel diritto. Non si tratta di riformare la filosofia o la teoria generale del diritto, ma piuttosto di riformulare i problemi cui tradizionalmente è connesso l'esercizio dell'analogia nel diritto; questi problemi, d'altronde, investono questioni di principio, e per questa ragione non sono riformulabili senza modificare l'interpretazione di fondo, la vera e propria ermeneutica delle questioni più generali e strutturali del pensiero giuridico e dei discorsi che intorno ad esso si sono sviluppati. Le questioni generali riguardano, come sempre accade nelle scienze umane, l'intero campo dello scibile, i processi attraverso i quali si formano gli enunciati, le definizioni, i discorsi, i criteri di rilevanza, le gradazioni di significato, i criteri interpretativi. Sottraendosi, questi meccanismi, ai guardiani delle discipline e alla competenza delle singole scienze, essi sono per questa ragione accessibili a null'altro che ad una indagine filosofica: la filosofia verso cui si può essere trasportati (o indotti) dallo studio dell'analogia non è in nulla differente da quella che si ricava dallo studio delle questioni ultime della matematica, della fisica, o dell'economia. Non solo, ma l'analogia è un tema che richiama anche la discussione di problemi interdisciplinari e per questo si avvicina molto al metodo di discussione del sapere che fu proprio del mondo classico, per cui a partire dal dettaglio di un meccanismo si può (e si *deve*) risalire, olisticamente, alle domande fondative dei sistemi.

Essendo quello dell'analogia, anche nelle declinazioni del pensiero e del sapere analogici, un problema troppo ampio per una trattazione compiuta e "finita", conviene, volta per volta, circoscriverne empiricamente le zone di rilevanza, per osservarle e per tentarne una ricostruzione critica a partire dai

concetti senza i quali l'analogia non sarebbe non solo collocabile, ma persino comprensibile. Quel che interessa, poiché da esso solo può fruttare un discorso sull'analogia che serva in qualche maniera al giurista, è sviluppare una critica e non necessariamente una rivalutazione o, peggio ancora, una archiviazione dell'analogia; proprio la critica deve partire dalla contrapposizione fra logica ed analogia, per arrivare a mostrare che non solo la logica sia utile, feconda indispensabile, ma che, parallelamente, l'analogia - sebbene illogica - è anch'essa fertile e necessaria, potendo, nonostante l'illogicità, apparire razionale e necessitante. E' a questo punto opportuno accennare alcuni tratti distintivi della logica che servono per comprendere, in negativo, cosa l'analogia *non* sia:<sup>12</sup> lo studio della logica è lo studio dei metodi e dei principi usati per distinguere i ragionamenti corretti da quelli scorretti, tanto che la logica è stata spesso definita la scienza delle leggi del pensiero (corretto), o meglio ancora del ragionamento (corretto). Infatti, ogni ragionamento è pensiero, ma non ogni pensiero è ragionamento; e al logico "non interessa affatto l'oscuro cammino attraverso cui la mente giunge alle sue conclusioni nell'effettivo processo di ragionamento. Egli si occupa soltanto della correttezza del ragionamento, una volta che sia stato compiuto. (...) La distinzione tra ragionamento corretto e scorretto è infatti il problema centrale della logica. I metodi e le tecniche della logica sono stati elaborati prima di tutto allo scopo di chiarire questa distinzione. Lo studioso di logica si interessa di tutti i tipi di ragionamento, considerati indipendentemente dal loro contenuto, soltanto da tale particolare punto di vista."<sup>13</sup> L'ana-logica, dal canto suo, va invece proprio a toccare quell'*oscuro cammino* attraverso cui nel pensiero (e nel caso di questo lavoro nel pensiero giuridico) si arriva a conoscere o ad affermare qualcosa. Se da una parte la logica spiega le forme - e talora le *formule* - l'analogia non tende ad ignorare il dato formale del tutto, ma sposta leggermente il fuoco dal ragionamento al pensiero inteso come discorso inclusivo del ragionamento e dell'intuizione, e soprattutto delle forme e del loro rapporto con i contenuti.

---

<sup>12</sup> Si fa riferimento in particolare al testo di I. Copi, *Introduzione alla logica* (1961), Bologna, Il Mulino (1964), con un'introduzione di Enzo Melandri, pp. 13 ss.

<sup>13</sup> Copi, *ibidem*, p. 16. Prosegue ancora: "Il suo problema è sempre questo: la conclusione raggiunta consegue effettivamente dalle premesse dichiarate o tacitamente presupposte? Se la conclusione consegue effettivamente dalle premesse, e cioè se le premesse costituiscono una base valida per garantire la conclusione, di modo che asserire la verità delle premesse ci autorizzi ad asserire anche la verità della conclusione, allora il ragionamento è corretto. In caso contrario è scorretto.

Poste queste premesse, il fatto che l'analogia sia preziosa, più o meno utile o creativa, sono questioni rilevanti ma non essenziali. Il *perché* ed i *come* della analogia vanno posti in primo piano per dimostrare a quali condizioni essa diventi razionalmente possibile nel diritto, sia come calcolo inferenziale che come concettualizzazione investita di un senso. Il problema va posto dunque sia in termini strutturali che funzionali, per combinare insieme tematica e struttura dell'analogia nell'illustrazione del piano della ricerca, che dalla topica della analogia, passando per il discorso sul paradigma e l'esemplarità, attraverso il calcolo e alla interpretazione, conduce a scoprire l'accezione radicalmente ermeneutica in cui l'analogia si rivela come un concetto in grado di coniugare, nel diritto, piano funzionale e piano strutturale.

## **2. Il concetto di *sapere analogico*: ricomporre il *pluriversum in unità***

L'analogia non è né solo induzione, né solo deduzione. Forse è sia l'una che l'altra, rappresentando una variazione in direzioni differenti delle due più note forme di inferenza. L'analogia non è logica, ma nemmeno si può affermare che il suo spazio d'azione sia interamente escluso da quello della logica. Per non confonderla con altre dinamiche o altri meccanismi, o meglio per comprenderne le confusioni ed imparare a distinguerne limiti e confini, e ciò che più di tutto conta per coglierne gli interrogativi di fondo, bisogna tenere presente la differenza fondamentale fra *fondazione* e *formulazione*.<sup>14</sup> Anche le leggi della fisica sono formulabili matematicamente, ma non per questo possiamo affermare una volta per tutte che la fisica si fonda sulla matematica. Alla stessa maniera, il fatto che l'analogia sia spiegabile con le regole del calcolo proposizionale non è l'indizio decisivo che serve a collocare definitivamente l'analogia nella logica. Quel prefisso, *anà*, non è lì per caso. Che l'analogia venga prima o dopo la logica, o che sia il suo opposto o il suo complemento necessario, questo va stabilito; ciò che è certo è che l'analogia è formulabile secondo il linguaggio della logica elementare, ma il sapere analogico, le sue forme e le sue evoluzioni, non sono fondati su quello stesso linguaggio. Non è

---

<sup>14</sup> Anche a livello intuitivo, la fondazione rimanda al fondamento, il quale sta ad indicare sempre una base, e mai una dinamica. Al contrario, la formulazione ha a che fare con il campo in cui un discorso si sviluppa, per cui se il fondamento è la base di un pensiero la formulazione rappresenta le dinamiche possibili attraverso cui tale pensiero può svilupparsi.

un caso, d'altronde, che Kant inserisca il giudizio riflettente, che tradizionalmente è stato ricondotto alle strutture della analogia, nella Terza Critica, quella che apre l'arte (in quanto *techné*) all'intuizione, all'irrazionale. In più, anche nella storia della matematica sono coesistiti tipi di calcolo diversi da quello logico: la teoria delle funzioni, ad esempio, è più ana-logica che logica; la teoria degli insiemi, per converso, è più logica che analogica. Ciò spiega il verificarsi, nella storia della scienza matematica, delle cosiddette "crisi di fondazione" o "crisi degli irrazionali": passaggi di rottura, soglie, presenti sia nella microstruttura che nella macrostruttura, che hanno fatto vacillare l'ideale di certezza dei sistemi matematici.

Logica e analogia sono dunque i due poli fra i quali storicamente si è svolto il dramma, o, a seconda della prospettiva, il progresso del pensiero razionale. Sempre considerando l'esempio della matematica, si può cogliere un'ulteriore dimensione dialettica, quella fra piano logico e piano razionale: logica ed analogia hanno infatti, in matematica, e quindi in ogni forma di pensiero razionale che non sia strettamente logico, una diversa funzione, e di conseguenza un diverso peso relativo. La preoccupazione della logica interviene nel contesto della giustificazione, mentre il calcolo analogico è più adatto al contesto della scoperta,<sup>15</sup> una contrapposizione che ripropone la dicotomia kantiana fra giudizio *determinante* (che ha struttura deduttiva, in questo senso lo si può comprendere in termini di giustificazione) e giudizio *riflettente* (che dal particolare risale verso il piano universale, in questo somigliando naturalmente al pensiero analogico). Queste opposizioni, fra logico e razionale, fra logica ed analogia, sono quelle che hanno prodotto la preoccupazione di fornire una giustificazione logica alle "crisi di fondazione" delle scienze, e che si ritrovano anche nel dibattito filosofico-giuridico in tema di analogia, dove uno dei problemi fondamentali da risolvere riguarda il bilanciamento fra ricorso all'analogia e salvaguardia di un astratto ideale di certezza del diritto.

Alla definizione di 'analogia', in questo lavoro, si preferisce metodologicamente la teoria dei suoi usi e delle sue funzioni, insieme alla ricerca dei suoi "luoghi naturali", quelli in cui è impossibile non ricorrere ad

---

<sup>15</sup> Scoperta che è in-venzione, connessione che richiama il tradizionale dibattito intorno alla distinzione o alla corrispondenza fra analogia e interpretazione creativa nel diritto.

essa o ad una delle sue forme (esempio, precedente, modello, paradigma, standard, *etc.*). Il registro e lo stile non saranno, per questa ragione, quelli di una meditazione filosofica o di una ricostruzione analitica della dimensione linguistica del diritto; al contrario, il codice è quello di una disamina digressiva di un territorio molto vasto già in partenza, che può coincidere con l'intero spazio delle questioni filosofiche fondamentali. L'analogia è una sonda che permette di mostrare una miriade di sfaccettature del discorso giuridico, che vanno ben al di là del ragionamento, e che è compito di questo lavoro ricomporre ad unità. La trattazione mira dunque anzitutto alla riformulazione dei problemi e non alla loro soluzione, e lo fa per mezzo di un pensiero, quello analogico, che in ogni lacuna, antinomia o aporia del diritto esibisce la loro logica inevitabilità e ne rende possibile, più che la composizione, lo spostamento e la trasformazione in campi tensionali attraverso i quali studiare criticamente origine ed evoluzioni degli ordinamenti normativi.

Il metodo è quello archeologico, nel senso inteso da Michel Foucault e da Enzo Melandri: un metodo che si situa fra il trascendentale e la fenomenologia;<sup>16</sup> non a caso è in Kant che il termine 'archeologia' acquista dignità e spessore filosofici.<sup>17</sup> Nei *Progressi della Metafisica*, Kant, interrogandosi sulla possibilità di una "storia filosofica della filosofia", scrive che essa non è possibile storicamente, e neanche empiricamente, ma soltanto nella forma di una "archeologia filosofica", ovvero di una scienza che trae i propri fatti dalla ragione umana e non li desume da un racconto storico.<sup>18</sup> Oggetto di un'archeologia filosofica è quindi una *arché* (nel senso ambivalente di "principio" e di "comando"), che non può costituire un principio trascendentale ma non può nemmeno acquisire completamente consistenza empirica. Per cui "archeologia" è davvero un ibrido fra trascendentale e fenomenologia, così come "analogia" è un concetto che non può essere mai consegnato definitivamente alla prassi o alla teoria, perché la sua ragione sta proprio nell'oscillazione fra un polo e l'altro. Un metodo archeologico è l'unico che possa aprire il campo d'indagine all'idea di un *sapere* analogico, che va inteso

---

<sup>16</sup> G. Agamben, *Archeologia di un'archeologia*, saggio introduttivo a E. Melandri, *La linea e il circolo. Studio logico-filosofico sull'analogia*, Macerata, 2004, pp. IX- XXXV.

<sup>17</sup> Il quale, è ben noto, ha avuto per tutta la sua vita la preoccupazione di comporre il trascendentale con le contingenze della realtà.

<sup>18</sup> I. Kant, *Lose Blätter zu den Fortschritten der Metaphysik*, trad. it. I. Kant, *I progressi delle metafisica*, Napoli, 1977, p. 157.

come la risultante della scomposizione del concetto di “analogia” nei quattro referenti principali e nei loro derivati (concetto, giudizio, argomento o ragionamento, predicazione, proporzione, simmetria, esempio o paradigma, rilevanza e topica, *etc.*). L’archeologia va intesa proprio come una forma di regressione, in contrasto con la razionalizzazione, che è invece rappresentata dal tentativo di ricondurre il pensiero analogico alla formulazione della logica elementare: come ha fatto notare Melandri, “per l’archeologia è essenziale il concetto di regressione e inoltre che l’operazione regressiva sia l’esatto reciproco della razionalizzazione. Razionalizzazione e regressione sono operazioni inverse, così come differenziale ed integrale (...). Per riprendere un’arcinota, ma in gran parte ancora incompresa espressione di Nietzsche (se è vero quel che diciamo, è anche vero che purtroppo non potrà mai essere capito fino in fondo), possiamo dire, a questo punto, che l’archeologia richiede una regressione ‘dionisiaca’. Come osserva Valéry, *nous entrons dans l’avenir à reculons* (...): per capire il passato, dovremmo parimenti risalirlo à *reculons*”.<sup>19</sup> Il metodo archeologico, sul quale si fonda il concetto di sapere analogico, si sviluppa su soglie successive, nel quadro di un percorso in risalita che permette di giungere al di là della scissione fra conscio ed inconscio, trascendentale e fenomenologico, storiografia e storia, e - soprattutto - razionale e irrazionale, logico e illogico. Quello archeologico è quindi anzitutto un processo subliminale, che passa sotto le soglie fra razionalizzato ed irrazionale, conscio ed inconscio, trascendentale e fenomenologico e, come tutto ciò che è subliminale, anche il metodo archeologico si fonda sull’analogia e non su quello di identità e differenza. E’, se concepito in questi termini, uno spazio per la ricomposizione delle identità e differenze all’interno di campi di polarità, in cui i contrasti convivono: per eccellenza è dunque luogo di ri-comprensione, luogo *medio*, luogo *terzo*.

D’altronde il termine *limen* (soglia), che i latini accostavano a *limes* (confine) e a *sublimis* (*sub+limis*, sotto-tutto quello che è nascosto che non emerge), restituisce la complessità dovuta al significato del termine soglia, che richiama il gesto subliminale dell’archeologia, la quale non passa sotto soglie spaziali, ma taglia un *limes* temporale che divide e contrappone i termini dicotomici (logica e analogia, parte e tutto, genere e specie, *etc.*), e li neutralizza

---

<sup>19</sup> E. Melandri, *ibidem*, p. 67.



proprio attraverso la dialettica che li vede contrapposti. La natura mediatrice del linguaggio prima, e dell'analogia dopo, fa sì che quest'ultima occupi una posizione intermedia fra pensiero formale e pensiero contenutistico, il primo identificato, teoreticamente, con la logica, il secondo rappresentato da quella forma di pensiero definita qui e in seguito *ana-logica*, cioè caratterizzata da tutti quei procedimenti di pensiero in cui è il *tema* - ovvero il contenuto piuttosto che la forma - a fungere da principio regolativo.<sup>20</sup> Se si assume una prospettiva consapevole dell'intero campo semantico della analogia, che, come si è anticipato, consiste anzitutto di quattro fondamentali referenti - *concetto, giudizio, argomento, predicazione* - il discorso giuridico si apre facilmente alla *tematica* della analogia ben più che esclusivamente alla sua forma, poiché da questo angolo l'analogia si mostra in luoghi inattesi: nell'uso di modelli noti nella descrizione di nuove categorie e nuovi oggetti in quei campi dell'ordinamento giuridico ancora in formazione o in evoluzione, nell'uso anche implicito di *standard* e nelle decisioni costruite sull'esemplarità di un caso precedente. L'aspetto contenutistico diviene immediatamente più rilevante grazie alla scomposizione e ricomposizione del campo analogico in ragione dei suoi temi e non di una singola forma.

Adottare un approccio orientato al contenuto più che alla forma non significa, in ogni caso, rinunciare ad una pretesa di completezza della ricerca. Anzi, una certa delimitazione della tematica essenziale della analogia nel diritto, sviluppata a partire dai grandi classici del pensiero giusfilosofico (Bobbio *in primis*), risulta possibile, se si rinuncia a pretese quantitative di completezza e se si restringe il raggio di questioni suscettibili di trattamento oggettivo e si usa un criterio unitario come dispositivo per l'orientamento: *in quali situazioni, empiricamente descrivibili, si è costretti o per lo meno indotti a pensare analogicamente?* Applicando questo interrogativo al diritto, risulta evidente che i quattro referenti della analogia (concetto, argomento, giudizio e predicazione) rientrano in un quadro più vasto che si può definire *sapere analogico*. L'analogia è un *mezzo*, tanto che ne devono essere studiate prima di tutto le funzioni pratiche, ma è anche *fine*, poiché nel sapere analogico si condensa una dimensione del bilanciamento e della equivalenza.

---

<sup>20</sup> Sebbene esso vada sempre inteso in relazione alle forme.

Per riordinare quanto detto finora, è utile specificare che con l'espressione "discorso analogico" si intende la scomposizione e ricomposizione dei diversi referenti del campo analogico, fra quelli fondamentali (concetto, giudizio, argomento e predicazione) e quelli su cui essi sono fondati (proporzione, simmetria, *etc.*); l'allargamento della prospettiva dal discorso (inteso come riomprensione fra pensiero, ragionamento, usi, forme) alle procedure del suo sviluppo permette di parlare di un concetto più allargato di "*sapere analogico*", che può definirsi come il frutto del bilanciamento fra le funzioni e gli usi della analogia nel diritto e le risultanti forme di conoscenza fondate su modelli, esemplari e più esattamente su meccanismi di *comparazione* e *compatibilità*. Lo studio dell'analogia nella prospettiva del diritto serve a comprendere l'analogia come forma del pensiero umano, e non (soltanto) viceversa.

### 3. Il "doppio legame" fra diritto ed analogia

"Né in questo modo, per giustificare l'analogia, è necessario uscir fuori dal sistema":<sup>21</sup> così Bobbio, nel tentativo di criticare le norme sulla analogia (come quelle che la ammettono, così quelle che la limitano), riteneva che l'analogia non ha bisogno di norme generali, esplicite o implicite, che la pongano, poiché ogni norma particolare, appartenendo ad un sistema ed essendo espressione di un'esigenza logica,<sup>22</sup> ha in sé un potenziale di estensibilità, per lo meno all'interno dell'esplicazione della sua forza razionale. Bobbio fissa quindi il fondamento dell'analogia nel presupposto dell'ordinamento, la razionalità: quando il giurista ragiona per analogia, "non esce al di fuori dell'ordinamento, ma vi rimane assolutamente dentro, in quanto non fa che rendere esplicita la razionalità immanente al sistema".<sup>23</sup>

Gli ordinamenti normativi sono il luogo perfetto, e Bobbio lo aveva capito molto presto, in cui osservare le interazioni fra le pratiche interpretative e le evoluzioni semantiche e concettuali che sono caratteristiche del linguaggio ordinario: infatti, nel diritto è intrinseco un *doppio legame* fra norme ed analogia, un nesso di ambivalenza particolarmente sensibile per cui nel diritto, le

---

<sup>21</sup> N. Bobbio, *L'analogia nella logica del diritto* (1938), ed. a cura di Paolo Di Lucia, Milano, 2006, p. 153.

<sup>22</sup> Per Bobbio l'ordinamento giuridico è un sistema razionale, un organico complesso di leggi.

<sup>23</sup> N. Bobbio, *ibidem*, p. 163.

dinamiche della normatività possono ricorrere all'uso dell'analogia, ma esse stesse devono pure limitarla. Com'è noto, lo stesso sistema che si serve dell'analogia ha conosciuto diversi tentativi di riduzione del pensiero analogico a logica elementare, e ha inoltre visto svilupparsi più di un discorso sulla inammissibilità, in nome della certezza del diritto e della razionalità essenziale dei sistemi giuridici, del pensiero analogico. A livello teoretico, il problema è estremamente interessante: perché, su alcune materie, si è sentita l'esigenza di introdurre il divieto di analogia? Manca la logica nel diritto penale o manca la logica nell'analogia? La questione è molto profonda e non può essere semplificata: essa è connessa anche alla relazione fra certezza e formalismo: perché sia realizzato l'ideale di certezza del diritto devono necessariamente coesistere, oppure la certezza può consegnarsi alla razionalità, e può dunque esistere anche in dimensioni di anti-formalismo? Inoltre, il formalismo è una declinazione inevitabile della logica o vi può essere formalismo anche in una dimensione di sapere analogico? Tutte queste domande sono riconducibili al *doppio legame* che lega diritto ed analogia, un legame che li rende inevitabilmente interconnessi, ma in una relazione che difficilmente può spiegarsi con la logica. La doppiezza del legame, peraltro, non si manifesta soltanto nello spazio di comunicazione fra diritto ed analogia, ma anche in quello fra logica ed analogia; queste ultime si contrappongono in una costante "guerra civile", in una dialettica intestina che crea contatti e le fa stridere, ponendole in una dimensione di reciprocità necessaria, che vede condensarsi le sue forme negli usi e nelle funzioni dell'analogia.

La "guerra civile" fra logica ed analogia,<sup>24</sup> che trova nel campo giuridico un terreno di massimo interesse, deve essere ricostruita a partire dalla grande tradizione teorico- generale, al fine di ampliarla oltre l'interpretazione, tema centrale del lavoro di Bobbio, in cui lo sguardo è stato concentrato sul procedimento per analogia nell'uso della tecnica interpretativa. Il pensiero analogico è comune a tutte le scienze, dunque anche a quella che Bobbio definiva "scienza giuridica": il giurista-scienziato ne fa uso frequentemente non solo per interpretare, ma anche (e ancor prima) per per traslare da una parte all'altra del sapere giuridico concetti, giudizi e teorie. Il raggio operativo di usi e funzioni di questo sapere si estende, per questa ragione, ben oltre

---

<sup>24</sup> E. Melandri, *La linea e il circolo. Studio logico-filosofico sull'analogia* (1968), Macerata, 2004.

l'interpretazione in quanto stretto procedimento ermeneutico finalizzato all'applicazione del diritto: lo si ritrova, come si è anticipato, nei meccanismi predicativi e nei processi cognitivi del diritto, che sono aspetti da riportare alla luce nel discorso giuridico proprio in rapporto all'analoga. Del resto, il raffinato lavoro di Bobbio è il trampolino di lancio obbligato per ogni riflessione che punti, se non alla completezza, all'eshaustività; da esso ripartiamo, più di settanta anni più tardi, per riconsegnare i medesimi interrogativi alle loro evoluzioni, senza però trascurare la riflessione filosofica che ha conosciuto, in questo largo arco temporale, le intuizioni dello strutturalismo e del post-strutturalismo francese, della fenomenologia, della filosofia del linguaggio europea e statunitense e della loro applicazione alle teorie del diritto, della società e della democrazia. Il *doppio legame* ha la sua espressione più compiuta, sia in *Common Law* che in *Civil Law*, nelle pratiche giurisprudenziali, che sono luoghi naturali di accettazione e rifiuto, così come di introiezione e controllo, delle pratiche analogiche in tutte le loro forme: in questo senso, la riflessione teorica sui meccanismi di ambivalenza del sapere analogico nel diritto non potrà mai trascurare la *casuistique*, in una linea storica che possa collocare le dinamiche nei loro contesti di appartenenza, per decifrarne esattamente la rilevanza. Coerentemente con l'intento espresso in apertura, si riparte quindi da Bobbio, la cui principale preoccupazione era di difendere e fondare, con il principio di legalità, la certezza del diritto, fundamentalmente per reagire agli attacchi al principio di legalità portati, in nome dell'analoga, sul piano teorico ma anche sul terreno della legislazione penale, negli anni '30 e '40 del secolo scorso, dai regimi dittatoriali. Con questa premura, Bobbio introduce nel suo noto discorso sull'analoga due principali restrizioni: da un lato la configurazione dell'analoga nel diritto unicamente come *analoga legis*, identificabile con l'interpretazione estensiva (interpretazione del significato delle norme esistenti), e non anche come *analoga iuris* (cioè come creazione o integrazione del diritto finalizzata a colmare le lacune sulla base dei principi generali); dall'altro lato, l'esclusione della possibilità dell'arbitrio con l'introduzione della *legge di validità* della analoga: "se bastasse la somiglianza, senza una particolare determinazione, a giustificare l'attribuzione di una conseguenza giuridica ad un caso non previsto, l'interprete troverebbe sempre una somiglianza per giustificare un'interpretazione arbitraria, e, in ultima

analisi, per introdurre nell'ordinamento una conclusione magari contrastante con le premesse del sistema legislativo. Di qua la necessità di determinare il senso in cui si deve assumere il rapporto del simile al simile, affinché l'analogia sia costitutrice di certezze e non suscitatrice di arbitri; al che è destinata appunto la legge di validità dell'analogia". Fissare limiti ed estensione del rapporto di somiglianza significa che tra i casi in rapporto di analogia ricorra non una qualunque somiglianza, ma l'identità della *ratio legis*: precisamente, la stessa "ragion sufficiente" della legge, ovvero "ciò per cui la legge è ciò che è, e senza cui la legge non sarebbe ciò che è", definizione che, se applicata ad una norma giuridica, secondo una dicotomia leibniziana, può intendersi sia come "ragione della sua verità", sia come "ragione della sua esistenza". In un caso (ragione della verità), la norma viene in considerazione come giudizio di cui va trovata la giustificazione, che è il principio che ne costituisce il *fondamento*. Nell'altro caso, la norma viene invece in considerazione come fatto storico, del quale va trovato un motivo, cioè il fine che la norma, come mezzo, deve realizzare, che ne costituisce la *formulazione*: se per Bobbio era fondamentale trovare le ragioni del fondamento logico dell'analogia, in questo lavoro il fondamento viene analizzato dialetticamente con le formulazioni che appartengono all'ana-logica (come luogo di ricomprensione fra ragionamento e pensiero). L'interesse principale di Bobbio nel testo del 1938 è dimostrare che "l'argomento per analogia può essere un argomento di certezza" ed affermare la sua "piena compatibilità con la concezione della legge come il 'certo' del diritto": la spinta verso una tale ridefinizione così celebrativamente logisitica è frutto di un ideale anti-volontaristico e razionalistico del diritto, postulante "l'intima razionalità del sistema positivo (...)", nella quale "trova fondamento, senza andare a trovare giustificazioni trascendenti, l'estensione analogica, in quanto essa è prima di tutto un procedimento logico che contribuisce a dare alla norma, considerata nel suo valore razionale, tutta la sua efficacia".<sup>25</sup> In linea con la tesi del *doppio legame* fra diritto ed analogia, per cui il diritto fa uso delle analogie ma è il diritto stesso che, per poterle usare, finisce per limitarle (nel caso delle leggi eccezionali e penali), per Bobbio le norme che ne ammettono e che ne negano l'uso sono inutili: l'analogia si *svolge* all'interno del diritto, e "(...) non esce al di fuori dell'ordinamento, ma vi rimane assolutamente dentro, in

---

<sup>25</sup> N. Bobbio, *ibidem*, p. 151.

quanto non fa che rendere esplicita la razionalità immanente al sistema”.<sup>26</sup> La ragione per cui le riflessioni di Bobbio vanno riprese per essere, in un certo senso, rilette in una nuova luce, è la tesi per cui l’analogia non possa essere presa in considerazione “se non come ragionamento certo”,<sup>27</sup> poiché l’applicazione dell’analogia è voluta espressamente dal legislatore, il quale “è e deve essere il protettore e garante della certezza del diritto”.<sup>28</sup> L’argomento per analogia, in questo quadro, non è imperfetto, ma è riducibile nei suoi elementi essenziali ad un ragionamento formalmente valido e sostanzialmente certo, che dimostra che, in una dinamica reciproca, “mentre l’esigenza giuridica conferma la costruzione logica ravvalorandola, la costruzione logica da piena soddisfazione all’esigenza giuridica”.

Il pensiero filosofico ha contraddetto quest’ultima tesi, dimostrando che già a livello microstrutturale, analogia e logica rappresentano due modalità differenti di ragionamento, quindi è impossibile spiegare l’uno con il linguaggio dell’altro; inoltre, il criterio della *eadem ratio*, cuore del pensiero e del sapere analogici già nella tradizione di diritto romano e nel diritto comune, non è spiegabile né giustificabile logicamente, poiché esso presuppone il calcolo *proporzionale*, che per principio è in contrasto con quello logico inteso in senso stretto.

Procedendo a partire dalla disarticolazione e ricomposizione del campo analogico, si può a questo punto introdurre l’altro aspetto del doppio legame fra diritto ed analogia, che, come si è anticipato, è una permanente “guerra civile” fra logica ed analogia: la posta in gioco in questa *stasis* interna alla filosofia è l’esposizione di un paradosso: “il nonsenso dell’analogia, nel contestare il governo, la norma e il rigore della logica, svela che il senso di quest’ultima è altrettanto, se non ancora più insensato”. E’ dunque un elemento di paradossalità ad aggiungere chiarezza alla complessità della tematica; nondimeno, la “guerra civile” fra logica ed analogia richiama, parallelamente, la tensione costante fra forma e contenuto, che contribuiscono ad integrare la dimensione di ambivalenza che si è iniziata a descrivere a partire dal doppio legame fra diritto ed analogia. Quest’ultima è indispensabile per comprendere i

---

<sup>26</sup> N. Bobbio, *ibidem*, pp. 171-182.

<sup>27</sup> N. Bobbio, *ibidem*, p. 130.

<sup>28</sup> N. Bobbio, *ibidem*, p. 130.

rapporti tra forma e contenuto, o, per dirla con un'altra terminologia, di formalizzazione e interpretazione.<sup>29</sup> Se l'analogia non ha, come è stato sostenuto da Melandri in contraddizione con Bobbio, un formalismo proprio, se non può, in altri termini, valere come manifestazione di un calcolo *sui generis* distinto da quello logico, per trattarne in maniera compiuta di deve ripiegare su considerazioni contenutistiche, e in tal caso, in linea con quanto si dirà più avanti, le declinazioni del sapere analogico nel diritto si possono definire solo in modo *contestuale*, e non strutturale. A livello empirico, si osserva come l'analogia sia indispensabile nei casi in cui la logica non offre un criterio chiaro e definitivo, quelli che concernono la *metàbasi* (il passaggio) da un contenuto ad un altro contenuto, da una forma ad un'altra forma, dal contenuto alla forma o dalla forma al contenuto: i primi due riguardano l'inferenza, gli altri due la concettualizzazione, tutti e quattro interessano il diritto, essendo rilevante, per esso, tanto l'aspetto *sintattico* quanto quello *semantico*. La trasversalità fra i piani si riscontra nelle pratiche decisionali, ragion per cui va ribadito che l'analogia è da intendersi anzitutto come dispositivo per la ricerca nelle dimensioni doppie ed ambivalenti del diritto, quelle comprese fra la gli usi e le loro funzioni, fra prassi e teoria, fra concetti descrittivi ed aspetti teleologici. Gli usi analogici sono la grammatica fondamentale del sapere analogico: essi sono tanto più inattesi, e dunque all'apparenza irregolari, quanto più si dimostrino flessibili, creativi. Dagli usi vanno concettualmente distinte le funzioni, che spesso vengono accoppiate dicotomicamente ai primi, ma da essi sono distinte in quanto sono esse stesse una forma di usi, che, per il fatto di apparire regolari, prevedibili e finalizzati ad uno scopo, ammettono in linea di principio una giustificazione razionale.<sup>30</sup> Le considerazioni di carattere funzionale, focalizzate sulle pratiche del sapere analogico nel diritto, aprono il discorso alla possibilità di spiegare le interazioni fra la tematica e la struttura della analogia, ponendosi proprio su quella linea di confine su cui si gioca la "guerra civile" fra logica ed analogia, l'unica guerra "civile" degna di essere, almeno teoreticamente combattuta: si tratta infatti di una guerra che nessuna delle due parti può (né vuole, né tantomeno deve) permettersi di perdere, ma che nemmeno può vincere.

---

<sup>29</sup> Di cui ha parlato in particolare H. Høffding in *Der Begriff der Analogie*, Leipzig (1924).

<sup>30</sup> E. Melandri, *ibidem*, p. 23.

### 3.1 E' logicamente coerente l'uso dell'analogia nel diritto?

Il paradosso centrale finora riscontrato, e che accompagnerà tutto il lavoro, è il seguente: l'uso dell'analogia non può in generale essere giustificato logicamente; ciò che vale in generale deve valere in particolare anche per il diritto (diciamo questa, ai fini della spiegazione, *proposizione A*); d'altra parte, nel diritto l'uso della analogia è indispensabile (*proposizione B*). Nella sommatoria *proposizione A+proposizione B* è riposta una contraddizione, la *proposizione C*: l'uso dell'analogia nel diritto non può essere giustificato logicamente, ma esso è indispensabile. Cosa si può dedurre da questa conclusione? E' stato suggerito che il fatto che vi sia una contraddizione può avere un aspetto negativo e uno positivo.<sup>31</sup> Da una contraddizione, infatti, si può logicamente dedurre qualsiasi cosa: ad esempio, il fatto che il diritto sia fondamentalmente logico e descrivibile formalisticamente, e che le analogie siano anomalie (come quelle descritte dai linguisti); oppure, ed è l'opzione che meglio si integra nella tesi centrale di questo lavoro, se ne può dedurre una possibilità logica di una concezione anti-formalistica del diritto. Si è tentato di spiegare le contraddizioni fra logica ed analogia nel diritto attraverso una comparazione con la matematica,<sup>32</sup> esempio che assume rilevanza in particolare perché il fatto che siano presenti delle contraddizioni (sebbene sia motivo di studio per i matematici), non è sufficiente per proclamare il fallimento del pensiero razionale, come invece si fa (ed è giusto che sia così) nella logica. In altre parole, la contraddizione *logica/analogica* si deve aprire, per essere completa, alla possibilità di un terzo termine: il *razionale*. Il razionale, come discorso contrapposto a quello logico, si può spiegare soltanto se si ammettono in matematica diversi calcoli, alcuni (la logica) finalizzati alla giustificazione, altri (il calcolo analogico) più adatti a contesti di scoperta, di creazione, di poetica (nel senso greco di *ποίησις*).

---

<sup>31</sup> E. Melandri, *E' logicamente corretto l'uso dell'analogia nel diritto?*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Varese, 1968.

<sup>32</sup> E. Melandri, *ibidem*, p. 19 e ss.



Uno dei più noti tentativi di descrivere il diritto come scienza formale, come la logica e la matematica, è certamente riscontrabile in Kelsen,<sup>33</sup> ma è discutibile che il suo formalismo possa raggiungere quella precisione e quell'esattezza che in matematica possono arrivare a produrre delle vere e proprie crisi di fondazione. Infatti, sembra persino più ragionevole che nel diritto la logica debba sempre subordinare ai suoi criteri ed ai suoi requisiti le contrastanti tendenze dell'analogia. L'ottica formalistica vede nell'operazione giudiziaria essenzialmente una sussunzione, ma ad oggi l'applicazione dell'analogia nel diritto si trova a dover risolvere questioni più complesse, essendo il diritto un discorso non soltanto *sincronico* ma anche *diacronico*. Il sillogismo in quanto tale non è sufficiente a spiegare i processi ermeneutici, le pratiche, le formazioni discorsive ed i saperi<sup>34</sup> che sono i caratteri fondativi del discorso giuridico: lo studio delle relazioni su cui è fondato il linguaggio giuridico va inserito in una valutazione storica, nel senso di un'analisi critica delle tendenze operanti nella storia. In ogni operazione ermeneutica, infatti, l'estrapolazione del principio dal fatto (e viceversa) non è soltanto un colmamento di lacune, ma è effettiva creazione di diritto: l'analogia funziona su un livello intensivo e non soltanto estensivo. Per cui, il problema giuridico della logicità e della correttezza logica dell'uso dell'analogia nel diritto può risolversi in un'alternativa suggerita da Savigny: è legittimo il suo uso in funzione di *Rechtsfindung*, ovvero di creazione del diritto o di criterio di interpretazione intensiva dello stesso? Ovvero: è invece legittimo solo il suo uso in termini di *Gesetzeauslegung*, cioè di criterio di interpretazione estensiva delle leggi? A questi interrogativi si tenta di rispondere con questa tesi.

Se nel diritto, così come nella matematica, l'analogia possa contrastare validamente la logica, ciò deve essere stabilito dopo uno studio accuratissimo delle pratiche dell'ana-logica. Se nell'esegesi giuridica avviene che l'analogia entri in conflitto con la logica, non si deve necessariamente pensare ad una degenerazione completa nell'irrazionale; la storia della matematica e questo parallelo che si è tracciato dimostrano che la logica non copre tutto il campo del razionale e che dunque il compito di una razionalizzazione valida e veritiera, che non si limiti ad essere mera giustificazione di ciò che già è dato e

---

<sup>33</sup> Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 1. Aufl., Leipzig e Vienna, 1934 (2. Aufl., Vienna 1960).

<sup>34</sup> A cui si è accennato nel paragrafo precedente.

dimostrato, è un compito aperto (e complesso). Questa è la vera sfida di questo lavoro.

## **PARTE PRIMA**

### ***ANALOGIA***

*Si deve preferire l'impossibile verosimile  
al possibile incredibile,  
e non comporre le storie con parti irrazionali  
(Aristotele, Poetica, 1460a 27-28)*



## CAPITOLO PRIMO

### CONCETTO

*‘Metafora’ è l’imposizione di una parola estranea, o da genere a specie, o da specie a genere, o per analogia.<sup>35</sup>*

#### **1. Scavare nella profondità semantica: lessico fondamentale**

Per sviluppare ora in modo completo il quadro di problematiche che sono state introdotte, è opportuno ricostruire l’evoluzione che il concetto di “analogia” ha avuto storicamente. Questo lavoro permette di collocare concettualmente anche i componenti del sapere analogico riguardo ai quali si è data un’anticipazione nel capitolo introduttivo, e che saranno meglio e più approfonditamente analizzati nel corso del lavoro.

La ricerca dei concetti che storicamente presenti nel campo semantico dell’analogia è utile, prima di tutto, per comprendere le dinamiche ne hanno caratterizzato le relazioni. Nel tracciato storico-concettuale ricorrono alcune dinamiche tipiche dei processi di comparazione, come *uguaglianza-differenza*, *compatibilità*, e *adattabilità*: la dinamica comparativa è una delle chiavi per la lettura e la comprensione profonda della analogia. La diffusa presenza di meccanismi di comparazione si riproduce sotto forme diverse, come la proporzionalità, la quale senza dubbio non solo appartiene al campo di significato del sapere analogico, ma ne è una delle strutture portanti, tanto che generalmente il termine ‘analogia’ è stato sostituito con ‘proporzione’, nel senso di una compatibilità fra discorsi in origine differenti.

Proprio dal concetto di proporzione partiamo allora in questo lavoro di indagine critica nella profondità storica della analogia, in una dimensione intermedia fra storia del pensiero, storia delle scienze, linguistica, storia del

---

<sup>35</sup> Aristotele, *Poetica*, 1457b 6-10.

pensiero filosofico e storia giuridico-normativa. L'analogia è stata ed è tuttora anzitutto proporzione matematica, come emerge dal *Timeo* di Platone:<sup>36</sup>

*“Onde, messosi Iddio a comporre  
l’universal corpo, si ebbero fatto di terra e fuoco.*

*Ma non può essere che siano due cose sole legate speciosamente senza una terza;  
imperocché, necessità è che alcuno legame sia in mezzo di loro, il quale le congiunga. E  
il più bello dei legami quello è, che faccia di sé e delle cose che lega, quanto esser può,  
uno.*

*E la proporzione fa ciò in forma bellissima; imperocché, quando tre numeri o corpi o  
potenze quali si vogliano, il primo sia verso al medio, ciò che il medio è verso all’ultimo;  
e, nuovamente, ciò che l’ultimo è verso al medio, il medio sia verso il primo; allora  
divenendo il medio primo e ultimo, e l’ultimo e il primo divenendo medii, tutti  
divengono medesimi fra loro necessariamente; e medesimi divenuti fra loro, tutti sono  
uno”*

Con un utlizzo simile, si ritrova l’idea di analogia in quanto proporzione nell’*Etica Nicomachea* di Aristotele (*ἡ ἀναλογία ἰσότης ἐστὶ λόγων*),<sup>37</sup> qui però anche nella accezione del “trovarsi fuori della proporzione” (*ὕπερ τὴν ἀναλογία τινός*). L’analogia in quanto proporzione è dunque il punto da cui partire, poiché in questo concetto sono già racchiusi il problema del medio (“necessità è che alcuno legame sia in mezzo a loro”), della congiunzione fra differenze alla ricerca di un equilibrio (“legame (...) che faccia di sé e delle cose che lega, quanto esser può, uno”), della relazionalità fra gli elementi di un discorso, e dell’identificazione nelle differenze attraverso l’ana-logica, che mette appunto in relazione per mezzo di elementi comuni, pur mantenendo elementi di differenziazione. Un primo crinale fra logica è analogia emerge già a partire dallo scarto fra la proporzione matematica, naturalmente accostata all’analogia, e l’analogia “geometrica” che inizia ad essere riferita ad una proporzione inserita in un contesto dinamico. In linea con la proporzionalità, la *progressione* diventa uno referenti senza i quali l’analogia non può e non deve essere compresa. Già a partire da Aristotele, il

<sup>36</sup> Platone, *Timeo*, ed it. a cura di Giovanni Reale, Milano, 2000, 31c.

<sup>37</sup> Aristotele, *Etica Nicomachea*, Milano, Bompiani (2000).

quale, sempre nell'*Etica Nicomachea*, ha usato l'espressione "ἀναλογία γεωμετρική" per indicare una proporzione inserita in un contesto dinamico, la progressione è la proporzione all'interno di una successione continua, rappresentando dunque l'impossibilità di discernere un elemento da un altro, ciò che caratterizza il pensiero analogico in contrapposizione alla logica: nel pensiero classico si trovano dunque le prime tracce del rapporto relazionale che lega logica e analogia nell'ana-logica. Se per la logica vale il principio del tutto-o-nulla, cosiddetto di bivalenza o del terzo escluso, all'analogia si applica il principio di gradazione continua, che è coerente pure con i principii di contraddizione inclusa, di contrarietà e di tensione, nonché con il principio di continuità. Tutte le relazioni attraverso cui si sviluppa il pensiero analogico, e attraverso esso il sapere analogico, sono per definizione relazioni "interne": fra ogni due elementi, per quanto prossimi, c'è sempre posto per un *terzo* (che è quel *medio* di cui parlava Platone nel *Timeo* a proposito della proporzione).<sup>38</sup>

Dalla analogia come proporzione o come progressione, erano distinte la analogia come ἀρμονική e l'analogia come ἀριθμητική. La prima, l'*armonia*, è intervallo tra le frequenze di suoni diversi: anch'essa è quindi prima di tutto un rapporto fra elementi differenti, ed il suo fondamento è il bilanciamento fra differenze, che ancora una volta non è altro che una comparazione fra diverse *rationes*. In questi termini si esprime Aristotele nella *Poetica*: "κατὰ τὴν ἀναλογία", ma l'analogia rimane sempre e in primo luogo una relazione in senso più ampio ("ἀναλογία ἔχειν") fondata su una corrispondenza, una somiglianza ("ὁμοιότης ἢ ἄ").

Legata originariamente alla semplice proporzione matematica, già a partire dal pensiero classico l'influenza del concetto di analogia si è estesa ai concetti dal concetto di *proporzione* a quelli di *progressione*, *armonia*, *comparazione*, *corrispondenza*, e più in generale di *relazione*.

---

<sup>38</sup> E. Melandri, *La linea e il circolo. Studio logico-filosofico sull'analogia* (1968), Macerata, 2004, p. 375.

### 1.1 Dal basso verso l'altro: un anticipo sulla rilevanza della generalizzazione

Il segreto del termine 'analogia' non sta nel tanto discusso *logos*: pur essendo certamente fondativo,<sup>39</sup> esso non è la chiave di lettura che permette di aprire un varco in una dimensione teorico-operativa piuttosto inesplorata. L'attenzione va invece spostata sulla particella *anà*, che in greco antico ha funzione sia di preposizione che di preverbio, e che generalmente è stata usata con un valore di pertinenza spaziale, che è "in alto", e che può realizzarsi in modi differenti in relazione alle circostanze in cui è usato. In caso di concorrenza con un dativo, sebbene questo sia un uso piuttosto raro, ricorrente talvolta in poesia, la particella non si trova in relazione forte con l'espressione locativa realizzata dal caso, mantenendo di fatto la propria indipendenza e risultando qualificata esternamente rispetto al caso a cui è riferita.

Usato con l'accusativo di direzione, il significato della locuzione è rappresentabile con la formula

[T(in alto) T(x)]

mentre, con l'accusativo di estensione, la terminazione realizza l'idea di un movimento lungo un percorso, evidenziando così l'estensione del movimento in verticale da un punto iniziale ad uno finale. Ciò ha condotto la particella a sviluppare un allargamento della propria semantica, che dalla semplice idea di risalita dal basso verso l'alto è slittata verso la risalita lungo una serie di elementi all'interno di uno spazio percorribile, dal quale significato è derivato l'uso distributivo della preposizione, come è attestato in Senofonte nella *Anabasis* ("ἐπορεύθησαν ἐπὶ σταθμοὺς ἀνὰ πέντε παρασάγγας τῆς ἡμέρας").<sup>40</sup>

Come preverbio, *anà* ha più frequentemente un valore spaziale come in Erodoto

“ἀναβιβάσας τοὺς παῖδας ἐφ’ ἵππους”

ossia "avendo fatto montare i fanciulli a cavallo". Il riferimento spaziale è l'elemento più frequente nell'uso di *anà* come preverbio, e a partire da questa

---

<sup>39</sup> Come discusso approfonditamente nel cap. VIII.

<sup>40</sup> *Anabasis*: 4,6.



semantica, a causa del valore distributivo legato alla progressione lungo un percorso nello spazio, si è sviluppata l'idea del ritorno sui propri passi, lungo una direzione già tracciata, come ad esempio nel *Simposio* di Platone (220e)

“ὅτε ἀπὸ Δηλίου φυγῆ ἀνεχώρει τὸ στρατοπέδον”

ovvero “quando l'esercito, in fuga, si ritirava da Delio”. Dalla risalita in direzione basso-alto alla risalita lungo un percorso, da questa, tramite l'estensione dell'idea di distribuzione lungo un percorso alla progressione, si trovano tracce di un valore di *anà* legato all'idea di ripetizione, come nelle *Supplici* di Euripide (626)

“κεκλημένους μὲν ἀνακαλούμεθ' ἀπὸ θεοῦς”

ovvero “invochiamo ancora una volta gli dei già invocati”; ripetizione che, dal piano spaziale, mostra uno slittamento verso il piano temporale, allargando ulteriormente il campo di significato della particella.

In Eschilo troviamo ancora un'altro uso di *anà*: qui la particella serve ad enfatizzare il concetto di emersione attraverso un movimento dal basso verso l'alto, e anche figurativamente dal visibile all'invisibile e, di conseguenza (ciò che è ancora più rilevante per questa tesi), dal noto all'ignoto, come se in un certo senso ciò che sta in basso fosse *raggiungibile* più facilmente e dunque anche *conoscibile* più facilmente.

Ricapitolando, dallo spazialità alla progressione lungo un percorso, dalla risalita dal basso verso l'alto ad un processo di generalizzazione, che, induttivamente, conduce dal noto all'ignoto, sempre passando però da livelli graduati di vicinanza (approssimazione) e senza salti. E' per questo percorso logico che si è ritenuto rilevante analizzare le valenze della particella *anà* già nella letteratura greca. Il lavoro archeologico, come si è anticipato nell'Introduzione, contribuisce a ricostruire le domande di un intero lavoro a partire dalla loro origine e le accompagna lungo la loro evoluzione e le eventuali modifiche all'interno di nuove formazioni discorsive e di sapere. Le dinamiche che vedremo essere fondative del pensiero e del sapere analogici ancora oggi nel discorso giuridico sono già anticipate nei significati originari

del prefisso del termine 'analogia': ad esempio, il legame fra sapere analogico e forme della generalizzazione (che riproducono il movimento dal basso verso l'alto) è insito nei significati possibili della particella *anà*, che vanno dunque ben oltre i significati tradotti in italiano con 'stessa' o 'uguale'. La riflessione sulle possibilità semantiche, magari temporaneamente escluse ma non eliminate definitivamente, aggiunge profondità al discorso ana-logico dal mondo classico alla modernità; inoltre molte delle tracce di questi significati, fra cui la dinamica dal noto all'ignoto, o l'interrelazione fra induzione e deduzione, sono presenti ancora oggi nelle modalità operative del sapere analogico, sotto forma ad esempio di predicazione: questa, quando ha struttura analogica, si fonda proprio sul passaggio dal noto all'ignoto attraverso un'induzione, una formazione di sapere a livello generale, ed una successiva deduzione che permette di inferire qualcosa che altrimenti non potrebbe facilmente essere inferito. Il diritto, infatti, si serve per sua costituzione dei processi di generalizzazione, a diversi livelli (produzione legislativa, livello decisionale): ogni volta che nel sistema giuridico si ricorre ad un processo analogico al fine di fissare qualcosa che fino a quel momento era esterno ed estraneo ad esso, si verifica sul piano fenomenologico l'uso di una pratica del *sapere* analogico, come vedremo più avanti essere prassi consolidata nel diritto delle nuove tecnologie.

## **2. L'analogia aristotelica: il medio, la relazionalità, l'appartenenza**

Aristotele non dedica all'analogia che un mero interesse marginale, quasi "distratto", e, dal punto di vista analitico, puramente derogativo rispetto ad induzione e deduzione.<sup>41</sup> Eppure, Aristotele è considerato il riferimento principale rispetto al quale ogni teoria dell'analogia è debitrice: già nella prima e forse più celebre definizione razionalistica del pensiero analogico, l'analogia è spiegata come "argomentazione fondata su di un esempio",<sup>42</sup> che consiste nel provare l'appartenenza dell'estremo maggiore al medio, attraverso un termine che è simile al terzo termine. Con questa definizione, Aristotele ha inaugurato la convivenza infinita fra analogia, proporzione e simmetria, il che è confermato

---

<sup>41</sup> E. Melandri, *La linea e il circolo. Studio logico-filosofico sull'analogia* (1968), Macerata, 2004, p. 10.

<sup>42</sup> Aristotele, *Primi Analitici*, xxiv, 68b 36-38.

anche dal ruolo acquisito da questa forma di ragionamento (di giudizio, e di sapere) nel discorso giuridico; procedere analogicamente è infatti, come si è detto, sinonimo di “valutare una possibile adattabilità”, “misurare una compatibilità”, o ancora “comparare due differenze alla ricerca di un loro punto di contatto”. Non solo, per Aristotele, serve valutare l'appartenenza dell'estremo maggiore al medio per mezzo del terzo termine, ma si deve anche verificare l'appartenenza del medio al terzo termine, così come pure l'appartenenza del primo termine al termine simile. Iniziano a delinarsi così alcuni dei caratteri fondativi del discorso analogico: i termini sono fra loro interconnessi da relazioni di *appartenenza*, all'interno delle quali domina il principio di continuità (e non quello di identità o discretezza); in secondo luogo, tutte le relazioni fra gli elementi del discorso analogico sono, già a partire da Aristotele, relazioni *mediate*: fra due è sempre distinguibile una dimensione di proporzionalità con un terzo, ed è inoltre sempre tracciabile una linea di simmetria. Non soltanto, ma la *relazionalità* è alla base sia della possibilità di stabilire un'appartenenza, sia della capacità di stabilire, nel contesto dell'appartenenza, uno spazio medio. La relazionalità è dunque insieme mezzo e fine del pensiero analogico, nella tradizione filosofica classica e, come si dirà più avanti, nel diritto.

Gli elementi fondamentali dell'analogia sono ovviamente presenti nell'esempio che Aristotele riporta per descrivere quella che definisce “argomentazione fondata su di un esempio”, ovvero l'esempio della guerra contro i Tebani. Se A indica “il male”, B indica “intraprendere la guerra contro un popolo confinante”, C indica “la guerra degli Ateniesi contro i Tebani”, e D indica “la guerra dei Tebani contro i Focesi”, si può provare attraverso il pensiero analogico che fare guerra ai Tebani è un male (il che rappresenta l'uso argomentativo dell'analogia), e si può inoltre stabilire che una guerra è *come* l'altra, (il che rappresenta la predicazione analogica). Se si vuole dimostrare che il far guerra ai Tebani è un male, bisogna provare che astrattamente è un male fare guerra ad un popolo confinante. Tale convinzione teorica sorge dall'esame di casi simili, come ad esempio il fatto che per i Tebani la guerra contro i Focesi è stata un male. Da ciò si può indurre che la guerra contro i popoli confinanti è un male, per cui si può finalmente inferire che la guerra contro i Tebani è un male. In tale quadro, l'elemento di relazionalità fra B (intraprendere la guerra

contro un popolo confinante) e C (guerra degli Ateniesi contro i Tebani) è evidente, poiché in entrambi casi si tratta di una guerra contro un popolo confinante. Il fatto invece che A (il male) e B (intraprendere la guerra contro un popolo confinante) siano in rapporto di relazionalità deve essere provato, e ciò è possibile grazie alla mediazione dell'elemento D, che è la specificazione di una situazione astratta, indicando D "la guerra dei Tebani contro i Focesi". La medesima proporzione si verifica nel caso in cui la convinzione che il medio è connesso all'estremo maggiore si formi attraverso parecchi casi simili.

L'argomentazione fondata sull'esemplarità, alla quale è anche collegata la predicazione analogica, non passa dalla parte al tutto, né dal tutto alla parte, ma procede dalla parte alla parte, nel caso in cui le due parti siano entrambe subordinate ad una medesima nozione, ed una della due parti sia nota; solo in questo modo può tracciarsi l'inferenza. Per Aristotele è fondamentale mantenere distinta questa forma da quella induttiva, la quale parte da una totalità di oggetti indivisibili e prova l'appartenenza dell'estremo maggiore al medio, senza connettere il ragionamento all'estremo minore; l'argomentazione fondata sull'esempio opera anche il collegamento fra il medio e l'altro estremo.

## **2.1 *Homoiótes*: analogia nella struttura e analogia nella funzione**

A proposito di relazionalità, il discorso va ampliato anche all'idea di rapporto: nei *Topici* si legge infatti che la somiglianza va ricercata sempre in oggetti che appartengono a generi diversi, per notare che un oggetto è rispetto a qualche oggetto nello stesso rapporto in cui un altro oggetto è rispetto a qualche altro.<sup>43</sup> E' altrettanto vero che un oggetto è contenuto in qualche oggetto nello stesso modo in cui un altro oggetto è contenuto in qualche altro, per cui la relazionalità può esprimersi in un rapporto di proporzionalità quanto in una relazione contenente-contenuto; per esempio, "la visione è contenuta nell'occhio nello stesso modo in cui l'intuizione è contenuta nell'anima, ed ancora, che la bonaccia si ritrova nel mare nello stesso modo in cui la calma dei venti si ritrova nell'aria."<sup>44</sup> Nella ricerca delle somiglianze, è bene inoltre

---

<sup>43</sup> Aristotele, *Topici*, I, xvii, 108a 7-17: "ad esempio, che la scienza risulta, rispetto a ciò che è conoscibile scientificamente, nello stesso rapporto in cui la sensazione è rispetto al sensibile".

<sup>44</sup> Aristotele, *ibidem*, 108a 10-15.

esercitarsi riguardo agli oggetti assai divergenti fra loro. La somiglianza è dunque affrontata dalla logica aristotelica, ed essa trova in qualche modo una collocazione analiticamente più definita se comparata all'analogia, la quale, lo abbiamo visto, viene relegata sostanzialmente ad alternativa alla deduzione e all'induzione, ma non viene descritta compiutamente. Dal fatto che l'*exemplum*, o meglio l'argomentazione fondata su esempio, non costituisca il più valido, secondo Aristotele, fra gli argomenti, non consegue che sia illecito formare concetti *per analogia*, perché la formazione dei concetti non è considerata un problema logico, non potendosi giustificare sillogisticamente.<sup>45</sup> Non sempre, infatti, un concetto si forma sulla scia di un'astrazione che risalga all'inverso nella specificazione sistematica dei generi:<sup>46</sup> per astrazione, un concetto può formarsi soltanto nell'ambito di scienze fondate su una rigida classificazione di generi, in cui le specie siano definite categoricamente una volta per tutte.

La questione della formazione dei concetti è evidentemente un problema che esula dalla ripartizione delle discipline, interessando anche la formazione di quei concetti che sono applicabili a tutte le scienze, come "conseguenza", "verificazione", "paradigma"; questa tipologia di concetti, vista l'innata interdisciplinarietà e la trasversalità che li caratterizzano, non soggiacciono al divieto di trasgressione categorica (o di *μετάβασις εἰς ἄλλο γένος*). Questa tipologia di concetti è presente in ogni sistema di conoscenze, e per la loro capacità di essere applicati a tutto (e, dunque, di non descrivere nulla in maniera esclusiva) sono stati definiti dagli Scolastici come *transcendentalia* o anche *ante- o post-paedicamenta*. Per Aristotele la determinazione di questa tipologia di concetti trascendentali non può avvenire per categoria, genere e specie, ma soltanto *κατ'ἀναλογίαν*. Per cui, vanno distinte due diverse modalità operative dell'analogia: da un lato, l'argomento per analogia, che è inserito e descritto negli scritti di logica, e che proprio in questi viene definito *παράδειγμα* ("argomentazione fondata su di un esempio", appunto); dall'altro, la formazione analogica di un concetto, di un predicato e quindi anche di un giudizio, che è invece *ἀναλογία*. Quest'uso si trova in particolare nei lavori di Aristotele sulla metafisica, sull'etica e sulla biologia; in metafisica, ad esempio,

---

<sup>45</sup> Peraltro sull'origine dei concetti si segnala lo splendido lavoro di Nietzsche intitolato *Su verità e menzogna in senso extramurale*, trad. it. di Sossio Giametta, RCS Quotidiani, 2010.

<sup>46</sup> E. Melandri, *ibidem*, p. 211.

non essendoci alternativa alla via analogica, e dovendosi però risalire ai principi comuni a tutte le categorie, che in questo senso sono quindi extra-categoriali, la determinazione dei principi comuni trascende il piano categorico, per cui non può avvenire *per genus et differentiam specificam*, poiché un *summus genus* è impossibile per principio.<sup>47</sup> Anche in etica non si possono applicare concetti determinati per categoria, genere e specie, poiché come la proporzione aritmetica è il principio fondativo della giustizia commutativa, così la proporzione geometrica è rappresentativa di un'idea di giustizia distributiva e più moderna, che è quella che viene proposta nell'*Etica Nicomachea*.<sup>48</sup>

Ancora più esteso è l'uso dell'analogia che Aristotele propone per la biologia: qui è infatti non soltanto in funzione euristica, ma come vero e proprio criterio definitorio, di astrazione e di esplicazione. Nell'*Historia Animalium* il principio dell'identità *funzionale* prevale su quello di identità *elementare*: la dinamica funzionale è fundamentalmente non-meccanica e teleologica, e si applica non solo alla biologia e alle scienze umane, ma anche alla fisica e alla metafisica. Per l'Aristotele biologo la natura profonda delle cose diventa accessibile per analogia; per l'Aristotele logico, persino l'uso dimostrativo dell'analogia è da dibattere: questo contrasto è interessante poiché mostra le attitudini del filosofo nei confronti della medesima forma di pensiero, in due campi differenti. Questa diversa inclinazione di Aristotele nei confronti dell'analogia è senz'altro indice di quella dialettica che lega questa forma di pensiero alla logica, e se in un caso la prima viene accolta come strumento plausibile e valido per lo sviluppo della conoscenza in un campo come la biologia, dall'altro dal punto di vista della logica essa è approcciata con un atteggiamento del tutto inverso. Per la comprensione della natura è invece strumento necessario: è ad esempio indispensabile la comparazione fra unghia e zoccolo, mano e chele, per comprendere la funzionalità di alcune parti degli animali (attraverso la comparazione e la ricerca di forme di compatibilità). Peraltro, in una dinamica del genere, in cui conta il fine ben più che la dimensione meccanica, analogia nella funzione ed analogia nella struttura (omologia, la *ὁμολογία*) interagiscono ad un punto tale che distinguere questi due momenti diventa pressoché impossibile, poiché la forma degli organismi

---

<sup>47</sup> Aristotele, *Metaphisica*, Δ, vi, 1016b-1017a; Λ, iv-v; N, vi, 1093 b17-29.

<sup>48</sup> Aristotele, *Eth. Nicom.*, V, VI, 1131 a 29-32.

animali si spiega anche con la loro capacità di adattarsi all'ambiente, e viceversa. Il pensiero aristotelico è stato interpretato sia in modo più funzionalistico, sia in modo più strutturalistico, in ragione della rilevanza assegnata ad uno o all'altro elemento della dicotomia.

## 2.2 Metafora per analogia

Il concetto di analogia ha sviluppato, sin da Aristotele, una relazione complessa con quello di "metafora", che viene definita nella *Poetica* come "imposizione di una parola estranea, o da genere a specie, o da specie a genere, o da specie a specie, o per analogia":<sup>49</sup> la metafora per analogia è, fra i diversi tipi, quello riferibile alla metaforicità senso più stretto, come Aristotele conferma anche nella *Retorica*.<sup>50</sup> Il significato della metafora per analogia è più complesso rispetto a quello delle altre forme di metafora, poiché la struttura per analogia si può riformulare come similitudine o proporzione fra quattro termini; le altre metafore si reggono una forma di somiglianza fra due termini, mentre nell'analogia i termini sono quattro ("per analogia, quando il secondo elemento sta al primo come il quarto sta al terzo: si dirà allora il quarto al posto del secondo oppure il secondo al posto del quarto").

Le metafore per analogia riguardano il pensiero, e ad esso appartiene tutto quello che deve essere approntato dalla parola, per cui il dimostrare, il confutare, il procurare emozioni (come pietà, paura, collera e simili) e anche l'ingrandire e il rimpicciolire le cose.<sup>51</sup> Il pensiero inteso in questi termini serve anche alla comprensione del meccanismo della metafora per analogia: soltanto se gli elementi della proporzione da cui si inferisce l'analogia sono inseriti in una struttura di pensiero *proposizionale* e non *nominale* metafora ed analogia possono essere correttamente in relazione. La ragione è chiarificabile con un semplice esempio: la coppa sta a Dioniso nello stesso rapporto che lo scudo ha nei confronti di Ares - si potrà dunque chiamare la coppa "scudo di Dioniso" e lo scudo "coppa di Ares", presupponendo che le due metafore siano connesse

---

<sup>49</sup> Aristotele, *Poetica*, Aristotele, *Poetica*, Torino, Piccola Biblioteca Einaudi (2008), *xxi*, 1457b 16-19: "μεταφορὰ δὲ εἶδος ὀνόματος ἀλλοτρίου ἐπιφορὰ ἢ ἀπὸ τοῦ γένους ἐπὶ εἶδος ἢ ἀπὸ τοῦ εἶδους ἐπὶ τὸ γένος ἢ ἀπὸ τοῦ εἶδους ἐπὶ εἶδος ἢ κατὰ τὸ ἀνάλογον."

<sup>50</sup> Aristotele, *Retorica*, Aristotele, *Retorica*, Milano, Mondadori (1996), III, *xi*, 1412b 30-35.

<sup>51</sup> Aristotele, *Poetica*, *ixx*, 1456a 35-38.

da una relazione di similitudine la quale, resa esplicita, equivale alla proporzione “la coppa sta a Dioniso come lo scudo ad Ares” , ovvero “coppa/scudo = Dioniso/Ares”.<sup>52</sup>

La semantica proposizionale è il significato della proposizione intesa come totalità semplice, non analizzabile e non definibile a priori; essa non coincide mai, se non accidentalmente, con la semantica nominale, che corrisponde al significato della parola intesa come nome o unità elementare di riferimento extra-linguistico; quindi se da una parte la semantica nominale studia il concetto come una parte insierita in un tutto, con il quale sta in una relazionalità continua, la semantica nominale studia il singolo elemento preso a sé, perciò l'incongruenza fra semantica proposizionale e semantica nominale rende difficile ricostruire il significato della proposizione soltanto per mezzo della combinazione dei significati delle parole che ne costituiscono l'enunciato.<sup>53</sup> La semantica proposizionale, l'approccio che include la totalità degli elementi, le loro relazioni e le forme di continuità fra essi, è l'unico che permette di capire il funzionamento della metafora per analogia, poiché essa è costruita proprio sulla relazionalità degli elementi a livello semantico.

Il pensiero in forma sillogistica è fondato sull'assunto che la normalità corrisponda alla proposizione categorica, a struttura soggetto-predicato. Essendo il pensiero in forma sillogistica quello che viene fatto corrispondere, da Aristotele, con la razionalità, la metafora per analogia viene esclusa dal campo del razionale, sebbene sia tenuta in considerazione, come si è visto. Ciò è confermato peraltro dal fatto che Aristotele ponga l'analogia (nei *Topici*) fra le forme di ragionamento e non fra le forme di giudizio, essendo essa una forma di induzione incompleta e per certi versi ambigua, che non può fare parte dell'analitica ma al massimo della retorica.

Ancora qualche osservazione sul nominalismo aiuta a comprendere la ragione per cui la sua opposizione con l'approccio proposizionale (in semantica) o con il realismo sono rilevanti per la relazione fra metafora ed analogia. Il pensiero, lo si è anticipato, serve a comprendere la realtà, ma anche a dirla, cioè a predicare della e sulla realtà; ogni descrizione della realtà è dunque legata alle forme di pensiero. E' stato detto che ogni ontologia, ovvero

---

<sup>52</sup> Aristotele, *ibidem*, *xxi*, 1457b 20-23; *Rhet.*, III, xi, 1412 b 35.

<sup>53</sup> E. Melandri, *ibidem*, p. 157.



ogni sistema per lo studio dell'essere, degli esseri, e delle loro categorie fondamentali, deve presupporre una semantica;<sup>54</sup> per cui al variare del tipo di semantica varia il senso dell'essere e la comprensione della realtà. Ora, se l'ontologia viene definita rispetto ad una semantica nominale, gli slittamenti semantici dei termini per analogia interessano soltanto la teoria e non la realtà, ovvero livello delle idee ed ordine delle cose non coincidono. La semantica nominale si fonda essenzialmente sul presupposto che una parola abbia significato solo se trattata come nome, cioè come *segno* di una realtà individuata e descritta a priori e al di fuori del sistema di riferimento; per cui il nominalismo rende univoca la logica, e in questo senso rende anche meno rilevante la semantica, che invece per il pensiero analogico è fondamentale poiché le relazioni di proporzionalità e continuità sono comprensibili solo semanticamente. La logica può essere univoca, essendo traducibile in calcolo coerente; per la semantica, al contrario, la coerenza del calcolo e l'univocità non corrispondono mai. Per queste ragioni, la semantica proposizionale offre una prospettiva ben più inclusiva e dunque più corrispondente alla *ratio* principale del pensiero analogico e di tutti i referenti del campo analogico, una *ratio* fondata anzitutto sulla relazionalità fra gli elementi di un sistema.

### **3. *Prudentia*: il metodo casistico**

Dopo questa prima ricostruzione digressiva del carattere ambivalente dell'ana-logica nel pensiero greco e in particolare in Aristotele, per il momento il discorso va ancora mantenuto nel quadro storico antico in modo da arricchire il tema dell'ana-logica anche dell'esperienza pratica e teorica dei giuristi romani. Come in altri sistemi di natura casistica, il processo di formazione del diritto romano appare inscindibilmente legato al riferimento, nella decisione dei casi, alla *ratio* che per situazioni simili è stata ricostruita in precedenza, il che rappresenta un implicito riconoscimento della validità della decisione precedente.

E' il caso di prestare attenzione ad alcuni elementi ideologici e metodologici del diritto romano, poiché essi hanno rilevanza epistemologica, costituendo peraltro la base dei sistemi giuridici dell'Europa continentale e

---

<sup>54</sup> E. Melandri, *ibidem*, p. 282.

dunque della formazione di una cultura giuridica europea, la quale ha adeguato la propria continuità alle esigenze della prassi. Nella sua duttilità e coerenza, il diritto romano si è infatti sviluppato essenzialmente come diritto giurisprudenziale, e la sua sostanza giurisprudenziale è generalmente riferita a tutto l'arco di tempo che va dall'inizio della Repubblica alla fine del Principato: nelle dinamiche di un diritto costitutivamente casistico si sono inserite alcune fra le questioni metodologiche maggiori della tradizione giuridica occidentale, che riguardano direttamente il pensiero analogico, come la concezione del diritto come scienza, le problematiche legate al bilanciamento, alla proporzione, alla simmetria e al rispetto della tradizione (rappresentata dalle decisioni precedenti), tutte formazioni discorsive di assoluta rilevanza per il tema di questo lavoro, poiché pertinenti alla relazione contraddittoria fra logica ed analogia nel pensiero e nel sapere giuridici.

Perché prendere ad esempio proprio il diritto romano? Anzitutto, esso si è costituito come ordinamento prima di altri sistemi, il che permette di osservarne le dinamiche all'interno di un contesto sia storico sia giuridico che ha dovuto confrontarsi con la relazione fra singoli casi ed elaborazione di principi generali; nel sistema casistico, che andiamo a descrivere nella prospettiva della suo contributo ad un'archeologia del sapere analogico, la formazione del diritto è stata intrinsecamente condizionata dal riferimento alle decisioni precedenti su casi simili, così configurando una tipologia *ante-litteram* di *case law* basata sui precedenti, che vedremo essere l'espressione dell'analogica nei sistemi giuridici di Common Law. La rilevanza delle decisioni precedenti, inoltre, si è venuta a costituire nel diritto romano sia sul piano delle decisioni (del *giudizio*, diremmo utilizzando la terminologia filosofica introdotta nel primo capitolo), sia sul piano argomentativo (dell'*argomento*), sia sui piani della *predicazione* e della *concettualizzazione*. Per "decisioni" dei casi precedenti, inoltre, si deve intendere non solo le sentenze, ma anche le soluzioni proposte dai giuristi, per cui l'autorità della *traditio* nel diritto romano è una formazione diffusa nell'ordinamento, e non soltanto un evento sconnesso dagli altri.

Lo studio del metodo casistico trasmette qualcosa in più rispetto allo *stare decisis* in quanto invito a replicare in casi analoghi una decisione concreta già presa in precedenza: le "pratiche" del sapere analogico implicano il ricorso ai precedenti per stabilire anche quale sia il diritto vigente, poiché la sentenza

precedente non può essere considerata, in sé, normativa. Il metodo casistico è un esempio della complessità del discorso giuridico, che si costruisce fra la prassi e la teoria, nelle decisioni, ma è perennemente inclinato verso i meccanismi astratti della teorizzazione: i suoi artefici sono stati soprattutto i giureconsulti e le cancellerie imperiali, poiché questi soggetti (individui o istituzioni) hanno costituito un sistema che sta prima e dopo la decisione. Le forme di sapere costruite sulla somiglianza delle situazioni, che è la premessa fondamentale per l'intervento dell'analogia, furono dunque alla base del metodo casistico, che sulla relazione fra caso singolo e principio generale da esso derivato ha visto crescere la propria intera struttura: i giureconsulti procedettero quasi sempre con questo metodo, di fatto inaugurandolo, e tramite una serie di sentenze essi contribuirono a creare una trama di principi normativi, che avevano il loro fondamento logico nella *esemplarità* del caso.<sup>55</sup>

L'essenza della relazione di somiglianza fra *noto* e *ignoto* nel discorso giuridico romano si ritrova inoltre nella tradizione retorica, ben nota ai giuristi, e ciò è dimostrato dalla citazione delle *res iudicatae* fra le fonti retoriche nella *Rethorica ad Herennium*: in questo breve trattato sull'uso e sull'autorità delle *res iudicatae* viene dimostrato che il metodo di persuasione del giudice può basarsi sull'analogia e sul principio di autorità, il che è prova di un'interessante connessione fra riferimento alla tradizione (tramite l'uso dei precedenti) e fondamento della validità del processo decisionale, ciò che è molto rilevante poiché getta una nuova luce sull'uso del sapere analogico nel diritto, connettendolo in questo modo alle forme di sapere (praticamente tutte quelle esistenti) che trovano negli elementi noti una fonte di legittimazione per la creazione di nuova conoscenza. La tecnica della citazione di decisioni precedenti è particolarmente interessante, inoltre, perché ciò che si ricerca nel giudicato non è tanto la *ratio decidendi*, né la concretizzazione del diritto, ma è piuttosto un *exemplum*, da usare per convincere il giudice a dare una soluzione analoga a quella già data in passato. Il metodo casistico proclama anche il

---

<sup>55</sup> A proposito del metodo casistico e del sistema di ragionamento sviluppato dai *prudentes* a Roma, si veda fra tutti L. Vacca, *Contributo allo studio del metodo casistico nel diritto romano*, Milano (1976).

trionfo della connessione antichissima fra analogia e paradigma, che a partire da Aristotele ha segnato la storia delle forme di sapere analogico.<sup>56</sup>

Il ruolo fondamentale delle *res iudicatae* è confermato dalle riflessioni di Cicerone, il quale, essendo retore prima che giurista, non può fare a meno di enumerare fra gli elementi del *ius civile* non solo le fonti del diritto in senso tecnico, ma anche il complesso di elementi che possono essere fatti valere come mezzi per convincere il giudice, privi di valore perché non vincolanti, ma non meno rilevanti degli altri: “*definitiones aliae sunt partitionum, aliae divisionum; partitionum, cum res ea, quasi in membra discernitur, ut si quis ius civile dicat id esse, quod in legibus, senatus consultis, rebus iudicatis, iuris peritorum auctoritate, edictis magistratu, more, aequitate consistat*”.<sup>57</sup> Il concetto di *ius* in quanto sistema era dunque costituito non da elementi normativi chiaramente predeterminati, ma da tutti quegli elementi integranti le pratiche giuridiche quotidiane, e ciò non significava elementi di persuasione estranei al diritto, bensì discorsi fondati sul diritto stesso: pur non essendo vincolanti per il giudice, sia le *res iudicatae* che i *responsa prudentium* erano già in epoca repubblicana enumerati fra le fonti del diritto romano. Ciò fa assumere a questa analisi del metodo casistico rilevanza sotto un aspetto ulteriore, che tra l’altro è profondamente attuale nel dibattito giusfilosofico statunitense,<sup>58</sup> vale a dire il problema della definizione del fenomeno giuridico, che può essere descritto per lo meno sotto due prospettive; da un lato, quella strettamente formale, per cui è diritto soltanto ciò che è stato formulato precettivamente, dall’altra quella fattuale, per cui possono essere definiti come giuridici tutti quegli elementi che contribuiscono di fatto all’evoluzione del diritto. La dicotomia che oppone pratiche e teorie ha continuato ad essere discussa, fra gli altri da Pomponio (*l. sing. enchiridii*, D. 1, 2, 2, 5), la cui testimonianza riporta una scarsa rilevanza delle fonti normative in senso stretto. La formazione e la stratificazione dello *ius civile*, secondo quanto riportato dal giurista romano, era affidata alla prassi giudiziaria concreta, guidata in primo luogo dall’interpretazione dei *prudentes*. Fra le fonti che compongono lo *ius civile* oltre la legge vi è dunque anche l’interpretazione della

---

<sup>56</sup> Questa è una delle tesi fondamentali di questo lavoro, che sarà sviluppata e approfondita nei prossimi capitoli.

<sup>57</sup> Top. 5,28.

<sup>58</sup> Mi riferisco in particolare a R. Dworkin, *Justice in Robes*, Harvard (2006); le osservazioni di Dworkin in favore della teoria sono la risposta in particolare a Richard Rorty e Cass Sunstein.

legge, insieme con il *mos* e l'*aequitas*, il che risponde ad una concezione del diritto nei termini di un ordine che risulta da una complessità di elementi che interagiscono trasversalmente, e che sono stati talora raccolti in un'espressione pregnante, *traditio*: nel senso di tutto ciò che dal passato è slittato nel presente, e che per un motivo o per un altro assume rilevanza. Questa rilevanza, peraltro, ha una forma molto peculiare, poiché essa è rafforzata anche da una forza aggiuntiva che le deriva dalla prolungata applicazione: il tradizionalismo è ciò che ha condotto alla necessità di subordinare il riconoscimento della singola soluzione casistica in quanto parte del *ius* al suo consolidamento nella prassi interpretativa. All'epoca di Cicerone questa prassi assume particolare importanza: il giovane giureconsulto parla infatti di una *innata vis*, la forza della certezza che consuetudine e diritti acquisiscono proprio grazie alla loro prolungata applicazione.

Alla luce di queste considerazioni, risulta evidente che il problema della rilevanza dai precedenti nel diritto romano è concepita esattamente solo se ad essa si premette un'elaborazione del diritto come scienza, ed è in questo senso che la dimensione archeologica della formazione del sapere analogico nel diritto deve essere intesa. Lo sforzo per la comprensione del diritto in quanto dimensione anche epistemologica e non soltanto ermeneutica conduce alla sua spiegazione come sistema organico e continuo in una dimensione tanto sincronica quanto diacronica.

### **3.1 Dal *responsum* alla *regula***

Il metodo casistico nel sistema giurisprudenziale romano ha permesso al diritto di tenere perennemente aperta la possibilità dell'adeguamento alle novità, in un processo che tuttavia ha mantenuto coerenza e una forma peculiare di continuità (anche attraverso soglie e rotture), in equilibrio con le esigenze della prassi, la quale risente ovviamente dei profondi mutamenti politico-sociali. Il pensiero analogico e le forme di sapere ad esso connesse nella tradizione giuridica romana sono un esempio interessante del modo in cui un metodo si possa trasformare in una vera e propria struttura discorsiva su cui si instaurare meccanismi cognitivi, tanto che molto spesso le questioni legate all'uso dell'analogia e dell'esemplarità nel diritto romano hanno finito per

trasformarsi in un vero e proprio dibattito epistemologico fra i giuristi. Una cosa è certa: il diritto romano si è sviluppato come diritto fondamentalmente giurisprudenziale le cui caratteristiche essenziali possono essere riscontrate nella duttilità e nella coerenza, che si sono realizzate anche in ragione dell'uso di strumenti quale quello analogico, il quale crea riferimenti con il passato in una dinamica di comparazione, adattamento e valutazione della compatibilità con il presente, in questo modo tracciando anche, creativamente, nuove prospettive teoriche. Lo studio critico delle modalità con cui la tradizione giuridica romana ha fatto uso di casi e decisioni precedenti per la regolazione di nuovi casi analoghi deve spingersi oltre la struttura casistica in sé: i meccanismi del diritto giurisprudenziale sono pratiche che hanno infatti una forte connessione con la struttura epistemologica del sistema giuridico intero, essendo il diritto, in questo contesto, un ordine in costante evoluzione e perennemente in ridefinizione.

Il connotato più rilevante del diritto repubblicano e classico consiste in una tradizione giuridica controllata dagli esperti, che hanno contribuito alla creazione di formazioni discorsive che hanno segnato quella che per secoli è stata definita "tradizione": una fitta rete di opinioni, principi e regole, di prassi che in questa rete trovavano un criterio di misura e di validazione. Durante tutta l'epoca repubblicana, la tradizione giuridica ha costituito una vera e propria tela, che i giuristi furono autorizzati a tessere in virtù delle loro competenze, e soprattutto dell'*auctoritas*. *Traditio* e *auctoritas* vanno dunque osservate insieme, come concetti che si sono sviluppati in modo relazionale: l'autorità spesso veniva legittimata dalla tradizione e la tradizione ha trovato nell'autorità una struttura su cui incardinarsi, e ne è stata segnata. Ciò è di particolare interesse se si considera che l'utilizzo di casi precedenti e simili, che abbiamo visto essere espressione del sapere analogico nella tradizione giuridica romana, è espressione sia del richiamo alla *traditio*, sia della del riferimento alla *traditio* in termini di una legittimazione dell'*auctoritas*.

Il metodo casistico consiste inoltre di tutte le tecniche di semplificazione ed astrazione dei principi giuridici a partire dai casi concreti; fra queste, particolare attenzione va dedicata ai *responsi*, quelle soluzioni dei casi pratici discusse pubblicamente dai giuristi, la cui autorità deriva dal singolo precedente e dalla trama di soluzioni ed opinioni accettate anche nella prassi,

attraverso un meccanismo che è stato sancito da un rescritto di Adriano, di cui si parla Gaio:

*“Responsa prudentium sunt sententiae et opinioniones eorum, quibus permissum est iura condere. Quorum omnium si in unum sententiae concurrunt, id quod ita sentiunt, legis vice, optinet; si vero dissentiunt, iudici licet quam velit sententiam sequi: idque rescripto divi Hadriani significatur.”*<sup>59</sup>

Nei *responsi* sui casi singoli si trovano le radici di tutte quelle operazioni di generalizzazione ed astrazione oltre il caso particolare che divennero poi, per gli storici medievali, le tecniche ermeneutiche principali e pure le principali fonti di creazione attraverso la teorizzazione intorno a un problema specifico. Aumentando il livello di generalizzazione nella trasmissione dei principi individuati casisticamente, si arriva alla formazione di *regulae* di carattere casistico, le quali sono un altro elemento fondamentale nella composizione del campo di significato del sapere analogico che archeologicamente si sta tracciando.<sup>60</sup> Le regole iniziarono a rappresentare, già a partire dalle metodologie dei giuristi romani, il massimo grado di semplificazione delle soluzioni casistiche e insieme la ricerca della certezza attraverso la descrizione di principi generali dell'ordinamento.

Nell'elaborazione dei *responsi*, alcuni ritengono che i giuristi romani si appellassero ai precedenti esclusivamente sulla base del principio della *auctoritas*, in tal modo conferendo a tutta la scienza giuridica e al suo sviluppo un carattere essenzialmente irrazionale:<sup>61</sup> il responso, in questo caso, non si esprime in un enunciato motivato, che individui il suo rapporto con il diritto come scienza pratica, ma si fonda essenzialmente sull' *auctoritas*, il che di fatto significa l'impossibilità di individuare, nella fase iniziale della formazione del diritto romano, un sistema di precedenti organizzato razionalmente. Ciò che tra l'altro rende questo fenomeno particolarmente interessante è il rapporto che si viene ad instaurare fra la *ratio decidendi* del singolo caso ed il principio giuridico che da essa viene estrapolato, in una dinamica caratterizzata dalla

---

<sup>59</sup> Gaio, 1,7.

<sup>60</sup> Per un approfondimento sul carattere essenziale della regolarità nella analogia, rimando alla trattazione specifica dell'argomento, nel cap. IX.

<sup>61</sup> Schulz, *Storia della giurisprudenza*, Firenze, 1968.

generalizzazione della soluzione concreta su un livello superiore, il che riconnette questo discorso alla profondità semantica della parola *anà-logia* di cui si è detto nei paragrafi precedenti. L'astrazione oltre il caso singolo porta alla formazione delle *regulae* di carattere casistico, il che significa che, una volta trovata una soluzione per un caso in particolare e dopo che questa è stata messa in forma in un responso, tale soluzione rappresenterà un modello esemplare per gli eventuali altri casi che, in futuro, avranno un carattere simile. Per cui, dall'originario sviluppo del singolo responso, viene a delinearsi un lavoro di "raccolta" degli attributi rilevanti per quel caso all'interno di un principio: questa dinamica è una delle peculiarità del metodo dei giuristi romani, e si è realizzata principalmente attraverso l'uso sistematico dei precedenti.<sup>62</sup>

Nel lavoro dei giuristi dell'età classica, ad esempio in Labeone, i meccanismi appena descritti assunsero una rilevanza tale per cui l'intera tecnica dei giuristi venne a riassumersi nei *libri responsorum, definitionum e regularum*, raccolte di soluzioni improntate su processi di generalizzazione (per cui se un ragionamento vale per un caso, deve valere anche per gli altri casi ad esso simili), costruiti su criteri di probabilità. Questo tipo di lavori, sulla soglia fra soluzioni pratiche e riflessioni teoriche, è ciò che rende il metodo casistico ed il sistema prudenziale particolarmente importanti per la comprensione delle "regolarità", le quali hanno caratterizzato la giurisprudenza classica, caratterizzandola come un discorso basato sulle connessioni fra pratiche e teoria.

La struttura tipica del responso, quale emerge non solo da Labeone ma che dai *libri responsorum* di Scevola, è costruita sulla progressione *casus-quaestio-responsum*, il che di per sé rappresenta una semplificazione il cui intento è di trovare un modello che possa valere per la soluzione anche di fattispecie future, come emerge da quest'altro estratto:

*Regula est, quae rem quae est breviter enarrat. Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat. Per regulam igitur brevis rerum narratio traditur, et, ut ait Sabinus, quasi causae coniectio est, quae simul cum in aliquo vitiata est, perdit officium suum.* (D. 50, 17,1 - Paul. l. 16 ad Plautium)

---

<sup>62</sup> cfr. Letizia Vacca, *Contributo allo studio del metodo casistico nel diritto romano*, Milano, 1976, p. 109-110.



La *regula* ha dunque nella giurisprudenza romana un carattere ibrido, e può essere più cose insieme: “*rem quae est breviter enarrat*” dovrebbe riferirsi alle regole di definizione, mentre “*non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat*” potrebbe rappresentare un tentativo di criticare le regole che hanno assunto un carattere normativo, e al contempo è un invito a leggere lo “*ius quod est*” come la vera e propria matrice della regola.

In conclusione, si è visto che la decisione di un caso ha assunto, nella tradizione romanistica, un significato ben più complesso di quello letterale: con “decisione” si devono intendere, infatti, non solo la sentenza, ma anche le soluzioni proposte dai giuristi e gli atti discrezionali dei magistrati giudicanti che si concretavano nella statuizione del diritto secondo cui andava regolata la singola fattispecie, e pure, a partire dall’epoca del principato, le risoluzioni imperiali prese in relazione ai singoli casi (decreti e rescritti). Una riflessione completa sul metodo casistico deve quindi ampliarsi oltre la rilevanza del precedente e tenere conto dei rapporti fra la soluzione proposta in un caso e quelle elaborate dai giuristi successivi.

#### **4. Sapere analogico fra *auctoritas veterum* ed *utilitas communis***

La *traditio* era dunque, a Roma, un vero e proprio bagaglio di conoscenze, esperienze, certezze formatesi con il tempo, con il potenziale di legittimare meccanismi di produzione di sapere in contesti nuovi e di fronte a casi irrisolti. Si è detto come quello di “*traditio*” fosse un concetto complesso e poliedrico, coincidendo da un lato con l’insieme dei saperi accumulati, e dall’altro con il meccanismo per cui questi saperi potevano essere utilizzati, in questo senso rappresentando una dinamica di auto-osservazione del sistema giuridico *ante-litteram*, per cui all’interno dello stesso sistema, attraverso differenziazioni e soglie di discontinuità, la validità di un ragionamento veniva rafforzata proprio sulla base di elementi già incorporati dal sistema.

Salvio Giuliano ha posto in rilievo un elemento particolare della *traditio*, anch’esso fondativo quanto l’insieme di saperi, di esperienze, e di meccanismi per farne uso: con l’espressione “*auctoritas veterum*” Giuliano si è riferito ad un argomento capace di attestare la validità e la correttezza di un percorso

ermeneutico, fondato sull'evocazione del passato non tanto per la sicurezza del rigore logico, né per uno specifico desiderio di identificazione nei *veteres* dei *prudentes* repubblicani, ma piuttosto per una più generica forza autoritativa del passato. La continuità con il passato, con il "già noto" o il "già deciso" andò dunque a costituire, con il passare del tempo, il fondamento principale della costituenda scienza giuridica romana. L'argomento di tipo autoritativo ("se lo hanno detto in passato figure autorevoli, allora sarà vero"), pur essendo probabilistico, riproduce la dinamica noto-ignoto, fondata su un'inferenza di carattere analogico. Gli argomenti autoritativi, fondati sulla tradizione giurisprudenziale, assunsero un ruolo sempre più centrale nel bagaglio retorico dei giuristi, i quali spesso si trovavano a dover supportare soluzioni la cui congruenza logica appariva "claudicante", ricorrendo dunque - per rispondere a quest'esigenza - a quanto stabilito gli antichi (*veteres*). Inoltre, l'autorità (logica, giuridica e politica) degli antichi veniva spesso invocata in ragione non solo della tradizione, ma anche dell'*utilitas communis*, la quale pure venne a costituire un argomento di attestazione della correttezza di una linea ermeneutica.

La prospettiva giuliana incontrò anche opposizioni in chi, come ad esempio Celso, la riteneva un modello troppo autoritativo rispetto al passato, poiché spesso si incontravano soluzioni passate le quali, seppure recepite dalla consuetudine, erano "*non ratione introductum, sed errore primum*". Il passato in quest'ottica poteva svelare la storia discontinua di cambiamenti radicali, segnati da una fitta trama di errori e da scelte non ragionevoli: in molti casi, infatti, l'*auctoritas* aveva prevalso su un'idea di *ratio* in senso assoluto, assumendo essa stessa il rango di ragione, sebbene di una ragione la cui essenza non risiede nella logica, ma in una sorta di irrazionale convinzione per cui le generazioni passate hanno trasmesso qualcosa di irrinunciabile, che va coltivato e che rappresenta il modello a cui puntare. In Salvio Giuliano questo approccio è invece, come si è detto, piuttosto evidente: il lavoro teorico proposto dal giurista romano è sempre finalizzato a schermare il nuovo con l'antico, e analogia ed esemplarità divengono nella sua prospettiva strumenti perfetti per incrementare questo meccanismo, essendo fondati precisamente sul riferimento a saperi già acquisiti e presi a modello. Davanti ad un caso controverso, Giuliano non ha dubbi: si deve trovare la soluzione guardando all'autorità dei

*veteres*, per procedere nel più rigoroso senso si continuità con i precedenti interpreti della legge Aquilia. Un filo ininterrotto lega il presente al passato, le cui soluzioni, pur se non sempre accettabili, devono comunque essere tenute in massimo conto, essendo la garanzia della solidità della scienza e del suo svolgersi coerente: in ogni forma di sapere tramandato c'è, per Giuliano, la chiave che permette al giurista di espletare le proprie funzioni esattamente. Il rapporto con la tradizione è - a Roma - trasversalmente legato ad un giudizio razionalistico sui suoi contenuti; durante l'impero di Adriano, periodo in cui Giuliano scrive, la consapevolezza di vivere in un presente più civile e giusto veniva ispirata dal potere imperiale, e gli intellettuali contribuivano in modo decisivo a diffondere l'immagine di un'età felice e lanciata verso il progresso, in cui il riferimento al passato poteva arrivare ad assumere, in modo assai più superficiale, i toni dell'omaggio di maniera. Le certezze del presente andavano a poggiarsi sui modelli epistemici del passato, di cui non necessariamente andavano esplorate le *rationes*, poiché l'autorità del passato e la sua esemplarità erano gli strumenti tramite cui si poteva realizzare l'*utilitas commune*, sulla quale avevano d'altronde già insistito i giuristi in età augustea, come risulta da un passo tratto dal *De inventione* di Cicerone:

*"iustitia est habitus communi utilitate conservata suam suique tribuens dignitatem, Eius initium est a natura profectum: deinde quaedam in consuetudinem ex utilitatis ratione venerunt: postea res ab natura et ab consuetudine probatas legum metus et religio sanxit."*

## **5. Continuità e discontinuità nella tela dei concetti**

Se è vero che l'ana-logica è il luogo della comparazione, dell'adattamento, delle simmetrie della compatibilità, allora per comprenderne fino in fondo i meccanismi il diritto romano è ciò da cui si deve partire. Ragionamento e predicazione analogici sono strumenti che mostrano la grande capacità dei giuristi romani di annodare il nuovo all'antico, di intrecciare alle vecchie formule giuridiche quelle di nuova creazione.<sup>63</sup> In questi processi vi sono dinamiche fatte di un fluire continuo, in cui anche gli intervalli sono

---

<sup>63</sup> M. Bretone e M. Talamanca, *Il diritto in Grecia e a Roma*, Roma-Bari, Laterza (1981), p. 99.

elementi di una continuità su cui costruire una tradizione, e più largamente appartengono a una *scienza* giuridica vera e propria, che non è solo ricerca erudita o antiquaria, costruendosi anche come storia che nel presente sceglie i suoi oggetti, con lo sguardo rivolto alle continuità con il passato. Non a caso, proprio alla rilevanza della profondità storica guarda Savigny quando parla del calcolo dei concetti, riferendosi a qualcosa di completamente differente dalle definizioni del razionalismo giuridico. Il concetto, quello analogico in particolare, è ciò che coglie “la forma individuale del molteplice”; ogni concetto analogico nasconde profondamente un’unità,<sup>64</sup> che può essere colta sul livello storico-discorsivo e non su quello dimostrativo e a-storico. Nella tradizione romanistica, i concetti si generano nel rapporto fra la teoria e la pratica, da cui emergono la “conoscenza sicura dei principii-guida” e la “certezza ed efficacia” dell’interpretazione e della applicazione del diritto.<sup>65</sup> Il connotato più importante del diritto in questo quadro è la tradizione, controllata dagli esperti, intorno alla quale vengono costruite le argomentazioni, e che consiste in un corpo complesso di regole ed opinioni, sviluppate tramite meccanismi di razionalizzazione, molto spesso riguardanti temi di diritto privato (come eredità e proprietà). Nella *traditio* trovano un criterio di misura sia la prassi sia il singolo elemento normativo, che per adattarsi a nuovi contesti viene modificato in una dinamica di continuità discontinua.<sup>66</sup> Il movimento da e verso la tradizione è metaforicamente raffigurabile con una tela, che i giuristi, abilitati dalla loro competenza tecnica e dall’*auctoritas*, erano chiamati a tessere al fine di garantire la stabilità del sistema e l’omogeneità dell’ordine malgrado le sue differenze. La *traditio* ha acquistato con il tempo lo *status* di vero e proprio paradigma: il passato, ciò che è stato detto, deciso, descritto, stabilito, ha il potenziale per dire, decidere, descrivere, e definire il presente, in questo modo offrendo uno strumento per controllare concettualmente le novità: attraverso la dialettica fra logica e analogia si può dunque non soltanto ragionare, ma anche conoscere. D’altra parte, l’inclinazione tradizionalistica non ha mai lasciato in disparte la dinamica del mutamento, che anzi è stata in essa incorporata; il

---

<sup>64</sup> F. von Savigny, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1814, Heidelberg (1840), p.29.

<sup>65</sup> Von Savigny, *ibidem*, pp. 28-29.

<sup>66</sup> A proposito delle “continuità discontinue”, si veda E. Resta, *Diritto vivente*: Roma-Bari, Laterza (2007).

passato non si sovrappone al presente senza conservarne l'identità, ma ne costituisce piuttosto un modello, un metro di riferimento e di misura.

La pratica dei responsi è stato proprio uno dei campi di maggior diffusione del meccanismo di tessitura dei concetti fra prassi e teoria; il "consigliare" su questioni giuridiche era infatti, soprattutto in epoca classica, una delle attività in cui si veniva a concentrare massimamente la ricerca di una soluzione concreta e insieme la spinta verso la teorizzazione, in una dimensione intermedia fra concretezza ed astrazione, fra forma e contenuto, che è proprio quella in cui i concetti prendono forma. I responsi finivano, come già si è anticipato, per costituire un riferimento della regolarità per la vita di comunità, per i dibattiti dei giuristi, e pure per i singoli individui. L'utilità dei responsi rimase invariata anche dopo l'epoca tardo-repubblicana, in cui lentamente il contatto dei giuristi con i cittadini iniziò a sfumare e i giureconsulti iniziarono a collaborare con il principe all'attività normativa. La tipologia ed il contesto delle soluzioni ricercate mutò, ma il richiamo al passato e alla tradizione rimase invariato.<sup>67</sup> La giurisprudenza romana, grazie al metodo casistico, alla tela dei concetti e al rispetto per la tradizione, si sviluppò dunque attraverso diverse fasi come "insieme coerente e (in una certa misura) stabile di istituti e di massime prescrittive con un grado molto diverso di generalizzazione", e su questo insieme teorico-conoscitivo si cristallizzarono in modo continuo nuovi problemi, con la seguente ricerca di nuove soluzioni.<sup>68</sup>

## 6. Analogo come *proximum* e *consequens*

Le tecniche per mezzo delle quali i giuristi romani hanno contribuito a sviluppare una tradizione giuridica costitutivamente intersecata alle tecniche interpretative ha dato vita al *corpus* del diritto romano. Tale *corpus* si è sviluppato prima di tutto come strumento per governare le differenze.<sup>69</sup> Molti dei caratteri del sistema giuridico romano si sono infatti sviluppati in reazione

---

<sup>67</sup> Bretone-Talamanca, *Il diritto in Grecia e a Roma*, Roma-Bari (1981), p.131.

<sup>68</sup> F. Wieacker, *Zur Rolle des Arguments in der römischen Jurisprudenz*, in *Festschrift Kaser*, München (1976), p. 8.

<sup>69</sup> Cfr. Clifford Ando, *Law, Language and Empire in the Roman Tradition*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia (2011). Il fatto che la struttura di ordine prenda forma soprattutto quando vi siano da governare delle differenze è un'assunto intuitivamente ovvio, ma logicamente fondamentale per comprendere la natura sistematica del diritto, come si dirà meglio nel cap. IV.

alle sfide che giuristi e uomini politici romani hanno dovuto affrontare quando il sistema giuridico, pensato originariamente per la sola città di Roma ed il suo nucleo urbano, si è trovato a servire da strumento per il governo di popoli e culture appartenenti a tradizioni differenti. Queste sfide si sono tradotte in una forte attenzione per le tecniche applicative ed interpretative del diritto, fra tutte in particolare del pensiero analogico attraverso l'uso dei precedenti, in un quadro naturalmente disomogeneo (culturali, storiche, sociali). Per rispondere all'esigenza di regolamentare un sistema di fronte alle questioni poste dal pluralismo giuridico risultante dall'allargamento, due fra i meccanismi usati con più frequenza furono l'analogia e la finzione.

Ad esempio, nel tardo secolo I d.C, a seguito di una decisione del governo centrale le città spagnole vennero incorporate nel governo dell'Impero e considerate da allora in poi come città romane. Secondo un capitolo della *lex Flavia municipalis*, le leggi e i ricorsi dovevano essere trattati nelle città spagnole esattamente *come se* un pretore del popolo romano avesse ordinato che il caso fosse deciso nella città di Roma fra cittadini romani: applicando i modelli di Roma, la giustizia veniva amministrata dai pretori romani esattamente secondo uno schema replicativo del *già esistente e già noto*. Il diritto era amministrato in Spagna *come se* ci si trovasse a Roma, con una finzione basata su una forma di pensiero analogica. I due contesti avevano infatti aspetti comuni essendo entrambi sistemi bisognosi di avere un'amministrazione giudiziaria e potendosi per questo applicare sulla base di questa somiglianza, per esigenze di carattere giuridico e politico, il modello centrale anche alle periferie. Al *nuovo* si applicava ciò che si applicava al *non nuovo*, secondo un processo giustificabile sulla base della rilevanza degli aspetti comuni e dalla ricerca di certezza nella prospettiva di ciò che è più utile per l'Impero.<sup>70</sup> I magistrati romani, formati nell'ambiente culturale di Roma, ebbero la tendenza a guardare alle soluzioni e alle definizioni già depositate nella tradizione, come riporta Clifford Ando:<sup>71</sup> *"Roman magistrates [...], alien, as it were, to the cultures that they governed, would have turned quickly to the familiar over against the foreign. As a formal matter, I shall*

---

<sup>70</sup> Queste sono le forme, anche più implicite, che il pensiero analogico ha assunto, e dalle quali si sono evolute anche le forme di sapere fondate su questa tipologia di pensiero, che per affinità abbiamo definito "sapere analogico".

<sup>71</sup> C. Ando, *Law, Language and Empire in the Roman Tradition*, UPenn Press, Philadelphia, 2011, p. 11.

*urge, this application of Roman law occurred through the massive deployment of transpositions, whether reified in any given case through analogy, fiction, substitution or some other operation."*

Questo tipo di inclinazione risulta anche da un testo di Giuliano:<sup>72</sup>

*"De quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodiri oportet, quod moribus et consuetudine indictum est: et si qua in re hoc deficeret, tunc quod proximum et consequens ei est: si nec id quidem appareat, tunc ius, quo urbs Roma utitur, servari oportet."*

Nei casi per cui non esiste alcuna legge scritta, si deve rispettare la pratica affermatasi nella consuetudine, e se questa risulta a sua volta insufficiente allora ci si deve attenere a ciò che è il più possibile prossimo e seguirne la traccia. Il pensiero analogico nasce quindi nella relazionalità, dove vi sia continuità fra gli elementi, e si manifesta nella approssimazione, proprio perché l'identità non esiste. L'analogo è nel Digesto "*proximum et consequens*".

---

<sup>72</sup> *Digesto*, Libro 84.





## CAPITOLO SECONDO

### *PREDICAZIONE*

*Omne enim aequivocum reducitur ad univocum,  
sicut multa ad unum.*<sup>73</sup>

#### **1. Polisemiotica**

Apriamo questo capitolo con una sommaria ricapitolazione di quanto detto finora: si è tentato di giustificare una ricerca sulle funzioni dell'analogia nel diritto oggi, ripartendo da alcuni dei punti che hanno fatto dell'analogia un tema discusso già nel pensiero classico. Inoltre, proprio al fine di riaprire il discorso sull'analogia evitando di riconsegnarlo esclusivamente alla logica elementare, il tema viene affrontato partendo dall'idea di *campo*, in cui sono ricomprese questioni che riguardano tanto il rapporto fra forma e contenuto nel linguaggio giuridico, quanto la relazione fra interpretazione e conoscenza nel diritto. L'analogia è anzitutto un tipo di concetto, il concetto analogico, una categoria definita a partire dal pensiero medievale come alternativa alla coppia concetti univoci-concetti equivoci; ma "analogia" è anche un tipo di argomento, e "analogico" è un tipo di giudizio, che ha nell'argomento analogico o in un concetto analogico il proprio fondamento; oppure analogica può essere una forma di predicazione. Per cui, l'analogia è un tema che serve ad esplorare diverse dimensioni del pensiero e delle pratiche giuridiche, dall'ermeneutica alle teorie del significato, dalla dimensione empirica ai tentativi di fondare un sapere giuridico. Fra tutti gli aspetti finora intervenuti nel discorso, in questo capitolo si tenta di approfondire in particolare quello della predicazione, a partire dalla storia della predicazione analogica come forma di predicazione a

---

<sup>73</sup> Tommaso d'Aquino, *Summa Theologica*, I P., q. xiii, art. 5.

sé rispetto a quella ordinaria: la questione dei nomi divini, la *teonimia*, è infatti un nucleo da cui si sono generate dispute sulla divergenza fra campo dell'interpretazione e campo della conoscenza, e il problema di trovare gli attributi adatti a parlare di Dio, nel Medioevo, ha rappresentato il nucleo del rapporto fra metafisica e ontoteologia, ovvero fra lo studio sull'essere e lo studio delle classificazioni degli enti, una relazione che si origina in filosofia e poi si riproduce in teologia, ma che si ritrova anche nel diritto a proposito del rapporto fra l'essenza e la natura della giuridicità e gli elementi che compongono un ordinamento.<sup>74</sup> La teologia è la dimensione originale da cui partire per comprendere a fondo la rilevanza dell'uso predicativo dell'analogia, poiché è in essa che si sono sviluppate l'allegoria ed il simbolismo, luoghi naturali dell'analogia, due fra i principi fondamentali delle relazioni fra rappresentazione, linguaggio, interpretazione, significato, tutti temi centrali per l'analogia giuridica, che si sono concentrati già a partire dal pensiero medievale in una serie di discorsi noti come le "teorie medievali dell'analogia".<sup>75</sup>

---

<sup>74</sup> Come si dirà più approfonditamente nel capitolo dedicato alla natura. A proposito del rapporto fra metafisica e ontoteologia si veda J.F. Courtine, *Inventio Analogiae. Métaphysique et ontothéologie*, Librairie Philosophique J. Vrin, Parigi (2005). Va oltretutto precisato che il termine latino '*analogia*', secondo gli scritti di Tommaso d'Aquino, indica il metodo finalizzato a mostrare che una parte delle scritture non fosse in contraddizione con un'altra. In retorica, '*analogia*' indica invece il metodo di chiarire un dubbio su una parola facendo riferimento ad un caso simile e più noto (sul quale vi sia maggiore certezza). Diversi teologi durante il XII secolo usano il termine in questo senso. Nelle traduzioni di Pseudo-Dionigi troviamo un senso ancora diverso: il termine viene riferito alla capacità di un essere di partecipare della perfezione divina, poiché capace di essere messo in relazione con esseri di rango sia superiore che inferiore. In questa linea si osserva una inclinazione ontologica dell'*analogia*, che funziona da meccanismo per la categorizzazione degli esseri. Per i logici medievali, sia il termine che il concetto principale ad esso riferito hanno un legame profondo ed inscindibile con la '*proportio*'; in particolare, ad una comparazione fra due proporzioni. In ogni caso, il legame con la proporzionalità non si riduce a questo. Infatti, già intorno al 1220 il termine '*analogia*' viene legato molto spesso all'espressione "in un senso che è sia a priori che a posteriori"; intorno al 1250, tutti i termini descritti attraverso una comparazione di proporzioni sono generalmente tenuti distinti dai termini i cui referenti sono identificati in rapporto ad un senso già esistente (a priori) o del tutto inesistente (che dunque è definito a posteriori). E' quella che normalmente viene descritta come la distinzione fra analogia di proporzione (caso anteriore) e di attribuzione (secondo caso, quello che implica un termine primario e uno secondario - detti "*prior*" e "*posterior*").

<sup>75</sup> Con l'espressione "teorie medievali dell'analogia" si fa generalmente riferimento non tanto ad ontologie, ma a varie dottrine di logica e linguistica che, dal XIV secolo in avanti, sono state integrate dallo studio dei concetti teologici in particolare, ma anche di natura metafisica. Le teorie medievali sulla analogia si svilupparono come reazioni a problemi tipici di tre aree della filosofia: la logica, la teologia e la metafisica, ma la ragione principale per lo studio dell'analogia nel Medioevo fu la necessità di trovare strumenti per la descrizione di Dio. I logici tentavano di comprendere gli usi possibili delle parole il cui significato non era preciso (o era vago); i teologi erano impegnati sul linguaggio e le sue relazioni con Dio. Si discuteva di come si potesse parlare di un essere trascendente senza alterare il senso delle parole usate per descriverlo. I discorsi sulla metafisica riguardavano la realtà: come si può affermare che sostanze ed accidenti

Una riflessione sulla teonimia è anzitutto una riflessione sulla *polisemiotica*, poiché la religione ha consegnato alla civiltà, fra le altre cose, il principio ermeneutico del significato molteplice e “polisemo”.<sup>76</sup> Il fatto che ad un termine o ad un’espressione si possano attribuire molteplici sfumature di significato in base al contesto di riferimento è, evidentemente, una delle ragioni per cui il pensiero analogico ha assunto una tale rilevanza nei processi applicativi, decisionali ed interpretativi nel diritto. La polisemia appartiene alla dimensione emotivo-valutativa tanto quanto a quella razionale-cognitiva.<sup>77</sup>

Il movimento oscillatorio fra interpretazione e conoscenza si riflette anche sul rapporto denotazione - connotazione: in una dimensione esclusivamente interpretativa, i simboli hanno un significato “connotativo”, per quanto arricchito dalla polisemiosi; in una dimensione conoscitiva, invece, i simboli hanno un significato “denotativo”. Il linguaggio dell’interpretazione somiglia più a quello della musica o della matematica che a quello della conoscenza, che è al contrario scientifico: la distinzione fra conoscenza ed interpretazione corrisponde per certi aspetti a quella che Kant ha descritto fra giudizio “riflettente” e giudizio “determinante”, cioè fra ambito di competenza dell’intelletto e ambito della ragione.<sup>78</sup>

---

esistono nello stesso tempo, se l’una dipende dall’altra? Come si può sostenere che Dio e le creature che popolano il mondo esistono, quando le une sono create dall’altro?

<sup>76</sup> ‘Polisemo’ è un termine dantesco. Come ha ricordato Enzo Melandri (*La linea e il circolo*, Macerata, 2004, p. 71), nel raccomandare la sua opera a Cangrande, Dante dice che “*iustis operis non est simplex sensus, ymo dici potest polisemos, hoc est plurium sensuum*”. Dante, Lettera a Cangrande, in *Opere di Dante*, Firenze, 1921, Epistola *xiii*.

<sup>77</sup> L’ambiguità del problema della polisemia si ritrova anche in altre dimensioni, come ad esempio nella critica artistica come contrario della scienza. Ogni questione che finisce per identificarsi con una forma di criticismo, infatti, ha sfiorato almeno una volta il problema della possibilità conoscitiva dell’arte, così come è accaduto spesso che la differenza fra interpretazione e conoscenza sia stata identificata con quella sussistente fra arte e scienza. Forse ingenuamente: chi crede che l’arte (o un’interpretazione creativa) non contenga alcuna forma di conoscenza e la scienza non presupponga un’ermeneutica dimostra tanto una cattiva sensibilità per l’arte quanto una superficiale fiducia nella scienza (Melandri, *ibidem*, p. 73).

<sup>78</sup> Aristotele aveva invece operato la sua classificazione dei giudizi basandosi sulla *quantità* (il giudizio si divide in universale, particolare, individuale o singolare), la *qualità* (secondo la modalità della relazione tra soggetto e predicato il giudizio può essere affermativo o negativo), la *relazione* (secondo la relazione in sé il giudizio si distingue in categorico, ipotetico, disgiuntivo) e la *modalità* (secondo la modalità della relazione il giudizio si divide in “apodittico” - se la relazione è necessaria, significando “apodittico” qualcosa che è atto a dimostrare per forza di evidenza, per principi di ragionamento, senza che ci sia bisogno di prove di fatto; ed “assertorio”, se la relazione è reale, “problematico” se la relazione è contingente o possibile. Le quattro principali classi di giudizio possono interferire tra loro dando luogo a ulteriori divisioni, fra cui quella fondamentale è basata sull’interferenza fra quantità e qualità: vi sono quindi 4 specie principali di giudizi: universali affermativi, universali negativi, particolare o singolari positivi, particolari o singolari negativi. Kant, dal canto suo, divide i giudizi in due tipi fondamentali: analitici e sintetici. Analitici e *a priori* sono i giudizi che nel

## 1.1 Il linguaggio analogico e i suoi usi

Dopo queste premesse, possiamo tornare alla descrizione degli approcci al linguaggio che durante il Medioevo hanno avuto una particolare influenza,<sup>79</sup> per passare solo in un secondo momento a stabilire il nesso fra lo sfondo della storia intellettuale durante il Medioevo e la sua influenza sullo sviluppo delle teorie medievali sull'analogia. Le teorie medievali sul significato erano profondamente influenzate dal problema della *natura* degli oggetti, e in particolare della natura *comune* di alcuni oggetti; secondo alcune scuole, il significato primario di un nome comune doveva corrispondere alla sua natura, mentre il significato secondario era legato al fatto di possedere quella precisa natura, ad esempio per Tommaso D'Aquino il significato (*significatum*) di un termine era la concezione (semplice o complessa) che l'intelletto ha di quel termine; la *res significata* era invece la proprietà o la natura caratterizzante

---

predicato pongono in evidenza un attributo del concetto già contenuto nella sua definizione (ad esempio nell'espressione "i corpi sono estesi", l'estensione è già contenuta nella definizione e nel concetto di corpo). *Sintetici* sono invece i giudizi in cui il predicato è aggiunto al soggetto in base all'esperienza, che di fatto attesta che un determinato predicato gli appartiene (es. "i corpi sono pesanti"). I giudizi sintetici sono a priori, se il fondamento della sintesi è dato dalle categorie; sono a posteriori se il fondamento della sintesi è dato esclusivamente dall'esperienza sensibile; altra distinzione è quella per cui i giudizi analitici sono dichiarativi mentre quelli sintetici sono estensivi del sapere.

<sup>79</sup> La tradizione teologica del XII secolo è una fonte importante per lo sviluppo della dottrina sull'analogia. Il lavoro dei teologi durante questa fase storica si è concentrato sul problema del linguaggio divino e del linguaggio per la descrizione del divino. Gilbert de la Porrée (anche noto come Gilberto Porretano) e Alain de Lille (anche noto come Alano di Lilla), fra gli altri, hanno iniziato ad interessarsi ai lavori sulla Trinità di Sant'Agostino e di Boezio. Questi autori insistevano nel riconoscere in Dio una sostanziale semplicità e nell'evitare distinzioni fra l'essenza di Dio e la sua esistenza, fra Dio e le sue proprietà. Durante questo periodo si ritornò a studiare i teologi greci, i quali avevano insistito soprattutto sulla trascendenza di Dio e sulla teoria che fu in seguito definita "teologia negativa", secondo cui non può affermarsi nulla di positivo su Dio, perché non si conosce nulla di un essere trascendente. Da queste teorie si svilupparono non poche questioni in filosofia: dire che "Dio è la giustizia" equivale a dire che "Dio è giusto"? Dire che "Dio è giusto" equivale a dire che "Dio è buono"? Tutto ciò ha costituito la premessa per gli sviluppi successivi delle teorie del linguaggio - e della funzione della analogia nel pensiero - anche nei secoli successivi. A fianco alla teologia, un altro campo decisivo per lo sviluppo delle dottrine sulla analogia è stata la metafisica. Durante il XII secolo si lavorò moltissimo sulla *Metafisica* di Aristotele e sulle questioni poste da questo testo sull'ontologia e sul linguaggio. La prima parte della *Metafisica* era stata completamente tradotta già a metà del XII secolo, sebbene il testo integrale fu ricostruito solo gradualmente. Uno dei passaggi centrali per comprendere la rilevanza della *Metafisica* per la teoria della analogia è 4.2 (1003a33-35): "Vi sono molti sensi (*multis modis*) in cui un essere (*ens*) può essere detto, ma sono legati ad un punto centrale (ad unum), un tipo di cose ben definito, e non sono equivoci (...)" (cfr. *Metafisica*, trad. a cura di Giovanni Reale).

l'oggetto, mentre il referente (*suppositum*) era l'oggetto individuale esterno in sé, segnato dalle proprietà.

D'altro canto, Guglielmo d'Ockham e i suoi seguaci non solo negarono l'esistenza di "nature" comuni agli oggetti, ma insistettero sul fatto che le parole non possono significare concetti. Oltre ad avere dei significati, i termini avevano anche dei *modi significandi* che legati alle funzioni logiche e grammaticali dei termini e inclusivi di caratteristiche accidentali come essere un nome, un verbo, un aggettivo e altre caratteristiche accidentali come quelle riferite al tempo, al genere o al caso. Essi includevano inoltre le modalità della predicazione, che nel Medioevo era basata principalmente sulle categorie aristoteliche, come la *sostanza*, la *qualità*, la *quantità*, la *relazione* (e così via), corrispondendo ciascuna ad una natura e a un senso fissato, per cui un termine che non rientrasse nel quadro delle categorie aristoteliche aveva bisogno di una considerazione particolare. La questione della collocabilità di un ente in relazione alle categorie veniva avvertita in particolare nella teologia, poichè Dio era pensato e rappresentato nel pensiero medievale come trascendente le categorie, il che ne rendeva molto discussa la rispondenza ai criteri categorici. Come si può predicare qualcosa *su* Dio, quando questo concetto non rientra in nessuna delle categorie generalmente usate per *dire qualcosa di qualcos'altro*? Il medesimo problema, peraltro, venne discusso a proposito di altri termini caratterizzati da una forte accezione metafisica, come 'essere e 'bene'. Trascendendo le categorie, non essendo descrivibili né definibili in funzione di alcuna categoria, non corrispondendo nemmeno ad alcuna *natura* - che in qualche modo avrebbe potuto fare salva la necessità di dire qualcosa su di essi, questo tipo di termini ha spinto filosofi e teologi a ricorrere a nuovi meccanismi di descrizione; è in questo quadro che l'analogia ha assunto rilevanza sempre crescente, una rilevanza proporzionale alla complessità dell'ente da descrivere e alla sua distanza dalla realtà (in un certo senso alla sua *inconoscibilità*).

Il quadro intellettuale medievale era anche senz'altro caratterizzato dall'influenza del bagaglio ereditato dal patrimonio culturale latino. Se durante l'alto Medioevo la diffusione della conoscenza era limitata ai monasteri, e non si aveva un grande accesso ai testi antichi, tale condizione cambiò radicalmente intorno all'inizio del tredicesimo secolo, quando le prime università (Oxford, Bologna, Parigi) furono fondate e iniziò la riscoperta dei testi aristotelici

fondamentali. Una delle fonti principali nel Medioevo per lo studio della analogia furono i testi classici di logica. Fino all'inizio del dodicesimo secolo, le sole sezioni dei testi aristotelici disponibili in latino erano le *Categorie* e il *Peri Hermeneias*, in aggiunta a qualche altro scritto rilevante per lo studio della logica e dei meccanismi linguistici, come i lavori di Boezio. Com'è noto, le *Categorie* si aprono con un discorso sull'uso *equivoco* ed *univoco* dei termini, ed è questa distinzione a rappresentare l'aspetto più importante per la teoria e anche per l'uso della analogia nelle pratiche del linguaggio. In cosa consiste questa distinzione? Il termine equivoco include anche i suoi omonimi (termini con la stessa forma ma significati differenti), è dunque polisemico, ovvero al singolo termine corrispondono multipli significati, essendo l'equivocità il carattere proprio di termini o proposizioni che danno adito a interpretazioni diverse.<sup>80</sup> Al contrario, l'univocità è la proprietà di ciò che ha un solo significato, senza possibili ambiguità. Intorno alla metà del dodicesimo secolo, quasi tutti i testi di logica di Aristotele erano stati recuperati, compresi gli *Elenchi Sofistici*, che sono la sezione dell'*Organon* in cui si trova la descrizione dei tre tipi di equivocazione e del modo in cui questi generano fallacia nella logica. Durante tutto il Medioevo, la discussione sui termini ed i concetti analogici ha fatto parte di questa più vasta cornice, quella della relazione fra univocità ed equivocità già descritta da Aristotele e dai suoi commentatori, ed è a partire da questa dicotomia che l'ana-logica ha assunto rilevanza, come si dirà, nel processo di descrizione di Dio. La ricerca di attributi adatti al contesto della descrizione, e le cautele nell'uso di termini da riferire ad un essere non conoscibile, sono state le due caratteristiche essenziali dello sviluppo della predicazione attraverso l'analogia durante il Medioevo.

## **1.2 Erklären e Verstehen: esplicazione e comprensione**

Nell'universo plurisenso di cui la polisemia è una componente fondamentale, l'analogia è uno dei fondamenti dell'ermeneutica, poiché soltanto il principio di analogia permette di comporre senza contraddizione l'equivocità: il pensiero analogico si pone in una dimensione in cui la chiarificazione passa sempre attraverso una dimensione di rappresentazione.

---

<sup>80</sup> Per i pensatori medievali, inoltre, erano equivoci i nomi propri, portati da persone diverse.

L'ermeneutica come la conosciamo oggi è nato in Germania all'inizio del 1800, periodo in cui autori come Schleiermacher hanno studiato il processo interpretativo in quanto processo finalizzato alla comprensione di un testo. Nel diciannovesimo secolo la questione principale dell'ermeneutica è corrisposta al problema di "capire un autore meglio di se stesso", e tale idea aveva senz'altro un'origine molto antica, forse coeva con l'umanità stessa.<sup>81</sup> Senza l'interpretazione, non vi sarebbe comprensione, non vi sarebbe *Verstehen*, come ha fatto notare Dilthey collegando il problema della comprensione a quello dell'interpretazione: tutta la logica dell'ermeneutica, peraltro, deve fondarsi sul principio di analogia, poiché esso implica la possibilità del confronto, della ricerca della compatibilità attraverso la ponderazione di uguaglianze e differenze; senza analogia resta escluso il confronto fra gli individui, fra gli elementi, o fra le proposizioni. Riprendendo Schleiermacher, Dilthey ha inoltre osservato che il confronto analogico si fonda sul fatto che le differenze fra due discorsi non sono mai così tanto qualitative e così irriducibili da non potersi ricomporre in differenze di grado: in base al principio di analogia, ogni elemento risulta essere ad un tempo parte e tutto, un sotto-insieme dell'insieme che lo contiene e una parte proiettivamente equivalente al tutto.<sup>82</sup> Per cui, una delle aporie segnalate dalla tradizione ermeneutica tedesca del diciannovesimo secolo, ovvero l'opposizione fra *Verstehen* ed *Erklären*, si risolve proprio nel principio di analogia, il quale mette in relazione l'esplicazione, intesa come spiegazione causale, e la comprensione, intesa come spiegazione simpatetica. L'analogia è dunque il fondamento dell'ermeneutica perché in essa il mezzo ed il fine sono la comprensione delle alterità: l'ana-logica funge dunque da terzo incluso fra *Verstehen* ed *Erklären*, e la logica che ne deriva permette l'unificazione sul piano trascendentale di natura e spirito, così come sul piano logico quella del piano descrittivo con il piano esplicativo, tanto che Melandri, riprendendo proprio questi temi dell'ermeneutica tedesca, ha definito "trascrittivo" il pensiero analogico. In esso infatti convergono la descrizione (sotto forma di predicazione, che come si è anticipato è una delle componenti del *campo* analogico) e l'esplicazione (sotto forma prima di concetto, e poi di

---

<sup>81</sup> Cfr. O. F. Bollnow, *Das Verstehen, Drei Aufsätze zur Theorie der Geisteswissenschaften*, Mainz (1949), [Was heisst, einen Schriftsteller besser verstehen, als er sich selbst verstanden hat?].

<sup>82</sup> W. Dilthey, *Die Entstehung der Hermeneutik* (1900).

giudizio). Nell'ana-logica la comprensione e la spiegazione coesistono, poiché per entrambe le dinamiche si tratta di trovare una soluzione pratica e di cercarla nelle intersezioni fra realtà e teoria. Il principio ermeneutico della polisemia e la ricomprensione nell'ermeneutica del contrasto fra comprensione ed esplicazione danno dunque nuova rilevanza al pensiero analogico e contribuiscono inoltre a definirlo anche come sapere (la dicotomia *Verstehen-Erklären* riguarda proprio questo); fra i luoghi naturali dell'analogia vi è dunque, come confermato in special modo dalle ultime osservazioni, il linguaggio. Più specificamente, vi sono alcune figure che rientrano in questa più vasta macrocategoria, che aiutano a connettere quanto accennato a proposito della polisemia: fra queste, allegoria e simbolo hanno una posizione preminente.

## **2. Analogia, allegoria, simbologia**

Sebbene sia fondata sull'analogia, l'allegoria non è in se stessa un concetto puramente analogico, in quanto ogni allegoria è analogica, ma non ogni analogia è allegorica. Nell'allegoria, l'analogia funge da criterio esplicativo, ma ciò che si deve spiegare (il cosiddetto *explanandum*) non si risolve solo nella spiegazione. Nel contesto operativo dell'allegoria, il rapporto fra criterio esplicativo (*explanans*) ed *explanandum* comprende anche l'*explanatum* - esso non coincide con ciò che deve essere spiegato, ma comprende anche tutto un campo di riferimento intorno ad esso, comprensivo dell'*explanandum* e del contesto in cui questo si inserisce. In questo consiste una delle principali differenze fra allegoria e simbolo, il quale d'altra parte è un'altro elemento chiave nel discorso analogico; nella allegoria, è sempre presente un tema che fa da sfondo all'immagine (l'immagine "allegorica"), e anche all'azione. Per cui immagini ed azioni si susseguono su uno sfondo che è descritto dal tema, il quale è una forma di conoscenza discorsiva (una sorta di *dianoia* platonica) in grado di trasformare l'immagine (o simbolo) nell'allegoria. Ciò che ad esempio accade nel mito, dove i simboli richiedono una spiegazione allegorica, che l'analogia da sola non potrebbe fornire; l'allegoria richiede quindi la spiegazione di tutto un "residuo" allegorico, che è un riferimento al mondo esterno, e che esula dal pensiero analogico in sé. Tutta questa



dimensione dianoica non è presente nel simbolo, che è al contrario essenzialmente immagine rappresentativa.

Allegoria e simbologia si distinguono anche per un altro aspetto: interessando la spiegazione della narrazione allegorica, l'allegoria consiste in un'operazione di razionalizzazione, mentre il simbolismo, in quanto operazione inversa, concentrando tutta la discorsività nella capacità rappresentativa dell'immagine, è una forma di regressione. Il simbolo è inoltre profondamente connesso con la metafora, il che conferma la sua stretta affinità anche con l'analogia (la quale, già a partire da Aristotele, è stata avvicinata alla metafora); se oltrepassa la sua capacità di raffigurare una certa cosa e soltanto quella, un'immagine può essere definita 'simbolo'. Superando il limite denotativo della sola raffigurazione e procedendo oltre, a significare - per via della propria caratterizzazione - qualcosa d'altro e di differente, anche il simbolo può allora essere usato metaforicamente: ciò che accomuna simbolo e metafora è la capacità di aprire possibilità semantiche oltre il piano letterale. Fra allegoria e metafora, d'altro canto, la distinzione è più chiara: l'allegoria è la parafrasi di una metafora, per cui fungendo il simbolo da veicolo per il processo metaforico, l'allegoria corrisponde al discorso che media fra simbolo e significato reale. L'allegoria, quindi, è prima di tutto caratterizzata da una dimensione narrativo-discorsiva che non è presente né nel simbolo, né nella metafora. Quest'ultima corrisponderebbe in logica ad un concetto, mentre l'allegoria ad una proposizione, poiché essa, avendo una struttura narrativa che include simbolo (immagine singola) e narrazione, può anche essere assertoria. Se da un lato tutti e tre possono dunque considerarsi analogici, rimane comunque il fatto che metafora, simbolo ed allegoria sono costitutivamente differenti nel fatto che l'allegoria comprende un elemento di narratività che negli altri due non è presente; Hans Blumenberg lo ha sostenuto quando, parlando della dimensione metaforica del pensiero e del discorso, ha paragonato il mito ad una forma di "metafora assoluta", ovvero ad un significato irriducibile per mezzo di un'esegesi allegorica. In questo senso, la profonda connessione fra metafora e simbolo, inteso quest'ultimo come limite o complemento e residuo della allegoresi, è il presupposto che sta alla base di ogni discorso metaforico.<sup>83</sup>

---

<sup>83</sup> H. Blumenberg, *Paradigmen zu einer Metaphorologie*, Bonn, 1960.

A questo punto è opportuno introdurre una distinzione ulteriore, quella fra analogia teologica ed allegoria poetica. Nella forma d'arte (o più genericamente di espressione) che viene definita col termine 'poesia', l'allegoria consiste essenzialmente nell'uso di finzioni poetiche costruite su narrazioni intorno ad un'immagine; nel caso della allegoria teologica, invece, si tratta di dare un'interpretazione in chiave *anagogica*<sup>84</sup> (ovvero in una dimensione in cui si realizza l'elevazione verso un discorso puro ed assoluto) delle verità storiche tratte dalla Bibbia. Interpretando anagogicamente la storia, l'allegoria teologica esclude a priori ogni forma di verità letterale; tutto è figurato, tutto è interpretabile, e ci si deve esprimere polisemicamente per tentare di *comprendere* ciò che sarebbe pressoché impossibile *conoscere*. Nella prospettiva teologica dell'interpretazione, se la storia ha un senso, questo non può essere letterale: la forma anagogica dell'allegoria, che è quella più profondamente teologica, è la condizione che rende possibile una comprensione della storia in chiave simbolistica e non letterale. La teologia ha da sempre un primato ermeneutico, non riconoscendo alcuna verità letterale autonoma ed assoluta, distinta e distinguibile da quella allegorica: la teologia per questo ha da sempre preferito la via della propria insignificanza letterale, invece di cedere alla possibilità di un significato puramente letterale. La distinzione fra piano letterale e piano figurato, che è il fondamento sui cui si definiscono allegoria, simbolo, metafora e pensiero analogico, è stata d'altronde una preoccupazione di Dante, il quale nel suo *Convivio* ha differenziato un senso letterale da uno non-letterale: *"questa spiegazione conviene essere literale e allegorica"*. In più, il senso non-letterale si suddivide ulteriormente in allegorico in senso stretto, morale ed anagogico (che è quello che più si avvicina al senso mistico).<sup>85</sup> Parlando dei quattro possibili significati delle scritture, Dante dice

*"lo quarto senso si chiama anagogico, cioè sovrasenso; e questo è quando spiritualmente si pone una scrittura, la quale ancora [sia vera] eziando nel senso*

---

<sup>84</sup> Con il termine 'anagoge', che più spesso si trova declinato nella locuzione "significato anagogico", si intende un carattere attribuibile ai significati possibili delle Sacre Scritture (letterale, allegorico, morale ed anagogico). In particolare, l'interpretazione anagogica è quella che rivela il significato più recondito, elevato (questa la semantica originaria del termine) delle scritture, per mezzo di un procedimento che dalle cose sensibili dell'esperienza conduce all'esperienza divina, e dalle creature conduce a comprendere la loro causa prima.

<sup>85</sup> La dimensione morale ed anagogica dell'allegoria è quella più studiata da teologi e profeti.

*litterale, per le cose significate significa de le superne cose de l'eternal gloria sì, come vedere si può in quello canto del Profeta che dice che, ne l'uscita del popolo d'Israel d'Egitto, Giudea è fatta santa e libera. Chè avvegna essere vera secondo la lettera sia manifesto, non meno è vero quello che spiritualmente s'intende, cioè che ne l'uscita de l'anima dal peccato, essa sia fatta santa e libera in sua potestate. E in dimostrar questo, sempre lo litterale dee andare innanzi, sì come quello ne la cui sentenza li altri sono inchiusi, e senza lo quale sarebbe impossibile ed irrazionale intendere a li altri, e massimamente a lo allegorico.*"<sup>86</sup>

## **2.1 Qualche appunto sull'anagoge**

Da sempre si è sostenuto che le Sacre Scritture avessero più di un senso; la comprensione dei testi sacri ha per questa ragione rappresentato uno dei primi luoghi di sviluppo di una teoria ermeneutica, per cui anche ad essa bisogna sinteticamente ritornare nell'archeologia dell'ana-logica. L'idea che le Scritture avessero più di un senso non è mai stata assente dall'orizzonte teologico, né a quello filosofico era mai stata estranea la tesi per cui ad uno scritto si può sempre applicare una chiave che i suoi autori non avevano conosciuto: anche il discorso giuridico, d'altra parte,<sup>87</sup> mostra diverse e frequenti riproduzioni del problema della polisemia.

La peculiarità della lettura e dell'interpretazione cristiana della Bibbia non sta tanto nell'uso di allegorie e del linguaggio figurato in genere, ma piuttosto nel fatto che l'allegoria è regolata e compresa in relazione all'esperienza di un momento storico concreto considerato unico e subordinata al messaggio che la annuncia (il *kerigma*). In origine, la dottrina della polisemia della Scrittura è applicata alla lettura cristiana dell'Antico Testamento, il quale prima di tutto ha una sua molteplicità di sensi, e di cui il Nuovo Testamento fornisce un modello. Ad esempio, quando nel Vangelo di Giovanni si dice "Colui di cui è scritto nella legge di Mosé e nei profeti, l'abbiamo trovato, è Gesù", è un'espressione che ha funzionato da modello di riferimento per l'interpretazione di alcuni passaggi dell'Antico Testamento, come "e' di me che egli ha scritto" (riferito ad Abramo). La certezza svelata nel Nuovo Testamento inaugura una rivoluzione nella

---

<sup>86</sup> Dante, *Convivio*, II.I. 6-8

<sup>87</sup> Come si spiegherà meglio nella seconda parte della tesi.

lettura dell'Antico Testamento e di tutte le espressioni discusse o discutibili che potevano a questo punto essere comprese. Nell'Antico Testamento finiscono per essere scoperti sensi fino ad allora inaspettati, pur sempre da sostenere con i dati antichi, dal momento che il senso del *nuovo*, per quanto più chiaro o più esplicito, non può mai essere senza genealogia. *Nuovo* ed *antico* (come *ignoto* e *noto*) ritornano, sotto un diverso aspetto, a mostrare una relazionalità profonda che, come più volte si è ribadito, è un tratto fondamentale dell'ana-logica, e in particolare dell'ana-logica nel diritto (come più avanti in questo lavoro viene sostenuto, in particolare cap. IV e V).

I termini usati per descrivere i possibili sensi della Bibbia sono diversi, e sono ancora in evoluzione, ma resta comunque possibile identificare i tratti più importanti dei livelli di interpretazione ammessi in teologia in *letterale*, *allegorico*, *tipico* o *figurato*, e *mistico* o *anagogico*.<sup>88</sup> Il senso letterale è quello in cui è possibile la comunicazione fra l'autore e coloro ai quali è destinato il messaggio. Per cui il senso letterale di una Scrittura si inserisce in uno spazio limitato dalle convenzioni e dalle possibilità semantiche del momento storico e del contesto in cui il messaggio si è costituito. A fianco al senso letterale vi è sempre un senso allegorico, che è cifrato nella misura in cui i concetti e i discorsi vengono sostituiti da immagini e raffigurazioni. Oltre questi primi due livelli, vengono generalmente segnalati anche il senso tipico (o figurato) e, quello che interessa più di tutti per il nostro discorso, un senso "mistico", "spirituale", o "anagogico". Nel percorso narrativo biblico vi sono numerosi tipi e figure aperti verso una interpretazione futura: *typos* designa un marchio, una matrice abbastanza evidenziata perché il suo segno possa durare a lungo, e

---

<sup>88</sup> San Girolamo è uno degli interpreti che hanno acquisito maggiore rilevanza in riferimento alla coesistenza dei quattro tipi di interpretazione nella tradizione cristiana. La sua originalità non consiste tanto nella fiducia accordata al senso letterale, ma nella sua apertura a ricercarla; egli non cessa mai di studiare *historia* e *realia* (eventi ed oggetti che descrivono la realtà). Maestro di retorica, scrittore appassionato, molto sensibile alle sfumature dei testi, ha ricevuto una forte influenza da S. Paolo, sostenendo che la lettera del testo pura e semplice uccide la comprensione se ricevuta *carnaliter*. Insieme a ciò un altro dei principi chiave della dottrina ermeneutica di Girolamo è la rilevanza accordata al *fundamentum historiae*. Grande attenzione è stata inoltre rivolta da Girolamo ai concetti di "tipo" e "figura", che nella sua teoria sono sinonimi. La figura è occasionalmente figura *retorica*, ovvero frontiera tra senso deviato (metafora, *translatio*) e senso spirituale e più elevato. Il tipo viene distinto dalla allegoria, mentre l'interpretazione spirituale riguarda il livello del mistero e deve seguire - cosa fondamentale - la "coerenza (*ordinem*) della storia" e non interpretare ogni parola isolatamente, come fa l'allegoria. L'uso spirituale deve essere usato residualmente quando la coerenza interna del sistema vacilla, e non viceversa. In Girolamo si trovano anche riflessioni sulla tropologia, e sull'anagogè, che egli usa come sinonimo di "senso spirituale", ed anche nel senso di elevazione dell'anima verso un livello più alto, superiore.

corrisponde anche allo *schema* o al termine latino *figura*, e in relazione ad esso si parla di senso “tipico” o “figurato”. Nell’esegesi teologica, però, il senso che fra tutti è rivelatore della verità è quello spirituale; a partire dall’origine paolina, l’attributo “spirituale” designa un senso che può essere scoperto soltanto grazie all’azione della mente (“spirito” è inteso in questo senso). Nell’antichità si è sovente dato al “senso spirituale” altre designazioni, fra cui “allegorico”, “mistico” (da “mistero”, anche ancora una volta conferma il fatto che questo è fra i sensi quello più distante dalla realtà), o anche “tipico”.

La relazione fra analogia ed interpretazione anagogica consiste essenzialmente nel fatto che in entrambe il nucleo centrale del processo ermeneutico, del giudizio, della formazione di un concetto o della predicazione, si sedimentano nel tempo attraverso un meccanismo di messa in comunicazione fra immanenza e trascendenza. In particolare, il punto di contatto coincide con le procedure di generalizzazione,<sup>89</sup> nella misura in cui così come accade per la semantica del termine ‘*analogia*’, che abbiamo visto essere intrinsecamente legata ad un movimento dal basso verso l’alto (e verso l’*altro*), anche i termini ‘*anagoge*’, ‘*anagogico*’ ed ‘*anagogia*’ sono legati ad un’idea di elevazione da un “più in basso” ad un “più in alto”. La radice comune è infatti il verbo greco *ἀνάγω* (*anago*), che è stato tradotto in primo luogo come “conduco via” o “conduco in alto”, o “conduco verso l’alto, sollevo”;<sup>90</sup> come significati residuali, troviamo anche “faccio salire”, “conduco indietro” e “conduco di nuovo”. Il termine è stato usato da Dante, il quale lo ha derivato dalla tomistica, assumendo durante il Medioevo il significato di “interpretazione mistica” o “elevazione spirituale” (che è anche ciò da cui deriva l’interpretazione). Il prefisso *anà-* significa quindi anche in questo caso “verso l’alto”, ma non soltanto: infatti dall’idea di risalita dal basso verso l’alto deriva anche quella di “ritorno verso un luogo assoluto”, in cui tutte le cose hanno avuto origine, ed anche risalita verso una definizione generale che possa ricomprendere le declinazioni che si trovano nella realtà. Il verbo *ago*, d’altro canto, significa

---

<sup>89</sup> Per la descrizione dello sviluppo semantico del prefisso *anà-* si rimanda ai primi paragrafi del capitolo primo.

<sup>90</sup> Dal *Vocabolario Greco-Italiano*, Rocci, Roma (1998), che fra gli esempi riporta l’espressione “conduco una donna in una terra lontana” e dal *Dizionario etimologico italiano*, a cura di De Mauro e Mancini, Milano (2000), p. 87. L’espressione “anagogia” è stata ripresa, dopo il Medioevo, da Leibniz. Per lui l’induzione anagogica permette di risalire alla causa prima. Per estensione, la critica letteraria ha sviluppato il concetto di interpretazione anagogica come quella che tenta di andare oltre senso letterale ed immediato del testo.

“spingo” o “sollevo”. Per cui il campo semantico dell’anagogia interessa in modo più comprensivo un movimento, una dinamica, che mette in comunicazione, in concreto, due o più posizioni, e in astratto, concretezza e forme della generalizzazione.<sup>91</sup> E’ anagogico il movimento che viene prodotto da una spinta, da una forza che ha la capacità di “condurre in una direzione; è questo l’aspetto del pensiero anagogico che ne ha fatto un tipo fondamentale nell’interpretazione biblica: la spinta che conduce il discorso dal basso verso l’alto, attraverso una risalita che può anche essere un movimento all’indietro, in senso genealogico avremmo detto oggi, è data da un’energia mistica (secondo la tomisitica), che è l’unica dimensione ermeneutica per mezzo della quale si può tentare di comprendere il valore assoluto della verità da svelare. Oltre alla dimensione teologica, il campo semantico dei referenti dell’anagogia si è, con lo sviluppo degli usi e delle funzioni, ampliato verso nuove dimensioni,<sup>92</sup> essendosi affermato nel senso di “portare in alto da un luogo basso verso un luogo alto”, e da questo si è esteso fino a “portare in mare aperto, condurre in mare” e a “portare dalla costa verso l’interno”. Inoltre, anagogico è uno degli attributi che si riferiscono alla resurrezione, per la sua capacità di rappresentare una dinamica di ripristino di uno *status quo ante*, modificatosi per qualche ragione, e più in generale di coincidere col “portar indietro” o il “riconsegnare”, in un contesto di replicazione di un movimento (per cui *anà-* finisce per significare anche “ancora una volta”, tanto da essere usato per indicare il calcolare all’indietro). Più in generale, l’anagogica ha dunque raccolto tutti questi significati in un più generale e complesso meccanismo di restituzione ad una forma precedente, anteriore, e soprattutto originale.<sup>93</sup>

Ripercorrendo un distico di Agostino di Dacia, l’anagogia appare come il percorso che delinea il piano più elevato a cui l’interpretazione deve tendere:

*“Littera gesta docet, quid credas allegoria/moralis quid agas, quo tendas anagogia”*

---

<sup>91</sup> Per una analisi approfondita del ruolo delle forme della generalizzazione nello sviluppo di una metodologia storico-giuridica si rimanda al prossimo capitolo (III).

<sup>92</sup> H. G. Lidell, R.Scott, *Greek-English Lexicon. With a Revised Supplement*, Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 102.

<sup>93</sup> Così si il lessico greco-inglese Lidell-Scott, “to restore to its original shape, to reckon, to recalculate”.

ovvero “la lettera insegna ciò che è successo, l’allegoria ciò che devi credere, il senso morale (tropologico) ciò che devi fare e il senso anagogico ciò verso cui devi tendere”.<sup>94</sup> Il distico è stato composto per riassumere la tesi di San Tommaso sui quattro sensi; questi richiamava al fatto che il “senso letterale o storico” è il fondamento del senso spirituale, il quale a sua volta si compone di tre elementi: allegorico, morale e anagogico. Si dice “senso letterale” ciò che l’autore vuole dire (*quem auctor intendit o quod loquens per verba vult significare*), quindi già questo può allontanarsi leggermente dal senso immediato delle parole. Il senso inteso dall’autore (divino) può andare oltre a ciò che l’autore umano vuol dire o significare, poiché la modalità narrativa della Bibbia riprende la dottrina classica della tropologia (delle figure e dell’uso delle stesse per esprimere i concetti), per cui una *res* anteriore è, per volontà divina, il “tipo” per una *res* posteriore. Lo scarto che si mantiene fra il significante (tropo) ed il significato (messaggio divino, narrazione, discorso in genere) si riduce di fatto ad una forma di convenienza: come ha notato lo Pseudo-Dionigi, infatti, il più sensibile o il più basso è anche il più adatto a significare ciò che è più spirituale e meno accessibile.<sup>95</sup>

### 3. Sull’elevazione verso i *nomina divina*

Non stupisce affatto che il problema dei nomi usati per definire Dio abbia assunto, a partire dal Medioevo, questo ruolo centrale per lo sviluppo delle teorie sull’analogia. Come anticipato nei paragrafi precedenti, la teologia non riconosce alcuna forma autonoma di verità letterale, distinguibile in qualche modo dalle dimensioni possibili delle verità (al plurale) offerte da un’ermeneutica fondata sulla allegoria, il simbolismo ed il pensiero analogico; prediligendo quindi l’insignificanza letterale, la teologia ha evitato di cedere al compromesso di riconoscere la possibilità di un significato “terreno” e “profano”: ove la prevalenza sia l’interpretazione ultima ed assoluta, la via dell’insignificanza letterale è l’unica percorribile. Per cui, nel tentativo di

---

<sup>94</sup> Come più volte ribadisce Melandri (1968).

<sup>95</sup> Alessandro di Hales chiamava questo messaggio più sensibile e meno tangibile “forma dell’informe” e “figura di ciò che non figura”; cfr. J. Y. Lacoste, *Dizionario critico di teologia (Dictionnaire critique de théologie)*, PUF, Parigi, 1998), ed. it. a cura di Pietro Coda, Roma (2005), p. 1256.

giustificare la scelta del tema dei nomi divini per la spiegazione dell'evoluzione della analogia nel Medioevo, va detto che la teologia in generale, e la teonimia in particolar modo, sono linguaggi impregnati di polisemia, che è il livello in cui pensiero e sapere analogici lavorano.

Tutta la struttura dell'ermeneutica in teologia è sviluppata su passaggi successivi che dalla realtà del testo costruiscono una "risalita" verso un livello generale, che possa essere valido per più di una declinazione della realtà: questo tipo di ermeneutica, applicata soprattutto ai testi sacri ma valida in senso assoluto come concezione del linguaggio durante il Medioevo, è paradigmatica in questo senso, poiché consta di quattro stadi, che dal basso risalgono verso un "alto" (il livello figurativo-metaforico), per poi rimettere in circolo le verità svelate in generale all'interno della dimensione della concretezza. Secondo questa teoria, vi sono dunque quattro gradi dell'interpretazione: nel primo si tratta di rilevare il tema o il concetto da spiegare (*l'explicandum*) attraverso la narrazione e l'analisi del testo scritto in una prospettiva che metta in comunicazione modelli del passato e ricerca presente; nel secondo grado, si va oltre il primo e si scava per trovare il messaggio celato dietro la grammatica elementare del testo, all'ricerca di una morale, di un messaggio recondito che va svelato per mezzo dell'analisi; il terzo grado, forse quello più rilevante per comprendere la dinamica del processo interpretativo, è quello in cui, oltre la consapevolezza del livello figurativo e metaforico (che è il secondo grado), si va a ricercare la metafora assoluta, ovvero la narrazione depositata dietro le narrazioni, e che è valida non soltanto per *questo* testo e per *questa* parola, ma anche al di là di una verità letterale. Questo terzo grado è quello che in senso più stretto consiste in un processo di generalizzazione, poiché è quello che mette in comunicazione il caso con la teoria che valga per più casi, in questa maniera assumendo la funzione di creazione di un modello replicabile ed applicabile anche a più di un caso. Con il quarto ed ultimo grado si procede invece ad una interpretazione in chiave simbolistica della storia (o del testo, o di entrambi), e in questo senso il quarto grado è un vero e proprio ritorno alla dimensione del primo grado, poiché è la "ridiscesa" al piano della concretezza.<sup>96</sup>

---

<sup>96</sup> Sempre a proposito della concezione medievale della pluralità dei sensi, sia a partire dalla riflessione filosofica sui segni, sia dalla rivelazione contenuta nei testi sacri, Sant'Agostino



Tornando per un istante al terzo grado della interpretazione, si nota che questo consiste in un vero e proprio salto da un piano del conoscibile e del conosciuto ad uno ulteriore, fatto di una sostanza differente, descritto da una grammatica differente, che risponde ad un'esigenza totalmente differente, che si serve dei livelli precedenti per rimmetterli dinamicamente in circolo con il quarto grado, che è conseguenza del terzo. Attraverso il terzo grado, che è mistico ed è quello più propriamente "anagogico" nel senso della risalita verso l'alto (e anche verso un piano che è "altro" rispetto alla dimensione concreta), del quale per definizione non si può dire né sapere praticamente nulla, la teologia prevede la possibilità della ricerca di una verità assoluta. Dunque l'interpretazione medievale delle sacre scritture è un modello ermeneutico costitutivamente dinamico, le cui verità e forme di conoscenza sono in costante ri-definizione a causa della procedura multi-livello su cui si basa la loro formazione.<sup>97</sup> Per queste ragioni, l'uso poetico della allegoria si distacca dall'uso teologico della stessa, nella misura in cui quella poetica ammette due gradi, uno letterale a simbolismo zero e uno dianoetico fatto di discorsi sulle immagini del piano letterale, mentre l'allegoria dei teologi si articola su diversi piani, e ciascuno di essi esiste in quanto può venire messo in comunicazione con gli altri. La comprensione della storia, nel senso di una ermeneutica, in chiave teologica, necessita della fase ascetica e del suo ritorno al livello "terreno". Questa molteplicità di livelli è l'unica possibilità per la teologia, la quale è sorta come teoria interpretativa per la comprensione delle sacre scritture e per la ricerca delle verità ultime, con lo scopo di rispondere alla sfida di trovare un punto di mediazione fra la ragione filosofica, razionalizzatrice - nonché finalizzata alla comprensione di testi e concetti - e la dimensione irrazionale,

---

sostenne che "la lettera uccide, lo spirito vivifica"; le classificazioni agostiniane dei sensi sono variabili: i segni sono detti "sconosciuti", "dubbi", "propri", "figurati", ed è sempre necessario distinguere le diverse metafore (che lui chiama "*verba translata*"). Le classificazioni dei sensi possono essere comprese su diversi livelli, uno storico, uno etiologico, uno analogico (quando dice "i due Testamenti non si oppongono"), uno allegorico. Agostino non era certo un filologo, per cui nella sua teoria l'etiologia appartiene, in relazione al caso, alla ragione oppure alla fede, alla esplicazione o all'interpretazione. L'esegesi ha un suo ordine ed una sua logica interni nella misura in cui essa è anche focosa, e subordina risolutamente ogni senso dei testi ad una verità che è oltre l'autore del testo, oltre l'interprete (è la verità di Dio). Inoltre, è interessante notare che il senso spirituale dell'interpretazione a cui fa riferimento Sant'Agostino è anche *armonia di più sensi*, facendo parlare in accordo l'umanità, Israele, Cristo, la sua Chiesa ed ogni lettore.

<sup>97</sup> E. Melandri, *La linea e il circolo* (1968), Macerata (2004), p. 87.

quasi dionisiaca, che deve essere ciclicamente consegnata al mistico e non può che sottrarsi al controllo del linguaggio razionale.

Su queste premesse rispetto alla tradizione ermeneutica medievale poggia la questione dei *nomina divina*; infatti, una volta compresa la polisemia e la sua funzione fondamentale per ogni discorso medievale che riguardi filosofia e religione, una volta constatato il ruolo della rappresentazione per le teorie medievali sul linguaggio, si deve a questo punto ammettere che la descrizione del pensiero analogico nel Medioevo è anzitutto vincolata alla comprensione della predicazione analogica, predicazione che è nata e si è sviluppata proprio nella ricerca dei *nomina divina*. Con l'analogia "pura e semplice", ha osservato Melandri intendendo con questa espressione lo studio del ragionamento analogico in chiave argomentativa, "non si approda a nulla".<sup>98</sup> Limitando l'analogia al mero dato argomentativo, non si può spiegarla in modo completo: questa la premessa ad ogni teoria dell'analogia teologica; è invece restituendo il tema alle problematiche della adattabilità, della compatibilità, della semantica proposizionale in opposizione a quella nominale, che esso può essere acquisito dal discorso più generale della analogia in termini di *campo* (e non di univoco concetto).<sup>99</sup> La questione dei nomi divini riguarda inoltre un aspetto ulteriore, quello della "portata" semantica dei nomi (intesi come parole associate a cose), questione connessa proprio con l'interrogativo logico intorno alla contrapposizione fra univocità ed univocità del significato dei termini. L'analogia come interrogativo della teologia è nato insieme alla questione sollevata da Pseudo-Dionigi intorno al *περὶ θεῶν ὀνομάτων*, ovvero al problema dei nomi per la descrizione del divino: esso interessa tanto la logica quanto l'ontologia, riguardando anche la struttura delle categorie usate per parlare di Dio. In tutta la tradizione esegetica medievale, il termine latino '*nomen*' è stato utilizzato in un senso diverso da quello moderno di 'nome', indicando infatti un predicato, come lo avrebbe inteso la logica moderna, o un attributo (come lo avrebbe definito la tradizione razionalista cartesiana o leibniziana del XVII secolo). La nozione apparentemente semplice di "nome" ha subito dunque, durante il Medioevo, la traslazione in una dimensione di maggiore complessità,

---

<sup>98</sup> E. Melandri, *ibidem*, p. 94.

<sup>99</sup> Cfr. osservazioni nel capitolo introduttivo.

tale da coinvolgere l'idea della semantica denotativa (già introdotto dalla logica aristotelica), così come tutta la questione degli universali.

La domanda intorno alla univocità o equivocità dei nomi si è più che altro sviluppata intorno alla applicabilità degli attributi umani alle divinità: si trattava insomma di stabilire se gli attributi divini siano o no uguali a quelli umani o più in generale "concreti", "mondani" o "terreni". Ad esempio, nelle espressioni "Platone è sapiente" e "Dio è sapiente", pur essendo evidentemente identico il termine predicativo, non è detto che il significato delle due espressioni sia lo stesso: è lo stesso attributo della sapienza a cui si fa riferimento nei due casi? E' la stessa la modalità di attribuire questo attributo? Le opzioni sono due: o il significato è il medesimo nei due casi (tesi della *univocità*), e allora se non lo fosse si dovrebbero usare due termini diversi nel caso di Dio e di Platone, per evitare ambiguità ed equivocazione. Oppure, al contrario, il significato cambia con l'attribuzione a Dio o a Platone (tesi della *equivocità*), e allora vuol dire che essendo il termine equivoco, cambiando l'attribuzione dello stesso all'uno o all'altro soggetto, cambia anche il significato. Fra i teologi medievali, la tesi dell'equivocità ha sempre goduto di maggiore popolarità rispetto a quella dell'univocità; interpretando in senso immanentistico la tesi dell'univocità, si finirebbe per trovare Dio in ogni elemento della realtà, per cui si finirebbe per sposare una teoria panteistica; protendendo invece per la trascendenza, ovvero per la tesi secondo cui il discorso su Dio appartiene ad una dimensione ultra-terrena, che trascende il livello della concretezza, si deve accettare l'idea che i nomi divini possono sempre avere un "altro" significato. Ma la tesi dell'univocità dei nomi usati per parlare di Dio non può reggere, se si considera anche che Dio non è una caratterizzazione priva di oggetto, né un oggetto completamente indescrivibile poiché consegnato alla trascendenza, dovendoci pur essere una qualche forma di mediazione fra Dio e mondo. La tesi dell'univocità dei nomi divini può funzionare in una semantica nominale, in cui il significato dipende dal singolo termine e non è relazionale alla proposizione nel suo complesso; il requisito dell'univocità è indispensabile solo in una logica che si risolve nel termine singolo e non nel contesto di riferimento del termine, ovvero nella proposizione; al contrario, la tesi dell'univocità non regge nel caso si consideri la logica della proposizione: in tale caso, il significato di un termine non può

determinarsi in assoluto, dipendendo dai valori di riferimento. Nella semantica proposizionale, infatti, si applica il valore dell'equivocità, per cui al variare del sistema proposizionale di riferimento si modifica il significato del termine. In questo senso, seguendo la tesi dell'equivocità, il significato di un termine dipende dal significato dell'intera proposizione, cambiando con l'attribuzione, ovvero con la *funzione* proposizionale e con le modalità con cui essa è asserita.<sup>100</sup> La maggiore adattabilità del pensiero analogico medievale alla semantica proposizionale è peraltro solo confermata dalla struttura ciclica a gradi della teoria dell'ermeneutica biblica (su quattro gradi, che dal piano concreto risalgono verso la ricerca di una verità assoluta, per poi ridiscendere al livello dell'immanenza).

### 3.1 Il problema degli *universali*

La questione della ricerca degli universali è legato 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). Per comprendere a fondo le ragioni della rilevanza del problema degli universali per l'ana-logica, è bene ripercorre lo sviluppo storico del tema dalle sue origini nel mondo classico fino al suo ingresso nella modernità. A tal proposito, una premessa è necessaria: la storia del concetto di "universale" è la storia della 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. Lo stesso 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

---

<sup>100</sup> E. Melandri, *ibidem*, p.96.

(l'essenza che è propria di molti, come ad esempio la razionalità riferita agli uomini). La storia degli universali parte dal pensiero greco, e già da Socrate, il quale per primo si è interrogato intorno al problema degli universali, assegnando alla filosofia il compito di cercare e trovare i concetti. Fra i suoi allievi Antistene, fondatore della scuola cinica, nega la possibilità dei concetti socratici, riducendoli a soggetti prodotti dalla riflessione dell'uomo sulle cose che compongono la realtà, per cui 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 che l'universale sia proprio del mondo delle idee (per cui è *ante rem*), costituendo l'individuale un mero precipitato, una rappresentazione sensibile dell'idea; tutta la conoscenza platonica è il frutto del *contatto* con gli universali, infatti non è 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. Analoga è la teoria di Stoici ed Epicurei, per i quali solo l'anticipazione permette di giungere a comprendere i concetti generali ed astratti, poiché tutti i dati dell'esperienza sono anticipati già dalla mente.

Con Aristotele la prospettiva muta, e l'interrogativo socratico diviene un problema legato al procedimento induttivo che, da un insieme di cose, porta ad astrarre ciò che esse hanno in comune; nella teoria aristotelica, l'universale non esiste al di fuori delle 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", il quale è riferito invece soltanto ad alcuni elementi od 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 della essenza del triangolo in senso assoluto, e per questo può essere estesa ad ogni tipo di triangolo. A partire da una tale premessa, Aristotele arriva a sostenere che non può esservi scienza se non nell'universale, e gli esseri umani colgono, grazie alla loro capacità logica, gli attributi degli enti che considerano universali e li *producono*

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*). La logica aristotelica è dunque il fondamento e il punto di partenza di ogni teoria medievale sugli universali, come dimostra il fatto che il punto di snodo tra pensiero antico e pensiero medievale sia il 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. Nella sua divisione Porfirio 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, e 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.<sup>101</sup> Le intuizioni di Porfirio, compreso il suo modello ad albero per la descrizione della risalita dalla specie all'universale, sono state 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

---

<sup>101</sup> Il modello di una tassonomia strutturata come albero è stato replicato anche dalla biologia: è detto dendrogramma, che dal Regno passa al Phylum, dal Phylum alla Classe, dalla Classe all'Ordine, e dall'Ordine alla Famiglia, da questa al Genere e infine dal Genere alla Specie. La teorizzazione più importante sul modo di classificare le specie presenti in natura, è cosa nota, è stata sviluppata da Linneo. Questi riprende la distinzione aristotelica fra genere e specie per costruire una nomenclatura binomia con cui classificare gli esseri viventi; ad esempio il leone è indicato come "*felis leo*", e il primo nome è quello del genere, il secondo quello della specie. Il problema irrisolto da Linneo è cosa sia precisamente la specie *leo*, se corrisponda alla totalità dei leoni viventi oppure no, se corrisponda a tutti i leoni vissuti e che vivranno anche nel futuro, o se sia un universale, nel senso di un carattere comune di animali che, incrociandosi, originano una prole feconda.

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.

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 effettivamente esistenti nella mente di Dio; interpretazione *realista* che rimanda ad una struttura ontologica separata dalla realtà materiale mondana, essendo collocata in una dimensione che è *ante rem*, nella 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 e 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,<sup>102</sup> per cui in Dio l'universale è *l'idea, la ragione eterna, l'esemplare delle cose create*, la *forma* platonica. Esso è dunque *ante rem*, e per la mente umana è possibile ricavare l'universale come *intentio formae* per astrazione delle cose

---

<sup>102</sup> Per un'analisi approfondita delle teorie di S. Tommaso si rimanda ai prossimi paragrafi di questo capitolo.

particolari, trasformandolo in un *conceptus mentis* e solo dopo in segni. L'universale è quindi anche, in questo senso, *post rem*.

Infine, 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*".<sup>103</sup> 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.

Infine, anche la filosofia moderna sviluppa il problema degli universali, sebbene questo perda molto del suo vigore medievale nel pensiero moderno e contemporaneo; si possono constatare oscillazioni fra nominalismo e realismo in filosofi come Bacone, Cartesio e Spinoza, in Malebranche fa la sua ricomparsa una forma peculiare di realismo, mentre da Hobbes, Berkeley e Hume viene sostenuta l'ipotesi nominalista. Il concettualismo riappare, anche in questo caso sotto nuove declinazioni, con Locke. La grammatica di Port Royal nel XVII secolo pone il problema degli universali del linguaggio, ovvero delle proprietà e dei meccanismi che accomunano tutte le lingue sulla base dell'affermazione che la lingua è una rappresentazione del pensiero e della identificazione dell'ordine naturale dei pensieri con ciò che viene espresso nello spazio comunicativo.<sup>104</sup>

---

<sup>103</sup> Principio meglio noto sotto il nome di "rasoio d'Ockham".

<sup>104</sup> Moltissime altre teorie sugli universali si sono sviluppate oltre e parallelamente a quelle qui citate, ma per ragioni di coerenza con il tema portante del capitolo, l'ana-logica nel Medioevo, è più opportuno tralasciarle; si è infatti preferito ripercorrere sinteticamente il percorso di evoluzione del problema degli universali dall'origine attraverso gli snodi più rilevanti, per arrivare alle porte della modernità. Basti a completare questo il richiamare, fra i filosofi contemporanei, Kant, il quale può essere considerato un concettualista, da un lato, ed Hegel, il quale ritorna al realismo (anche se in un modo peculiare). Parallelamente, con il positivismo si assiste ad una ulteriore diminuzione di importanza riservata alla speculazione sugli universali, e ad un accresciuto interesse verso il problema della classificazione (si pensi a Comte). Per chiudere, una breve considerazione sulla corrente filosofica dello *strutturalismo*, secondo la quale una medesima struttura opera in situazioni anche molto differenti, spostando l'attenzione verso l'universale inteso come concetto, verso l'idea di universale come struttura invariante e ripetibile in contesti anche molto differenti gli uni dagli altri. F. de Saussure, *Corso di linguistica generale*, Bari-Roma, 1967, pp. 19, 23-24, 83-93: "Ma che cos'è la lingua? Per noi, essa non si confonde con linguaggio; essa non ne è che una determinata parte, quantunque, è vero, essenziale. Essa è al tempo stesso un prodotto sociale della facoltà del linguaggio ed un insieme di convenzioni necessarie, adottate dal corpo sociale per consentire l'esercizio di questa facoltà



#### 4. Conoscere attraverso l'analogia: S. Tommaso

Aristotele, è noto, ha usato principalmente il pensiero analogico in metafisica, per qualificare un tipo di unità fra esseri che non appartengono né allo stesso genere né alla stessa specie, e in logica per catalogare termini e concetti che non sono predicati né univocamente, né equivocamente.<sup>105</sup> Precisando la dottrina aristotelica, Tommaso fa dell'analogia il dispositivo che gli permette di risolvere alcuni problemi fondamentali di teoria della conoscenza, di logica, di metafisica e di teologia, nel tentativo di salvaguardare il bisogno di difendere le creature da un lato e il valore della conoscenza dall'altro, senza rischiare di scivolare nelle ingenuità provocate da un estremo realismo o da un nominalismo senza aperture. Più preoccupato a farne uso che a descriverla, forse già consapevole dell'impossibilità di definire il tema, Tommaso si preoccupa di contestualizzarla in logica ed in metafisica, e lo fa concedendosi di usare in alternativa ad "analogia" più di un'espressione: *proportio, habitudo, similitudo, communitas, convenientia, praedicatio secundum prius et posterius*. In logica, l'analogia è definita in contrasto rispetto ad equivocità ed univocità; in metafisica, essa è definita sempre in contrasto (il che conferma la scivolosità semantica del concetto, che riesce ad essere *definito* più facilmente in negativo) all'unità generica e specifica, essendo un vincolo che mette in relazione enti che non appartengono allo stesso genere o alla stessa specie, pur avendo qualche aspetto comune:

*"A una cosa si può attribuire l'unità non solo secondo il numero, la specie o il genere, ma anche secondo una certa analogia o proporzione, e questa è l'unità o comunanza esistente tra la creatura e Dio."*<sup>106</sup>

---

negli individui. Preso nella sua totalità, il linguaggio è multiforme ed eteroclitico; a cavallo di parecchi campi, nello stesso tempo fisico, fisiologico, psichico, esso appartiene anche al dominio individuale e al dominio sociale; non si lascia classificare in alcuna categoria di fatti umani, poiché non si sa come enucleare la sua unità. [...] Separando la lingua dalla *parole*, si separa a un sol tempo: 1. ciò che è sociale da ciò che è individuale; 2. ciò che è essenziale da ciò che è più o meno accidentale.

<sup>105</sup> B. Mondin, *Dizionario enciclopedico del pensiero di San Tommaso d'Aquino*, Bologna, 1991, p. 33 ss.

<sup>106</sup> I, q. 93, a.1, ad. 3.

In metafisica l'analogia è la dinamica per cui gli enti arrivano a partecipare della perfezione divina, che è unica e li accomuna, ed è in definitiva la partecipazione alla perfezione dell'essere.<sup>107</sup> Tommaso stesso parla, in diversi punti del suo lavoro, di molteplici classificazioni del modello analogico.<sup>108</sup> Sono due i principali testi di riferimento per la ricostruzione della dottrina tomistica dell'analogia. Nel *Commento alle Sentenze* Tommaso parla esplicitamente di tre tipi di analogia: una meramente logica (*secundum intentionem tantum et non secundum esse*) e per questa cita l'esempio dell'attributo 'sano', quando predicato per l'orina, per la dieta e per l'animale; a fianco a questa vi è un'analogia meramente fisica o reale (*secundum esse et non secundum intentionem*) e l'esempio riportato è quello del termine 'corpo' quando è predicato delle cose materiali e dei corpi celesti; c'è infine un tipo di analogia che è sia logico sia reale (*secundum intentionem et secundum esse*), per definire il quale si richiama l'esempio del termine 'essere', quando esso è predicato della sostanza e dell'accidente. L'altro testo di riferimento per la dottrina tomistica è il *Commento all'Etica* (I, lect. 7, nn. 95-96), in cui Tommaso, dopo aver affermato che lo stesso termine può essere predicato di molte cose secondo *rationes* che non sono del tutto differenti, ma che hanno qualche aspetto di contatto, aggiunge anche che "talvolta esse convengono nel fatto che si riferiscono a un unico principio (*ad unum principium*), come quando cose differenti sono dette 'militari' (...). Talvolta nel fatto che si riferiscono a uno stesso fine (*ad unum finem*) come quando la medicina è detta 'sana' (...). Talvolta secondo le diverse proporzioni a uno stesso soggetto (*secundum diversas proportiones ad unum subiectum*), come quando la qualità è detta "essere", perché è una disposizione dell'essere, e la quantità è detta 'essere', perché ne è la sua misura, e simili. Infine secondo una stessa proporzione a diversi soggetti (*secundum proportionem ad diversa subiecta*), ad esempio la vista, che rispetto al corpo è nella stessa proporzione dell'intelletto rispetto all'anima". I primi due casi in questo

---

<sup>107</sup> B. Mondin, *ibidem*, p. 33.

<sup>108</sup> Diversi interpreti ne hanno, a loro volta, dato versioni non coincidenti, per cui diventa opportuno (meglio, necessario) tenere a mente la teoria a cui si fa riferimento quando si parla delle dottrine medievali sull'analogia e delle interpretazioni moderne e contemporanee delle stesse. Alcuni autori, come McInerney, riducono i tipi di analogia a due (attribuzione e proporzionalità), altri (Gaetano) a tre - ineguaglianza, attribuzione e proporzionalità; altri ancora preferiscono distinguere quattro tipi di analogia (attribuzione intrinseca, attribuzione estrinseca, proporzionalità propria e proporzionalità metaforica, come Suarez). C'è persino chi, come il Klubertanz, è arrivato a distinguere ben dodici tipi diversi di analogia.

passaggio corrispondono alla cosiddetta analogia di *attribuzione*, gli ultimi due all'analogia di *proporzionalità*.<sup>109</sup> Si ha attribuzione se la predicazione è fatta secondo una relazione di priorità e dipendenza (*secundum prius et posterius*), appartenendo la perfezione in tal caso all'analogato principale (ciò che la logica contemporanea ha tradotto con "source", in opposizione a "target"), mentre negli analogati secondari può essere o non essere presente, a seconda dei casi. Nel caso in cui l'attributo di perfezione sia presente in tutti gli analogati (come la bontà quando è detta di Dio, degli angeli, della Madonna, etc.), si ha attribuzione intrinseca - poiché l'attributo è naturalmente già presente nei diversi soggetti; al contrario, nel caso in cui l'attributo sia presente soltanto nell'analogato principale (*source*), si tratta di attribuzione estrinseca. L'analogia di proporzionalità segue invece una logica differente, verificandosi quando un termine viene usato per vari soggetti, ma in proporzione alla misura che conviene alla situazione, essendo dunque proporzionata ai singoli soggetti secondo misure differenti. Ad esempio, l'idea di "vita" si può dire sia dell'uomo, sia del cane, sia dell'elefante, sia di Dio, ma sempre proporzionatamente al loro diverso grado di essere e alle loro caratteristiche distintive, e non invece allo stesso modo; questo esempio raffigura quella che è stata descritta come proporzionalità propria: la perfezione che viene predicata è infatti presente in tutti i soggetti. Nel caso di applicazione del termine 'cane' all'animale, alla costellazione e ad un fucile, si avrebbe invece la cosiddetta proporzionalità metaforica. Una delle maggiori dispute fra gli studiosi di San Tommaso riguarda proprio la ripartizione fra attribuzione e proporzione; alcuni, come il Caetano, hanno ritenuto che Tommaso abbia preferito l'uso della analogia di attribuzione per parlare di Dio, giudicando funzionale soltanto la proporzionalità propria.<sup>110</sup> Secondo questa tesi quando si dice che "Dio è buono" si intende dire che la bontà sta a Dio come la bontà sta all'uomo, essendo quella umana l'unica bontà che noi possiamo realmente conoscere. Molti altri studiosi, in contrasto con Caetano, hanno ritenuto che, nella spiegazione del significato del linguaggio teologico, San Tommaso si richiami

---

<sup>109</sup> All'interno di questa coppia dicotomica, formata da attribuzione e proporzione, sono stati distinti tradizionalmente quattro tipi di analogia: *attribuzione intrinseca* ed *estrinseca*, e *proporzionalità propria* e *metaforica*.

<sup>110</sup> B. Mondin, *Dizionario enciclopedico del pensiero di San Tommaso d'Aquino*, Bologna (1991), p. 34.

poche volte alla proporzionalità, preferendo l'analogia *secundum prius et posterius*, che è quella di attribuzione.

Nel tentativo di applicare queste categorie al diritto, risulta evidente la loro compresenza all'interno del discorso giuridico, nel quale è tanto presente l'analogia di attribuzione quanto quella di proporzionalità; la prima si avvicina a quella modalità di predicazione analogica di cui si è anticipato nel capitolo introduttivo, per cui arriva a poter dire qualcosa di (*prae-dicere*) un oggetto nuovo in relazione ad uno già noto (che è la dinamica *secundum prius et posterius*, di cui vedremo molti esempi nei casi di *law and technology*). D'altro canto, l'analogia di proporzionalità corrisponderebbe in questo parallelo al giudizio analogico, il quale avendo il proprio fondamento nei concetti analogici, si struttura proprio sulla identità di relazioni (proporzione), e mai sull'identità pura e semplice. Per questa ragione, la dicotomia attribuzione-proporzionalità è molto utile ad ampliare il campo ana-logico, che oltre ai quattro principali referenti (concetto, giudizio, argomento e predicazione) si apre così anche a differenziazioni interne (come appunto attribuzione-proporzionalità).

A questo punto è il caso di mettere in relazione quanto si è detto finora della teoria tomistica dell'analogia con il fondamento logico della stessa. Va detto anzitutto che l'analogia (sia essa di attribuzione o di proporzionalità) si fonda su un rapporto di causalità, il quale comporta qualche somiglianza fra causa e causato, cioè tra causa ed effetto, secondo il principio spesso ribadito da Tommaso dell'"*omne agens agit simile sibi*" (ogni agente produce qualcosa che è simile a se stesso). Pur ammettendo che la causalità sia sempre presente e sempre rilevante, si deve anche riconoscere che nessun effetto può essere immagine adeguata della sua causa, sia quando la causa è Dio, sia quando è una creatura semplice: Dio ha infatti solo un potere finito di imitare l'infinita perfezione della causa, non potendola mai replicare, mentre la creatura non può produrre un effetto simile a sé in quanto nessuna creatura è la causa totale del suo effetto. Il principio "*omne agens agit simile sibi*" sta solo a significare che c'è una qualche somiglianza tra causa ed effetto, com'è confermato da questo passaggio del *De Potentia* di San Tommaso: "la forma dell'effetto è nell'agente naturale in quanto l'agente produce un effetto di natura simile, dal momento che ogni agente produce qualcosa di simile a sé (*omne agens agit aliquid simile sibi*). Ora questo avviene in due modi: a) quando l'effetto porta in sé una

perfetta somiglianza con l'agente, in quanto proporzionato al potere dell'agente, allora la forma dell'agente è nell'effetto allo stesso grado; ciò avviene negli agenti univoci, per esempio il fuoco genera il fuoco. b) Quando tuttavia l'effetto non è perfettamente simile all'agente, non essendo proporzionato al potere dell'agente, allora la forma dell'effetto non è nell'agente allo stesso grado ma in grado superiore: questo è il caso degli agenti equivoci, per esempio il sole genera il fuoco".<sup>111</sup>

Andando oltre al fondamento logico dell'analogia tomistica, è opportuno riflettere qualche istante sullo statuto gnoseologico che viene riservato da San Tommaso a questo procedimento; a tal proposito, si tratta soprattutto di stabilire se esistono concetti analogici, distinti dai concetti univoci ed equivoci, o se si possano dire analoghe soltanto le relazioni fra le cose, ma non i concetti in se stessi. Alcuni studiosi tomisti hanno negato che possano esistere concetti analoghi in assoluto: tutti i concetti sarebbero univoci o equivoci, e in tal senso l'analogia viene riconosciuta solo come categoria metafisica ma mai come categoria logica. Eppure S. Tommaso nel *Commento alle Sentenze* parla apertamente di termini e concetti analoghi sia *secundum intentionem* sia *secundum esse* - ma "analogo *secundum intentionem*" vuol dire proprio analogo nella dimensione logica, e quindi anche concettualmente oltre che nella realtà. Per cui si può ben ritenere che San Tommaso abbia applicato l'analogia sia alla metafisica che alla logica. Il che è massimamente evidente nella scelta dei nomi, come si è visto. I nomi che possono essere applicati sia a Dio che alle creature corrispondono ad un carattere ulteriore della conoscenza umana; essi sono infatti, come si è detto, né interamente univoci, né interamente equivoci. Il termine analogo, prima di poter essere applicato a Dio, necessita in realtà di un passaggio ulteriore in cui diviene adattabile a qualcosa che è in qualche modo uguale, ma al tempo stesso diverso, dalle creature. Esattamente questo è il punto: il termine deve essere "raffinato" prima di essere usato nella predicazione che riguarda Dio, e questo passaggio intermedio è quello che costituisce la formazione di un significato ulteriore, che tende verso il significato primario, ma anche verso una nuova, possibile, accezione. L'esempio classico che si riporta per questo è il termine "saggio". Sia Dio che gli uomini

---

<sup>111</sup> S. Tommaso d'Aquino, *Quaestiones disputatae de Potentia Dei*, Firenze, Nardini (1991), q. 7, a. 1, ad. 8.

possono essere detti “saggi”. In che senso Dio è “saggio”? In un modo diverso dagli uomini? La sua saggezza contiene dei caratteri che non sono propri della saggezza degli uomini? Di certo, Dio non può essere detto “saggio” allo stesso modo in cui Socrate può essere detto “saggio”. La differenza nella modalità di predicazione che Tommaso vuole sottolineare consiste nel fatto che, nel caso di Dio, “saggio” non indica una mera proprietà incidentale, come accade per la predicazione “ordinaria” (che non ricorda Dio). Quando diciamo che Dio è saggio, diciamo anche che Dio è *la saggezza*. In questo senso, predicare una caratteristica di Dio significa negare alcuni aspetti di quella caratteristica, quando viene predicata delle creature mortali. E’ la stessa operazione, ma diversa. Uguale e diversa. Analoga.

#### 4.1 *Analogia fidei e analogia entis*

Dopo Tommaso e i suoi interpreti, la questione della analogia è diventata un denominatore comune di tutta la neoscolastica, collocandosi all’incontro fra metafisica, apologetica, teologia naturale e logica. L’ipertrofia semantica generata dall’uso incondizionato del pensiero, del discorso e del sapere analogici dapprima in filosofia e poi in teologia hanno provocato la reazione della teologia protestante, la quale, guidata da Karl Barth,<sup>112</sup> ha polemizzato vivacemente e a lungo contro la dottrina tomistica dell’analogia, sviluppando l’idea di *analogia fidei*: solo la grazia di Dio condiziona la sua conoscenza. Si pensi infatti che Barth è arrivato persino a sostenere che “l’analogia è un’invenzione dell’Anticristo”, perché pretende di conoscere Dio al di fuori della rivelazione. L’*analogia fidei* è una conoscenza di Dio che non si basa sulle forze della ragione e non procede dalla creature per risalire a Dio, ma si basa sulla grazia di Dio e procede dalla rivelazione, essendo quindi profondamente irrazionale. L’espressione ‘*analogia fidei*’ ha origine verosimilmente biblica e, quando appare nel Nuovo Testamento, significa “concordanza con la fede”, nel senso in cui usa l’espressione San Paolo per esortare i carismatici a non esercitare il carisma in modo illimitato e facendone abuso fanaticamente. Poiché il carisma va esercitato in modo proprio, la sua pratica deve essere misurata secondo un criterio che è quello della Scrittura, per cui *analogico* è in questo

---

<sup>112</sup> Karl Barth, *Darstellung und Deutung seiner Theologie* (1962).

contesto il modo di misurare e di ponderare il modo di agire il carisma rispetto ad un modello (criterio), che è quello biblico.

Nel periodo patristico l'espressione '*analogia fidei*' assume significati ulteriori: da un lato la concordanza fra Antico e Nuovo Testamento, dall'altro l'idea di regola della fede (*regula fidei*). In Tommaso questi due usi dell'espressione coincidevano, avendo egli stesso dichiarato che un testo sacro va sempre letto ed interpretato alla luce dell'intero progetto a cui attiene, per cui si avrà analogia "quando si fa vedere che la verità di un passo della Scrittura non è in contrasto con la verità di un altro passo" (I., q. 1, a. 10, ad 2). In contrasto alla *analogia fidei* si trova l'*analogia entis*, forma fondamentale del cristianesimo cattolico, la quale delinea una filosofia della religione, una risposta al protestantesimo, al pensiero moderno della soggettività e alla teologia trascendentale. Integrando la logica nella sua espressione più pura, con un uso tutto peculiare della dialettica, l'analogia mette in comunicazione una serie di contrari che aspettano soltanto di conoscere il loro superamento: l'*analogia entis* è l'espressione compiuta della polarità dell'esperienza filosofica occidentale moderna.<sup>113</sup> Tutta la realtà è transitoria e provvisoria e risolve la sua completezza in Dio, grazie al *superamento di tutte le contraddizioni*.<sup>114</sup>

## 5. Predicazione analogica e discorso giuridico

La predicazione analogica è una forma di predicazione che si distingue da quella che potremmo definire "ordinaria" per alcuni aspetti che riguardano la sua struttura, le sue modalità operative, e la sua funzionalità. Anzitutto, perchè il discorso risulti più chiaro, è utile chiarire cosa si intenda con il termine "predicazione": ogni atto linguistico con cui si fa riferimento ad un qualche oggetto dicendo qualcosa di esso. Generalmente la predicazione viene strutturata su un duplice passaggio: col *riferimento* si stabilisce una relazione con qualcosa per mezzo di espressioni linguistiche; con la *predicazione* in senso proprio si afferma *che cosa è e come è* ciò a cui si è fatto riferimento. Ad esempio, nell'espressione "il tavolo è verde", "tavolo" è usato in modo referenziale e

---

<sup>113</sup> Przywara, *Akt und Sein*, in *Beiträge zur Förderung der christlichen Theologie von Schlatter und Lutger*, vol. 34 (1934).

<sup>114</sup> J. Y. Lacoste, *Dizionario critico di teologia (Dictionnaire critique de théologie)*, PUF, Parigi, 1998), ed. it. a cura di Pietro Coda, Roma, 2005, p. 85.

“verde” è usato in senso predicativo.<sup>115</sup> La differenza fra atti linguistici di riferimento ed atti di predicazione è segnata da una diffusa insufficienza dei criteri meramente grammaticali per la loro distinzione. Strawson ha mostrato che la divergenza può essere correttamente descritta grazie alla distanza ontologica degli elementi che sono introdotti attraverso i rispettivi atti linguistici. La ragione della distinzione fra soggetto e predicato deve dunque essere ricercata nella differenza del tipo o della categoria degli elementi che vengono introdotti negli enunciati, ovvero nella distinzione fra cose *singole* e *universali*.<sup>116</sup> Anche Quine, nel descrivere le espressioni usate nella predicazione, distingue quelle che svolgono funzione di riferimento e quelle che servono alla funzione predicativa, concordando con Strawson sul fatto che la differenza fra le due funzioni non possa essere chiarita soltanto da una distinzione fra le parti grammaticali del discorso, e il valore aggiunto in questa distinzione è dato per Quine dall’analisi del ruolo logico-grammaticale di tutte le parti del discorso, deciso in funzione della loro collocazione nella predicazione: “la combinazione fondamentale in cui i termini generali e singolari scoprono il contrasto dei rispettivi ruoli è quella della *predicazione*”.<sup>117</sup> Il discorso si complica assai, proseguendo su questi punti e sviluppandoli, ma per ora è più utile lasciarlo da parte per comprendere cosa di tutto questo sia utile a comprendere le teorie medievali sulla analogia. Questo complesso problema della predicazione ha fatto la sua comparsa proprio in teologia, e proprio con le teorie tomistiche che hanno sviluppato le originarie questioni aristoteliche; la dottrina della predicazione analogica si è sviluppata infatti come soluzione per il problema del senso e del valore e del linguaggio che l’uomo usa per parlare di Dio, problema che abbiamo visto essere identificato con la ricerca dei “nomi divini”.

Nella *Summa Theologiae* si trova spiegato un esempio di uso ana-logico del linguaggio religioso: “E’ impossibile che alcuna cosa si predichi di Dio e

---

<sup>115</sup> Molte altre questioni sono legate al problema della predicazione e del riferimento. Strawson ad esempio ha analizzato ampiamente il problema delle loro rapporto. La grammatica presenta spesso sproporzioni tra espressioni usate nella funzione del riferimento e altre usate nella funzione della predicazione. Con un predicato si possono formare espressioni-soggetto, ma non sempre è possibile, partendo da espressioni-soggetto, formare dei predicati. Strawson ha inoltre sostenuto che le ricerche grammaticali non possono chiarire fino in fondo la differenza tra le due funzioni citate. Cfr. Strawson, *Individuals. An Essay in Descriptive Metaphysics* (1959), London; si veda inoltre Strawson, *Subject and Predicate in Logic and Grammar* (1974), London.

<sup>116</sup> Si veda un testo fondamentale per la filosofia del linguaggio come P. Strawson, *Subject and Predicate in Logic and Grammar*, London (1974).

<sup>117</sup> Quine, *Parole e oggetto*, Milano, Il Saggiatore (2008), p.123.



delle creature *univocamente*. Poiché ogni effetto, che non è proporzionato alla potenza della causa agente, ritrae una somiglianza dell'agente non secondo la stessa natura, ma imperfettamente (e tale è il caso delle creature rispetto a Dio). Per conseguenza, applicato all'uomo, il termine 'sapiente' circoscrive in qualche modo e limita la qualità che esprime; non è così se applicato a Dio, ma lascia in tal caso la perfezione indicata senza delimitazione ed eccede il significato della parola. Quindi è chiaro che il termine 'sapiente' si dice di Dio e dell'uomo non secondo l'identico concetto (formale). Perciò nessun nome si attribuisce in senso univoco a Dio e alle creature, ma neanche in senso del tutto *equivoco*, perché in tal modo nulla si potrebbe conoscere o dimostrare intorno a Dio partendo dalle creature, ma si cadrebbe continuamente nel sofisma chiamato 'equivocazione'. (...) Si deve dunque concludere che tali termini si affermano di Dio e delle creature secondo *analogia (secundum analogiam)* cioè proporzione (*proportionem*). (...) E questo modo di comunanza sta in mezzo tra la pura equivocità e la semplice univocità, perché nei nomi detti per analogia non vi è una nozione unica (*una ratio*), come negli univoci né totalmente diversa, come negli equivoci; ma il nome che analogicamente si applica a più soggetti significa diverse proporzioni (relazioni) riguardo a una medesima cosa; così sano detto dell'orina, indica il segno della sanità; detto della medicina invece significa la causa della stessa sanità".<sup>118</sup> San Tommaso distingue inoltre la *res praedicata* dal *modus praedicandi*, ovvero tra ciò che si dice e il modo in cui lo si dice, che è una distinzione molto importante (lo vedremo meglio in seguito) anche per il linguaggio giuridico. *Res praedicata* è la qualità (o perfezione) indicata da un nome, *modus praedicandi* è il modo secondo cui tale perfezione si realizza; ad esempio, il termine 'sensazione' può esprimere al tempo stesso sia la perfezione della conoscenza (che è la *res praedicata*) sia il modo attraverso cui tale conoscenza si realizza, cioè in questo caso mediante i sensi (*modus praedicandi*). Quando applicata ai nomi divini, questa distinzione serve a precisare che tali nomi sono predicati di Dio secondo la *res praedicata* ma non secondo il *modus*: il nome 'sapiente' si può applicare a Dio quanto alla qualità (o perfezione) del nome stesso, ma non quanto alla modalità finita (di qualità limitata tipicamente umana) che viene connotata con quel termine. Tutti i concetti umani, anche quelli più raffinati e più elevati, mantengono sempre un certo livello di contatto

---

<sup>118</sup> S. Tommaso, *S. Tommaso d'Aquino, Summa Theologica*, Milano, Cisalpino (1942), (I, q. 13, a. 5).

con la realtà, un riferimento implicito ai modi limitati che sono i modi dell'uomo, dai quali possono "affrancarsi" solo in maniera imperfetta, non significando mai il modo divino delle perfezioni che si riconoscono e attribuiscono a Dio. Questo è il motivo per cui tali predicati limitati e finiti possono meglio essere esclusi da Dio, secondo una procedura che si definisce *via negativa*, e che fa parte dell'intera dinamica analogica: "Anzitutto noi escludiamo da Dio tutto ciò che è corporeo; poi quanto è spirituale o mentale, almeno nel senso in cui questo elemento si trova nelle creature viventi, come, per esempio, bontà e sapienza. Allora resta nella nostra mente soltanto la verità che Dio è, e nulla più. Infine, eliminiamo anche l'idea dello stesso essere, così come tale idea si trova realizzata nelle stesse creature. Giunti a questo punto Dio rimane avvolto nell'oscura notte dell'ignoranza, ed è in questa ignoranza che noi ci avviciniamo a Dio durante la nostra vita, come dice Dionigi. Infatti, in questa fitta nebbia abita Dio".<sup>119</sup> La dottrina tomistica della predicazione analogica risponde alla duplice esigenza di salvaguardare una certa conoscenza di Dio, da una parte, e di preservare intatta la sua assoluta trascendenza, dall'altra (la "fitta nebbia" di Dionigi rappresenta proprio questa dimensione di inconoscibilità).

La predicazione analogica, per concludere, nel suo differenziarsi dalla predicazione ordinaria, si colloca in un luogo di contatto fra la logica, la metafisica, la semantica e le teorie della conoscenza. Semanticamente, l'analogia sta infatti nel mezzo fra l'univocità e l'equivocità; l'analisi grammaticale si può agevolmente sdoppiare in una problematica logica, poiché corrisponde al chiedersi se un termine equivoco corrisponda a più concetti, ad una relazione secondo l'anteriore e il posteriore, oppure ad un concetto solo ma dissimulato sotto diversi significati. Molte delle evoluzioni della dottrina medievale dell'analogia arrivano dalle traduzioni dall'arabo, perché alcuni autori arabi hanno interpretato la paronimia, problema aristotelico,<sup>120</sup> come una forma di ambiguità (o *convenientia*), essendo i "convenienti" gli intermediari fra gli univoci e gli equivoci, come l'essente è fatto di sostanza ed accidente. Un nuovo referente si è aggiunto al campo di significato della analogia, e questo è la

---

<sup>119</sup> S. Tommaso, *I Sent.*, d. 8, q. 1, a. 1, ad. 4).

<sup>120</sup> La paronimia è quel fenomeno per cui una parola deriva da un'altra o possiede un significato legato a quello di un'altra parola, come ad esempio in inglese *wisdom* e *wise*: cfr. *New Oxford American Dictionary*.

*convenienza*, che è sinonimo di compatibilità ed adattabilità, perché è questo il senso in cui deve essere interpretato.

### 5.1 Univocità, equivocità, e principio di analogia come “omogeneizzatore”<sup>121</sup>

Con lo sviluppo della dottrina dell’analogia presso gli Scolastici, il problema dell’interpretazione non consiste più soltanto nell’esegesi dei testi sacri, ma inizia ad estendersi oltre, finendo per corrispondere alle questioni di generalizzazione tipiche della dimensione ermeneutico-teoretica su cui si fonda la riflessione filosofica (e non più soltanto teologica) sull’analogia. Ciò si verifica in maniera particolare a seguito dello sviluppo delle questioni di filosofia della natura, disciplina che con la tradizione Scolastica acquista rilevanza, e attraverso un processo di valutazione della compatibilità fra la divinizzazione della natura e la secolarizzazione della teologia, l’analogia diventa l’unico principio con cui è possibile spiegare la natura, in rapporto ad una simmetria che si instaura fra divino e natura. Nella costruzione dello spazio relazionale fra queste due categorie, quello analogico è il principio che per eccellenza funziona da *omogeneizzatore* fra grammatiche differenti, rappresentando il dispositivo su cui viene a strutturarsi ogni forma di coerenza e compatibilità fra elementi appartenenti a dimensioni distinte, proprio come nel diritto il meccanismo analogico è prima di tutto quello attraverso cui si effettuano valutazioni sulla adattabilità fra semantiche disomogenee, ma che possiedono qualche elemento di continuità.<sup>122</sup>

---

<sup>121</sup> Sono tre le principali forme di predicazione per la tradizione Scolastica: univocità, equivocità e analogicità: “Si deve sapere che un termine si può predicare di molte cose in tre modi: univocamente, equivocamente e analogicamente. Si predica *univocamente* quando si ha identità di nome e di concetto (*secundum idem nomen et secundum eandem rationem*), ossia di definizione, come quando si predica “animale” dell’uomo e dell’asino. L’uno e l’altro sono infatti animali, cioè sostanze animate sensibili, che è la definizione di animale. Si predica *equivocamente*, quando il nome è lo stesso ma il concetto è diverso (*secundum idem nomen et secundum diversam rationem*). Si dice infine che un termine si predica *analogicamente* (*analogice*) se si predica di molte cose i cui concetti e definizioni sono diversi ma si riferiscono a una stessa realtà (*rationes et definitiones sunt diversae, sed attribuuntur uni alicui eadem*). Per esempio, ‘sano’ si dice del corpo dell’animale, della urina e della bevanda, ma non secondo un significato completamente identico in tutt’e tre i casi” (San Tommaso, *Summa Theologiae*, Op. cit.). Qui si tratta di sviluppare il discorso che mette in relazione equivocità ed univocità nelle teorie medievali del linguaggio, e lo si deve fare scavando nelle dinamiche del pensiero analogico - il quale è peraltro stato confuso molto spesso con “ambiguo”.

<sup>122</sup> Nella *Metafisica*, testo fondamentale durante il Medioevo, Aristotele, dopo aver sollevato il problema del termine ‘essere’ e dei suoi possibili significati, introduce la cosiddetta equivocazione nota come “*pros hen*” (dal Greco, “in relazione ad uno” o “in funzione di uno”, in

Il meccanismo di omogeneizzazione va ritenuto fondativo sia quando si tratti di analogia attributiva sia quando si abbia a che fare con l'analogia proporzionale. Quest'ultima, come si è anticipato nei paragrafi precedenti, è quella forma di concettualizzazione, giudizio o inferenza che consiste in un'espansione della proporzione matematica, che conduce all'omogeneizzazione potendo fungere quindi da principio universale di razionalizzazione. L'analogia attributiva d'altro canto è relativa al rapporto fra *esemplare* ed *esempio*, sorgendo da un'inversione del normale procedimento di induzione dal noto all'ignoto (*e notoribus*), con la peculiarità di essere "attributiva" perché qualitativamente non riconducibile ad una proporzione verificabile, né a livello quantitativo né sul piano comparativo. Nell'analogia attributiva i termini non sono quattro, come in quella proporzionale, ma sono soltanto due, e per questa ragione essa è più primitiva dell'altra; nel processo di attribuzione di un predicato, si può andare dall'*effetto* alla *causa*, o dalla *creatura* al *creatore*, e il secondo dei due termini è sempre inconoscibile. Il passaggio da un effetto alla sua causa richiede che vi sia una negazione preliminare dell'identità degli attributi: ad esempio, la saggezza dell'uomo non può essere uguale alla saggezza di Dio, ma soltanto ad essa assimilabile per certi aspetti e non assimilabile per altri. L'attribuzione è, per questo motivo, quasi sempre equivoca e non univoca: per cui la teonimia (la ricerca dei nomi divini), per il

---

base al significato attribuito alla particella "*pros*"), che corrisponde all'idea che diversi sensi possono essere unificati attraverso la relazione con un senso centrale, universale. A completare questo quadro, la *Metafisica* di Avicenna, che viene tradotta in Latino durante il XII secolo. In questo testo Avicenna sostiene che l'essere (*ens*) non è né un genere, né un predicato che viene predicato ugualmente per tutti i termini subordinati ad esso; piuttosto, l'essere è una nozione più complessa (che coinvolge la *intentio*), in cui vi sia accordo fra il genere ed i possibili predicati. La rilevanza della analogia nel Medioevo si è dunque originariamente sviluppata sulla soglia di separazione fra termini univoci e termini equivoci. I termini analogici sono intermedi fra i termini equivoci e quelli univoci, sebbene il fatto che abbiano punti di contatto con entrambe le tipologie li rende sostanzialmente più vicini agli equivoci. La coesistenza di univocità ed equivocità nei termini (e nei concetti) analogici richiama molte delle domande che si sono sviluppate intorno alla interpretazione del diritto nella tradizione del XX secolo. Penso per esempio ad H.L. Hart, che a partire dal problema della vaghezza dei termini giuridici ha sviluppato la teoria della "*open texture*" del diritto. Solo per inciso va fatto un breve riferimento all'uso di "vago" nel discorso giuridico, per amplificare la rilevanza della storia dello sviluppo del pensiero analogico già nel Medioevo. Un termine "vago" è un termine i cui criteri di applicazione sono dubbi, in rapporto un dato oggetto o insieme di oggetti, e in un tempo preciso. Inoltre, i dubbi relativi all'uso del termine non devono essere il risultato di una carenza di competenza del soggetto che si appresta ad usarlo o del contesto linguistico in cui il termine deve essere utilizzato. La vaghezza deve essere, in questo senso, intrinseca. Possono esistere, nel diritto, diversi livelli di dubbio, che a loro volta sono misurabili in modi diversi. Intesa in questo modo, la vaghezza è uno dei principali contesti di dubbio in cui gli interpreti del diritto fanno ricorso a strumenti quali l'analogia.

senso di trascendenza che è richiesto dalle sue attribuzioni, si fonda sulla equivocità dei nomi, come è dimostrato nel *De divinis nominibus* di Pseudo-Dionigi, in cui viene spiegato il principio semantico della teonimia, il quale consiste non solo di una semantica puramente equivoca, ma anche di spostamenti di significato regolati da un criterio di gradualità; gli stessi predicati, secondo questo principio, cambiano di significato a seconda del grado di intensità che viene loro attribuito con il prefisso. Quindi quando si parla di Dio, bisogna far corrispondere all'attributo *bonum* il predicato *hyperagaton*, all'attributo *divinum* il predicato *hypertheon*, a *sapiens hypersophon*. Nel caso dell'uso graduato degli attributi divini per mezzo del prefisso *hyper-* è il criterio *intensivo* della eccedenza usato per gli attributi teonimici (nella loro funzione di attributi per la descrizione di Dio) che, coniugato insieme alla astrazione dai riferimenti concreti, finisce per circoscrivere il campo della trascendenza.<sup>123</sup> L'elemento della *risalita* dall'effetto alla causa ricorda l'altrettanto rilevante elemento di risalita presente nei processi di generalizzazione a cui richiama il prefisso *ana-* e la sua semantica nel greco antico.<sup>124</sup> La matrice metonimica presente nel meccanismo di correlazione fra causa ed effetto conduce a presupporre che esista una qualche forma di causa prima negli elementi, verso la quale ogni processo di generalizzazione, di analogizzazione su base attributiva, o più genericamente di *risalita* da un livello più concreto ad uno più astratto ed universale è sempre contenuta anche nei cosiddetti *exemplaria*, che sono altrettanto importanti per comprendere la natura mediatrice fra univocità ed equivocità della analogia. La matrice che accomuna gli esemplari di tutte le cose, che è in un certo senso l'arché dei *paradeigmata*, è per Dionigi (e per la Scolastica in genere) il *theos*, che è il creatore delle idee e dei paradigmi più che delle cose concrete: i *paradeigmata* sono le ragioni pre-esistenti in Dio che danno che danno sostanza alle cose rendendole coerenti e solidali con l'origine, e per questo facendo di esse delle predeterminazioni che sono per definizione buone, poiché espressione di un'intenzione divina. Per cui, Dio ha predisposto e creato le cose per mezzo delle ragioni esemplari, le quali sono dunque principio originante e principio informatore degli esseri.

<sup>123</sup> E. Melandri, *ibidem* (2004), p. 97.

<sup>124</sup> Si vedano a questo proposito le osservazioni contenute nel par. I di questo capitolo.

L'equivocità della teonimia ha un altro aspetto di grande rilevanza per l'evoluzione storica del sapere e del pensiero analogici, il fatto che essa, pur essendo necessaria alla definizione delle nozioni trascendenti, non è sufficiente, perché per il linguaggio teologico occorre sempre anzitutto valorizzare gli attributi, ovvero i predicativi originali che si identificano negli *exemplaria*, i quali servono da sostantivi «di grado superlativo». Gli esemplari sono per loro stessa natura analogici, nella misura in cui tali archetipi, nel pensiero medievale, non corrispondono con dei trascendentali logici, ma sono anche precipitati singoli, sia *arche-tipi* che *tipi* in senso stretto. Il problema logico dell'equivocità finisce per assumere anche un aspetto ontologico, nel caso in cui i predicati vengano interpretati come nomi di attributi, ovvero di proprietà qualitative o relazionali: il significato (variabile, in un contesto di equivocità) di un termine predicativo ammette variazioni considerevoli a livello quantitativo e qualitativo, a seconda della funzione svolta nella proposizione. Questo è di fatto il valore fondamentale dell'equivocità: sull'invarianza del significato si fonda la sillogistica aristotelica, il calcolo delle classi, ma ciò non rappresenta tutte le possibilità della logica nella realtà; con le spiegazioni introdotte dalla logica proposizionale, il singolo nome non è più sufficiente a spiegare il significato. Con la fondazione proposizionale della logica, il significato di un predicato può variare, all'interno dell'invarianza del termine, in relazione alla struttura della proposizione e agli altri elementi presenti in essa.<sup>125</sup> L'equivocità, e l'uso analogico di un nome, sono dunque possibili in un contesto in cui il significato varia a seconda degli elementi presenti nella proposizione e della struttura interna della stessa: come aveva già fatto notare San Tommaso, «*ista nomina significant idem secundum rem, sed secundum rationes diversas*».<sup>126</sup> Un termine, se preso a sé ed inteso quale «nome» in senso proprio, ha un significato *secundum rationem*, in tal caso il suo uso in quanto predicato si riduce ad un nome. Al contrario, se un nome viene usato in un giudizio, ad esempio un giudizio analogico, assume un significato ulteriore *secundum rem*, il che è identificabile con il concetto di definizione contestuale o implicita. Presi isolatamente, due predicati differenti hanno lo stesso significato *secundum rationem* soltanto se sono sinonimi in senso stretto.

<sup>125</sup> E. Melandri, *ibidem*, p. 104.

<sup>126</sup> *Summa Theol.*, I° P., q. *xiii*, art. 4, 2.

La teoria del giudizio di Tommaso, costruita sulle definizioni di equivocità ed univocità, è attualmente per molti aspetti inconfutabile, poiché da essa consegue che non bisogna confondere il significato referenziale, statico e assoluto di un nome (*id a quo imponitur nomen ad significandum*) con il significato che il nome assume quando diventa strutturale, operativo all'interno di un giudizio e in questo senso relativo più ancora che referenziale (*id ad quod significandum nomen imponitur*). Equivocità ed univocità non lavorano, in ogni caso, su piani differenti; univoco ed equivoco finiscono spesso per scambiarsi le parti e ciò che è univoco in accezione nominale può diventare equivoco in una dimensione proposizionale.<sup>127</sup> L'analogia si inserisce nella dialettica fra equivoco ed univoco e si comporta come principio non autonomo: è, piuttosto, un meccanismo di restrizione, bilanciamento, ed adattamento della equivocità. Adottando la prospettiva del principio di analogia, in logica, in teologia, ed anche nel diritto, si comprende quanto sia incompleta la supposta stretta alternativa fra univocità ed equivocità: il principio di analogia è *omogeneizzatore* poiché non potrebbe mai condurre a distinguere, recisamente e dicotomicamente, la dimensione dell'equivoco da quella dell'univoco, rappresentando il meccanismo che le mette in comunicazione.

## 5.2 Omologo, analogo

Una volta chiarita la posizione intermedia fra univocità ed equivocità occupata dai diversi referenti del campo analogico, vale la pena di approfondire alcuni aspetti relativi alla radice *omo-*, che è presente negli attributi 'omologo' e 'omogeneo'. Senza entrare troppo nel dettaglio della distinzione fra omologazione (o omologabilità) ed omogeneità, ciò che è invece rilevante è il contrasto fra *omo-* e *iso-*. È omologo, o omogeneo, ciò che non sarà mai identico; se *iso-* è la radice dell'uguaglianza, *omo-* è quella dell'equivalenza, e vedremo presto che questa contrapposizione è una delle tracce su cui viene a costruirsi il sapere analogico nel diritto. L'analogia interviene a mediare fra campi che naturalmente presentano delle differenze; proprio come mostra la radice *omo-*, anche il prefisso *anà-* nasce come dispositivo che mette in comunicazione

---

<sup>127</sup> E. Melandri, *ibidem*, p. 111 .

dimensioni diverse: in entrambi i casi non c'è uguaglianza, e quindi la comparazione e la misurazione sono dispositivi centrali. La radice *omo-* è in stretta relazione con il meccanismo della proporzione, poiché condivide con quest'ultima l'inclusione delle parti in un *unicum*, e anche il ruolo centrale giocato dal terzo (o dal *medio*).<sup>128</sup> L'idea di un medio in cui vengono connesse le differenze ritorna ancora una volta come *Leitmotiv* del campo analogico, insieme alla sua declinazione a livello teoretico, ovvero alla rappresentazione come base di ogni processo ermeneutico.

La proporzione è un'uguaglianza fra rapporti, siano essi fra parti e tutto o fra genere e specie; proporzionali sono anche le relazioni fra contenente e contenuto, singolare e universale: per cui la proporzione può ricadere tanto su un criterio numerico-quantitativo, quanto sulla forma o sulla *ratio*. L'aspetto in comune è la misurazione comparativa, o la comparazione a partire dalla commisurazione: la conseguenza di una stabilita proporzione è la compatibilità fra le differenze, che proprio in ragione della proporzione trovano uno spazio per il contatto, giustificando così l'accostamento all'interno del medesimo discorso. Ciò che è proporzionale è anche adatto (*ad-aptus*, proprio, conveniente, opportuno): è *pro-portione*, cioè in rapporto ad una parte, per cui la proporzione presuppone la dinamica parti-tutto anche nella sua semantica. L'omologia e la proporzione sono dunque legate da un aspetto comune, che è la struttura triangolare della loro logica di fondo: tanto l'uno quanto l'altro concetto sono debitori di una grammatica del *medio* (e della sua radice indoeuropea *med-*), che fa riferimento, allo stesso tempo, allo spazio fra le parti e alla capacità di stare in mezzo, per cui tanto ad un carattere quanto ad una dinamica. Ogni operazione che riguarda la mediazione, anche quella giuridica, può essere compresa fino in fondo soltanto a partire da questa consapevolezza di un'ambivalenza di fondo del concetto di medio e delle operazioni ad esso connesse. È stato già più volte suggerito, peraltro, che la ricostruzione dell'ampiezza semantica del "medio" conduce a svelare un legame originario fra mediazione e giustizia.<sup>129</sup> Come giustamente rilevato da Eligio Resta, la storia del "medio" ci racconta che esso va inteso non come un modo per trovare una dimensione neutrale fra le

---

<sup>128</sup> Cfr. prossimo paragrafo, n. 5.2.1

<sup>129</sup> E. Resta, *Il diritto fraterno*, Roma-Bari, Laterza (2005); É. Benveniste, *Le vocabulaire des institutions indo-européennes* (II. *Pouvoir, droit, religion*), Paris, Minuit (1969).



differenze (*nec utrum*, ovvero “né questo, né quello”), ma come lo spazio di ricomprensione in cui “medio” è *sia questo che quello*, o meglio ancora questo e quello: medio è quindi il meccanismo che mette in comunicazione le differenze per trovare punti di contatto, equi-valenze - ciò che, secondo procedure simili, fa d’altra parte il discorso analogico nel diritto (attraverso tutti i suoi referenti). Il gioco è tutto nella relazionalità istituita con la congiunzione “e” (questo e quello): essa rappresenta lo spazio dell’inclusione che è la premessa tanto della spiegazione quanto della comprensione, che sono i principi intorno ai quali la morale contemporanea (in special modo in Agnes Heller e in John Rawls) ha ricostruito la teoria di una vita giusta come una vita fondata sull’equilibrio ricomprensivo degli eccessi.<sup>130</sup> Prima di passare ad alcune riflessioni sulla declinazione dell’idea di “medio” nella morale, e in particolare sulla *mesotes* aristotelica, alcune precisazioni sul medio sono necessarie.

Scavando nelle pieghe dell’origine filosofica del concetto di “mediazione” (che ovviamente ha nel medio le sue radici), si scopre che il concetto etico-politico e il concetto giuridico di “mediazione” hanno avuto percorsi separati ma per certi aspetti complementari: entrambi sono segnati da un’alternativa fra congiunzione e disgiunzione (o fra inclusione ed esclusione), come peraltro avviene anche nella media proporzionale e nella media geometrica come descritte dai pitagorici. Le differenze, che sono il luogo in cui viene a svilupparsi il conflitto, sono anche ciò che accomuna gli elementi nel quadro della mediazione: “quello che separa i due confliggenti, tanto da giustificare il litigio, è esattamente quello che li accomuna (...), essi condividono la lite e quindi un intenso mondo di relazioni, norme, legami, simboli che appartengono a quel meccanismo. Per quanto evanescente possa essere, la posta in gioco separa e unisce; taglia di netto possibilità di comunicazione e ne instaura altre”.<sup>131</sup> Poiché i confliggenti - se si prende ad esempio un conflitto - e le differenze - se si prende a modello un generico discorso in cui si mettono in relazione elementi diversi per tentare di tracciare, ad esempio, un’inferenza analogica - appartengono nella loro diversità allo stesso genere, essi vivono la stessa dimensione “ecologica”. Il luogo in cui il medio e la mediazione sono possibili è anche quello in cui si realizzano i conflitti (e genericamente le

---

<sup>130</sup> Vedremo a breve che questa teoria si radica in Aristotele.

<sup>131</sup> E. Resta, Op. cit, p. 75.

differenze, o distinzioni). Lo spazio del medio è nel mezzo, fra due estremi, e coincide con la relazione fra le parti e allo stesso modo con la loro esistenza, condividendo con esse le distanze e le approssimazioni: allargando lo sguardo, si potrebbe pure affermare che lo spazio nel medio è fra due *o più* estremi, potendo il medio ricomprendere gli accidenti dei singoli casi in ragione di un proprio carattere generalizzante che permette di stabilire congruenze dove non vi sono identità (ciò che è confermato dal fatto che ogni dimensione di normatività non è altro che una generalizzazione congruente). Diventa a questo punto ancora fondamentale rilevare che il campo analogico, così come il concetto di “omologia” e quello di equivalenza che qui e in altre parti di questo lavoro vengono ad esso ricondotti, è il luogo per eccellenza dei meccanismi riflessivi: nel ricomporre il rapporto di proporzionalità fra elementi disomogenei, l’ana-logica reimpone nel diritto un carattere auto-osservante, per cui a stabilire cosa sia la parte e cosa sia il tutto (ad esempio un principio, o ad un livello ancora più alto il discorso giuridico nel suo complesso) è lo stesso sistema in cui viene definito il modo in cui interagiscono il tutto e le parti, così come pure le specie e i generi. *Omologo* è dunque una parola chiave per comprendere il carattere riflessivo del diritto, che si specifica in tutte quelle dinamiche di comparazione, commisurazione o commutazione che sono finalizzate a garantire coerenza nella dimensione della non-identità per eccellenza. Se lo spazio del medio (e della mediazione) è nel mezzo, esso condivide anche distanze ed avvicinamenti fra le differenze, per cui proprio come fa l’analogia nel diritto il medio costituisce lo spazio, il meccanismo e il modello di riferimento per la comparazione e la commisurazione (e l’eventuale commutazione) di elementi disomogenei.

Il *medio* è un concetto vastissimo, inclusivo di più dimensioni: lo si può immaginare tanto come un modello, una rappresentazione, che a livello teoretico contribuisce al processo ermeneutico. *Medio* è anche, e al tempo stesso, un mezzo per raggiungere uno scopo (letteralmente, un “mezzo”), e pure la dinamica attraverso cui e lo spazio in cui ogni processo di mediazione si può realizzare. La traccia comune a questi significati è l’assenza di un concetto stabile e definitivo di “medio”, che è invece sostituito dalle modalità attraverso cui si presenta: esso varia, di volta in volta, a seconda del contesto, degli elementi, dei soggetti coinvolti. Oltre a ciò, va ripresa una dimensione

semantica legata originariamente all'agire pratico, che riguarda il concetto aristotelico di "*mesotes*": nell'*Etica Nicomachea* il filosofo di Stagira introduce la dottrina del giusto mezzo, che corrisponde all'unica via per comprendere la natura autentica della giustizia; il giusto sta in rapporto di specie a genere con la proporzione - quest'ultima corrisponde alla uguaglianza fra rapporti e coinvolge quantomeno quattro termini: la *ratio* fra una coppia di termini è uguale alla *ratio* fra un'altra coppia di termini. Il giusto a sua volta coinvolge la proporzione, e l'ingiusto è ciò che viola la proporzione. Non esiste un'idea assoluta di giustizia, ma si può contribuire a realizzarla attraverso la dottrina del giusto mezzo, e in particolare grazie alla virtù detta *mesotes*, per la quale sono centrali il ruolo della misura e il concetto, appunto, di "medio". La *mesotes* è una virtù che interessa certamente la dimensione etica (come è vero per tutte le virtù), ma essa coinvolge anche per certi aspetti la metafisica, poiché per stabilire cosa sia giusto o ingiusto in un contesto bisogna anche conoscere gli attributi degli elementi coinvolti nel contesto, per stabilire cosa essi siano.<sup>132</sup> Nella prospettiva aristotelica, l'eccellenza umana nel comportamento sta nella *mesotes*: questa non è una via di mezzo calcolata aritmeticamente fra due estremi (un eccesso e un difetto), ma la si può trovare soltanto considerando il soggetto o i soggetti coinvolti in rapporto al contesto, per cui il giusto mezzo si ridefinisce volta per volta secondo un criterio differente perché riguarda criteri differenti. Gli esempi riportati da Aristotele rimandano alla dimensione morale, per cui la virtù è il mezzo fra due estremi, l'eccesso e l'insufficienza, e spesso si tratta di verificare la possibilità di un equilibrio fra eccessi che sono fondamentalmente dei vizi, essendo l'obiettivo di Aristotele quello di stabilire un discorso sulle regole della morale. La *mesotes* è allora anzitutto una via per trovare il giusto mezzo in situazioni anche molto differenti: non potendosi dire cosa sia precisamente, si deve almeno dire *come* lo si possa raggiungere. Si può quindi affermare che il medio è una questione di conformità alla procedura che serve per raggiungerlo, un problema di "formulazione" e non di "fondazione": il concetto di giustizia non è determinabile in assoluto, per cui il medio è prima di tutto una questione legata a *come* raggiungere il bene. Il punto è che nella dottrina di Platone il bene è qualcosa di trascendentale, mentre per Aristotele questo non basta più: ci sono molte possibili definizioni tutte ugualmente

---

<sup>132</sup> Aristotele, *Etica Nicomachea*, Milano, Bompiani (2000).

riconducibili al concetto di “bene”: questo non è un elemento comune che risponde ad una sola idea o a un solo criterio. Il bene è allora una procedura da costruire intorno all’idea di “giusto mezzo”, ovvero seguendo la formula della *mesotes* secondo cui il bene e la virtù sono il risultato della misura intermedia fra due dimensioni di immoralità. *Fra* due estremità, qui si collocano il bene e la virtù: non sono un *cosa*, ma un *come* - il medio fra gli estremi, fra gli eccessi, fra il “troppo” e il “troppo poco”. Per queste ragioni la *mesotes*, essendo un metodo e non un valore prestabilito, si applica a più discorsi: è un concetto vago, il cui contenuto varia a seconda del contesto, degli elementi coinvolti, degli interessi e del complessivo quadro di riferimento.<sup>133</sup> Medio è anche ciò che si mostra proprio, o più appropriato: l’esempio che riporta Aristotele è quello della virtù del coraggio, eccellenza che si pone tra un eccesso e un difetto, fra la viltà e la temerarietà: la viltà non è coraggio, perché è in difetto rispetto all’agire coraggioso, mentre la temerarietà non è virtuosa perché è agire eccessivo rispetto all’agire coraggioso. Quest’ultimo corrisponde allora alla *mesotes* fra la viltà e la temerarietà; non si tratta di una media aritmetica fra eccesso e difetto, ma di un equilibrio da valutare considerando i soggetti coinvolti, la situazione in cui si trovano ad agire; il giusto mezzo è un equilibrio specifico, dinamico, inserito nell’azione.

La *mesotes* è un tipo di abito, o di *disposizione* (*hexis*, in greco) da agire in situazioni concrete: è una forma di misura interiore (morale) ma anche esteriore, una proporzione da comprendere ma anche da agire. Nella filosofia aristotelica, il bene corrisponde alla felicità massima, la quale a sua volta può derivare soltanto da un’attività dell’anima; posta la distinzione fra le virtù, che sono intellettuali o morali, va precisato che le virtù intellettuali risultano dall’insegnamento, mentre quelle morali risultano dall’abitudine - la *mesotes* è in questo senso da intendere come *hexis*, come approccio metodologico da applicare al *pluriversum* delle situazioni di fronte alle quali ci pone la realtà, e come abbiamo visto lo stesso vale anche per la realtà giuridica. Il coraggio è allora il medio fra la codardia e la sconsideratezza, la liberalità quello fra la

---

<sup>133</sup> Ha rilevato Hans Kelsen a proposito: “*This legitimation is achieved, it is true, by showing that these requirements of positive morality and positive law correspond to the Mesotes formula, as to a principle defining the nature of the good and of virtue, a principle, however, which is, in reality, so vague that it may be applied to any social order whatsoever*”; così in *The philosophy of Aristotle and the Hellenic-Macedonian Policy*, in *The International Journal of Ethics*, Vol. XLVIII, n.1 (1937), p. 11.

prodigalità e l'avarizia, l'orgoglio fra la vanità e l'umiltà, l'ingegno fra l'esser buffone e l'esser rozzo, la modestia fra la timidezza e l'impudenza. La giustizia quindi riguarda la giusta proporzione: il meccanismo, il *modo per*, e non una valutazione assoluta, che solo talvolta corrisponde all'uguaglianza fra due elementi,<sup>134</sup> poiché la proporzione riguarda i rapporti e non la quantità (proprio come l'analogia, d'altronde). E' nella giustizia, per mezzo di virtù (da agire, appunto nel senso di "*hexis*") che insieme viene compresa ogni virtù, e soltanto attraverso questo meccanismo di ricomprensione può realizzarsi la saggezza pratica (*fronesis*, tema che sarà ripreso anche più avanti) in maniera perfetta: essa è una virtù sommamente perfetta perchè chi la possiede se ne può servire anche nei riguardi di un altro e non solo di se stesso, e soprattutto può farlo in situazioni anche molto diverse. La giustizia è la sola delle virtù che sembra essere un bene altrui, in quanto riguarda gli altri: essa infatti compie ciò che è utile ad altri. E' dunque l'uomo peggiore colui che diventa reo verso se stesso e verso gli amici, mentre il migliore non è chi fa uso della virtù riguardo a se stesso, bensì che ne fa uso verso gli altri. La giustizia, integrando la *mesotes* sul piano metodologico, non è una virtù parziale, ma una virtù completa, e l'ingiustizia che le si oppone non è un vizio parziale, ma è vizio completo.<sup>135</sup>

Abbiamo visto finora alcune della ragioni per cui il medio è un concetto fondamentale in filosofia; posta questa premessa, riprendiamo ora le osservazioni iniziali svolte in questo paragrafo a proposito del rapporto fra omologia e analogia. Come si è detto, la questione principale tocca la differenza fra le radici *omo-* e *iso-*. Omologie, omogeneità e omogeneizzazioni sono possibili soltanto laddove non sia rintracciabile un'identità o per lo meno laddove, pur essendovi alcuni aspetti di somiglianza, la disomogeneità prevalga sull'identità. L'analogia è l'identità fra identità e non identità, ed è dunque profondamente connessa, per questa ragione, con l'omologia. *Anà-* è, proprio come *omo-*, un prefisso che mette in comunicazione le differenze attraverso alcuni punti di contatto: entrambi i prefissi hanno nel medio il loro fondamento, pur riferendosi in un caso a un intero campo e nell'altro ad un attributo (riferito a sua volta al concetto di omogeneità). In questo lavoro si

---

<sup>134</sup> Aristotele, Op.cit., 1131b.

<sup>135</sup> Aristotele, Op.cit., 1129b-1130a 10.

afferma peraltro che il campo analogico, attraverso i suoi referenti, possiede un campo d'azione che si estende ben oltre il ragionamento, coinvolgendo anche i concetti, la predicazione, e il giudizio estetico (nel senso kantiano), per cui questo parallelo fra omologia e analogia supporta la tesi, poiché l'omologia ha un carattere che si estende a diverse dimensioni, e anch'essa non può essere limitata all'argomentazione.

Per questo diventa fondamentale comprendere a fondo le ragioni per cui il *medio* si fa dispositivo centrale del campo analogico, essendo rilevante su più livelli e in più dimensioni, con l'unica costante della capacità di mettere in connessione le differenze attraverso somiglianze e approssimazioni, sempre passando attraverso uno stadio appunto inter-medio di ricomprensione delle differenze. Il medio è allora ciò che lega anzitutto analogia e omologia.

Come si è anticipato, il medio nel mondo antico è stato *mesotes* prima di essere "mezzo" inteso come strumento per raggiungere un fine: esso era allora sia lo spazio che la virtù, la modalità, per comprendere due eccessi. Lo spazio del medio è dunque, anche nel quadro dell'agire pratico, uno spazio di condivisione e appartenenza comune, e non è mai, al contrario, spazio della sottrazione. Lo conferma la logica della mediazione che nel diritto ha subito slittamenti semantici ed è spesso stata erroneamente identificata con una logica della terzietà, a causa di una inconsapevolezza di fondo rispetto alla vera natura dell'atto del mediare, che è invece soprattutto inclusione delle differenze in un luogo comune e in una logica della ricomprensione. Un mediatore che si confonde con un giudice smette di essere mediatore e assume una posizione estranea, incapace di identificare il litigio con l'elemento comune fra le parti, che proprio nella dimensione conflittuale possono e devono incontrarsi, poiché lì soltanto esse hanno un contatto. Lo stesso meccanismo può essere trasposto all'ana-logica e all'omo-logia in quanto discorsi da intendere nel loro essere intermedi fra le differenze, poiché l'uno e l'altro sono "risorsa simbolica da trasformare e riutilizzare per riattivare la capacità comunicativa",<sup>136</sup> esattamente come dovrebbe avvenire per la mediazione. Inizia così a chiarificarsi il parallelo fra analogia, omologia, e funzione del medio: elemento comune è lo stare tra le parti, essendo in mezzo a loro senza trovare uno spazio neutro in cui possa risiedere la grande utopia della modernità che è l'idea del terzo (e del concetto

---

<sup>136</sup> E. Resta, *Il diritto fraterno*, Roma-Bari, Laterza (2005).

di terzietà ad esso connessa): la logica di fondo risponde ad un criterio di bipolarità e non di binarietà. Il pensiero analogico (e ad esso vanno associati sia il pensiero “omo-logico”, sia la logica del medio e dunque anche quella rimediale) permette di declinare in modo diverso le opposizioni binarie che definiscono la logica occidentale moderna, che sono null’altro se non logiche in cui il terzo non è dato, in cui se non è *a*, allora deve essere *b*. L’ana-logica agisce trasformando le opposizioni dicotomiche e binarie, che sono generalmente rigide e contraddittorie, in opposizioni dipolari, tensionali e contrarie.<sup>137</sup>

E’ dunque il modo, o meglio i modi operativi, dell’analogia, ad essere rilevante, più che la definizione del suo contenuto in quanto ragionamento: per questa ragione, e con questo approccio, l’ana-logica diventa lo sfondo per comprendere anche il meccanismo dell’omologia, e soprattutto quello del medio che vedremo essere centrale in tutto lo sviluppo del presente lavoro. Le strategie dell’ana-logica intervengono nelle dicotomie della logica binaria non per comporle in un terzo che vale da sintesi fra una tesi e un’antitesi, bensì per trasformarle in campi di polarità, per cui l’idea del terzo (più che essere incluso) è quella delle logiche *con terzo*: “esso si attesta qui soltanto attraverso la deidentificazione e la neutralizzazione” degli elementi che partecipano al discorso, “che diventano ora i poli di un campo di tensioni vettoriali. Il terzo è questo campo, e nient’altro. Se si cerca di afferrarlo sezionando il campo e isolando in esso un punto (o un insieme di punti), ciò che si ottiene è soltanto una zona di indifferenza o di indecidibilità fra i due poli”.<sup>138</sup> Per questo ogni processo di mediazione, che di fatto si ritrova anche nelle forme dell’interpretazione analogica nel diritto, si colloca fra le alternative, potendosi mediare soltanto all’interno di una dinamica con terzo e non invece nel quadro di un meccanismo in cui il terzo significa l’estraneità alle parti diverse o confliggenti.

Precisare ulteriormente alcuni aspetti dell’idea di terzo si rende a questo punto rilevante per comprendere a fondo alcune delle affermazioni finora svolte, ma anche e soprattutto per stabilire continuità con quanto si dirà più avanti in questo lavoro. Il principio del terzo escluso - anche noto come

---

<sup>137</sup> G. Agamben, *Archeologia di un’archeologia*, Introduzione a E. Melandri (Quodlibet, 2004), p. XVI ss.

<sup>138</sup> Cfr. G. Agamben, *ibidem*, (2004), p. XVII.

principio di non contraddizione - afferma che una proposizione è o vera o falsa, e non esiste una terza possibilità (*tertium non datur*); questo principio si trova già formulato nella *Metafisica* di Aristotele e implica appunto che se una proposizione è vera, non lo è il suo contrario. Al principio del terzo escluso corrispondono il principio di contraddizione, il concetto di identità elementare, l'estensionalità, la discretezza, e la finitezza; al principio del terzo incluso e ancor di più alle logiche con terzo corrispondono il principio di contrarietà, l'identità funzionale, l'intensionalità, la continuità e l'infinità. La logica del medio, che è ana-logica, corrisponde ad una logica del campo in cui le differenze sono messe in relazione da meccanismi vettoriali e si definiscono reciprocamente. Il terzo allora deve essere inteso come medio analogico e non come spazio esterno in cui avviene una ricomprensione neutra delle differenze, essendo il terzo il luogo per eccellenza dell'inclusione e non dell'esclusione.

Poste queste premesse, fatte le dovute precisazioni, è a questo punto necessario fare ancora alcune brevi precisazioni sui concetti di simmetria e proporzione, che proprio nella *medietas* vedono corrispondere un loro aspetto comune, il che giustifica anche la frequenza con cui i due temi vengono confusi. La simmetria è un problema già noto ai pitagorici, il che è confermato dall'elaborazione del principio cosmogenetico di simmetria da parte di Archita, principio secondo cui l'origine di ogni elemento che costituisce l'universo rispetta sempre un criterio generale di simmetria, da intendersi prima di tutto come comunanza di un metro uniforme. D'altro canto sempre Archita nell'*Harmonicus* intende come "*geometrikà analogìa*" ciò che attualmente viene inteso con l'espressione "*media proporzionale*": siano dati due estremi *a* e *b* - la media proporzionale (o *geometrikà analogìa*) si ottiene in base alla equazione  $a/x = x/b$  (più precisamente, si ottiene con la radice quadrata del loro prodotto). Archita distingueva altre due medie: quella "*aritmetica*" (che forse è quella che più di tutte si avvicina al concetto di media come equità nella "*decisione*" nel senso in cui viene descritta nel diritto) e quella "*armonica*". Fra questi tipi diversi di media proporzionale, nel mondo antico la proporzione fondamentale è quella geometrica, poichè essa è media proporzionale tra la armonica e la aritmetica (media armonica e media aritmetica sono due estremi di cui la media proporzionale è media geometrica). Nel calcolo, la simmetria corrisponde alla media aritmetica. Essa si calcola infatti a partire da una equazione di due



*diastémata*, quando occorre stabilire una simmetria fra un *mésou* e due *horoi* (ad esempio, fra 6 e 4 i *diastémata* sono rispettivamente, rispetto alla somma, 6 e 4, e la media aritmetica 5; 5 è anche la *mesotes* di 6+4 e il *mésou* fra 4 e 6; mentre i due *horoi*, facendo perno sul 5, sono 0 e 10). Resta da precisare che nella media aritmetica la vera differenza rimane sempre e soltanto quantitativa, per cui essa deve essere intesa più che altro come premessa per la spiegazione di un concetto di “media”, e ancor più di “medio” che si è esteso ben oltre la mera dimensione della quantità.

La proporzione aritmetica si distingue da quella geometrica poiché in quest’ultima si verifica l’identità fra rapporti e non fra valori numerici: l’equazione di due *logoi* non annulla la *schésis* (relazione), e il risultato in questo caso è una analogia in senso proprio, ovvero un’eguaglianza di rapporti; qui alla differenza quantitativa, intesa come rapporto, si aggiunge anche quella qualitativa per cui l’equazione non è mai identità. E proprio per indicare che l’equazione di rapporti non è puramente quantitativa, la *schésis* nella proporzione geometrica si specifica come *logos* che tiene insieme le parti in un ordine all’interno del quale sono stabiliti criteri, distinzioni e spazi di comparazione, confronto e commisurazione.

### 5.2.1 L’uno, i molti, il medio

Vediamo ora in che modo il rapporto fra le parti e il tutto sia ricostituito proprio attraverso il medio, il che contribuirà ad affermare l’idea secondo cui il pensiero analogico ha fra le proprie funzioni principali quella di creare connessioni fra i singoli enunciati e il discorso. D’altra parte, vista la fondamentale relazione fra analogia e generalizzazione, che sarà analizzata nel capitolo prossimo (cap. III par. II), il discorso deve convergere verso una digressione intorno al rapporto fra parti e tutto in prospettiva storico-filosofica, il che serve da base per tutte le osservazioni che a proposito saranno svolte nella parte centrale, dedicata ad una ricognizione nelle modalità operative dell’ana-logica.

Peraltro, da un punto di vista filosofico la ricomprensione dell’universale nel particolare è il fondamento di ogni discorso intorno a tipi, modelli, esempi, paradigmi, *standard*, il che significa che questo meccanismo va analizzato già a

partire da questa sezione iniziale del lavoro affinché la riflessione conclusiva possa essere propriamente integrata dalle necessarie premesse di natura concettuale.

Questa digressione è inoltre fondamentale per una ragione ulteriore: non soltanto l'analogia si coglie quando da un particolare si inferisce qualcosa di un altro particolare (passando per l'universale), come già si è detto; essa infatti non serve soltanto a validare un'inferenza dove vi sia l'assenza di una norma. Il pensiero analogico, sebbene incalcolabile e di quasi impossibile definizione, è l'unico criterio atto a mediare fra le cose e i loro modelli - dunque l'analogia, prima di essere a livello del discorso un dispositivo di connessione fra parti e tutto, genere e specie, è anche e prima di tutto il luogo della ricomprensione fra pensiero e realtà. Per cui un'idea è un'idea perché somiglia alla cosa che rappresenta a livello del pensiero, un esempio o un modello sono tali poiché fra essi e le cose esemplificate vi è un livello tale di somiglianza, e tanto rilevante, da giustificare il fatto che quel preciso particolare sia trattato da modello, esempio (o tipo, o *standard*): "innegabile è il fatto empirico per cui nella concretezza dell'esperienza si dà volta per volta un'idea, un modello o un codice interpretativo tale da imporsi preferenzialmente su tutti gli altri in astratto componibili."<sup>139</sup> Attraverso l'analogia diventa "comprensibile l'idealità della tematica, cioè l'impossibilità di ridurre il significato del 'tema' a considerazioni strutturali e funzionali. L'immanenza delle idee nelle cose o del significato nella tematica si coglie per intuizione, la quale - nel senso kantiano della *Anschauung* - fa parte della percezione stessa".<sup>140</sup>

Un modello (*l'uno* ricomprensivo dei *molti*, per cui è, come tutti i referenti del campo analogico, *medio* per eccellenza) vale per tutte le cose alle quali si applica, che sono potenzialmente infinite: alla stessa maniera la correlazione fra l'idea di "uomo" e gli uomini che popolano la realtà è riproducibile nei termini *uno-molti*, dal momento che ogni cosa in concreto ha la capacità di esemplificare tutte le idee delle quali partecipa. Trovare l'uno al di là delle sue individuazioni corrisponde all'operazione giuridica per cui di fronte ad una fattispecie si tenta di risalire ad un concetto generale ed astratto al fine di verificare, ad esempio, se due elementi del discorso siano riconducibili ad

---

<sup>139</sup> E. Melandri, *La linea e il circolo* (1968; 2004), p. 670.

<sup>140</sup> E. Melandri, *Op. cit.*, p. 670.

un'unica *ratio* che li ricomprensca (come ad esempio un'automobile o un velivolo potrebbero essere ricompresi nell'idea di "mezzo di trasporto"). La relazione fra l'uno e i molti è biunivoca: l'ana-logica integra infatti forme di rappresentazione dei molti nell'uno e dell'uno nei molti, e più ancora che integrarle in verità ne conosce le istanze e su di esse si basa. Il che è d'altra parte comprensibile se si considera che le idee sono infinite (non solo potenzialmente): secondo una diffusa teoria metafisica, infatti, i *qualia* pur non essendo infiniti innescano reazioni che procedono all'infinito: ne basta uno, poi col suo complemento da un *quale* (un'essenza) se ne formano due, e con ciò si duplica questa dinamica all'infinito. L'apertura delle possibilità, che è un carattere proprio della realtà, complessifica, da un lato, il rapporto fra uno e molti; dall'altro però spiega la ragione per cui in sistemi discorsivi come il diritto la logica non sia sufficiente a dominare questa ampia gamma di dimensioni possibili. E' qui che ad essa viene in soccorso l'ana-logica, che lavora proprio attraverso dispositivi che coniugano l'universale e il particolare.

Stabilito dunque che l'ana-logica è anche un criterio di mediazione fra l'uno e i molti, prima di concludere è ancora utile integrare qualche brevissima osservazione sul principio di individuazione, tema centrale di tutta la tradizione metafisica occidentale, a partire dai presocratici per arrivare ad Aristotele sino alla filosofia moderna. L'individuazione è infatti quel meccanismo attraverso cui da una sostanza universale si *individuano*, letteralmente, i singoli enti e vengono ad esistenza, per cui tale meccanismo ha a che fare direttamente con la relazione coesenziale che lega universale e particolare, mostrando come quest'ultimo di fatto derivi da un tutto universale con cui, per essendosi da esso distaccato ed individuato, condivide pur sempre con esso alcuni caratteri. Il *principium individuationis* è un criterio o elemento della determinazione ontologica dell'ente singolo - che rende ragione della sua unità e indivisibilità e quindi della differenziazione di due cose l'una eguale all'altra o, laddove la sostanza comune o universale sia intesa come ontologicamente prioritaria, di più individui esistenti in una stessa specie. Esso è anche, d'altra parte, il principio della conoscibilità dell'ente singolo e richiama il grande problema logico e metafisico dell'identità e della differenza, poiché proprio sulla base del processo di individuazione si possono ricostruire somiglianza (sulla base di identità e differenze) fra il particolare e l'universale o

fra due particolari in rapporto all'universale.<sup>141</sup> In effetti, da un punto di vista metafisico la conoscibilità dell'ente singolo riguarda la possibilità che due enti possano essere accostati per mezzo di una somiglianza rilevante, per cui la conoscenza è molto spesso basata sulla somiglianza, il che conferirebbe l'idea per cui tutto il pensiero, umano in genere e giuridico nella specie, sia analogico prima ancora di essere logico, poiché soltanto attraverso l'analoga si può conciliare quell'armonia tra forme e contenuti necessaria per trovare conformità fra realtà e scienza. Il principio di individuazione ha peraltro una rilevanza centrale in questo lavoro, essendo direttamente correlato al principio di analogia: il mondo, che è unitario (ovvero riconducibile ad un'unica sostanza), appare invece differenziato, variopinto, e caratterizzato da una fondamentale molteplicità, apparendo sotto le infinite forme del *principium individuationis*: questo, attraverso lo spazio e il tempo, costituisce il criterio e insieme il fattore di frammentazione della realtà in tante cose individuali, distinte fra loro ma in qualche modo sempre riconducibili ad unità. Al principio

---

<sup>141</sup> Tale principio ha avuto diverse applicazioni a seconda delle epoche e dei contesti di volta in volta interessati, uno fra i quali è la dicotomia forma - sostanza nel mutamento dell'essere in Aristotele, che poi più tardi nella scolastica per Averroè corrisponde al sostrato per la ricezione degli accidenti dato dalla forma, la quale finisce così per costituire il principio di individuazione. Interrogandosi sullo statuto ontologico degli enti naturali, e ricercando quindi i principi che diano ragione del loro mutamento, Aristotele ha elaborato una teoria della composizione degli enti sulla base della distinzione di forma e materia, per cui laddove la prima determina l'ente nelle sue qualità specifiche o in quelle accidentali, la seconda offre un sostrato permanente al mutamento, garanzia a un tempo del divenire e dell'identità della cosa con sé stessa. In tal senso, se ciò che accomuna più individui di una specie è la forma, la materia – capace di recepire i contrari – individua la forma, spiegando a un tempo la distinzione nell'essere e il mutamento della cosa. A partire dal sec. 12°, con il processo di traduzioni che porterà alla conoscenza dell'intero *corpus* degli scritti aristotelici nonché di alcune fondamentali opere dell'esegesi araba, l'individuazione torna a essere considerata sul piano metafisico. Fondamentale è la posizione di Avicenna che, introducendo fra l'altro il concetto di 'forma della corporeità', trova l'individuazione delle sostanze sensibili nell'estensione spaziale che realizzata attraverso la materia, l'unica dimensione in cui è possibile ricevere l'insieme degli accidenti. A individuare la cosa come tale non è quindi la materia prima e comune, che attiene soltanto al piano potenziale, ma la materia estesa, ovvero la materia che, entrando in composizione con la forma, è di volta in volta sottoposta a una determinazione quantitativa.

Leibniz, che al principio di individuazione dedica la *Disputatio metaphysica de principio individui* (1663), elaborando la soluzione nominalista, giunge alla concezione dell'individuo come determinato dall'insieme dei suoi predicati (*omne individuum sua tota entitate individuatur*), che sono però infiniti e dunque conoscibili nella loro totalità soltanto da Dio. D'altra parte per Locke – le cui intuizioni saranno poi riprese, fra gli altri, da Schopenhauer – il principio di individuazione va ricercato nelle determinazioni spazio-temporali. Molto più avanti Strawson introdurrà l'idea di "reference" come approdo della teoria sul *principium individuationis*; per Strawson l'uso e non l'espressione in sé può essere considerata "uniquely referring": non v'è nulla di inerente ad una definizione che fa sì che essa si riferisca esclusivamente ad un oggetto; per Strawson le espressioni non si riferiscono, in generale, a nulla, ma è l'uso che fa di un'espressione un meccanismo di riferimento fra nomi e cose. Il principio di individuazione si pone nella prospettiva di Strawson come spiegazione intorno ai possibili usi di un'espressione.

di individuazione deve dunque essere accostato il principio di analogia, per cui tutti gli esseri, essendo parti della natura, presentano (proprio a causa di questo elemento comune) fra loro un'analogia.<sup>142</sup>

---

<sup>142</sup> A questo proposito si deve aggiungere che Schopenhauer ha ritenuto che, per il solo fatto di essere parte della natura, ciascun individuo ha un'analogia con se stesso, in quanto soggetto facente parte della natura. Allo stesso modo, se il cuore dell'esistenza di un soggetto è la volontà di vivere, tutti gli esseri saranno anch'essi animati dalla volontà di vivere. Non stupisce che un romantico come Schopenhauer utilizzi, per arrivare al nocciolo della sua teoria sulla volontà, anzitutto un principio analogico: se è vero che scopro che al fondo di me stesso c'è la volontà di vivere, negli altri esseri della natura ci sarà la stessa entità. Il romanticismo, come si dirà più specificamente a proposito della dottrina sulla "natura dell'cosa" nella terza ed ultima parte del lavoro, ha fatto spesso ricorso a simbolismi, analogie e simpatie fra gli enti che compongono la natura (tanto che uno dei dibattiti più interessanti sull'analogia fra i romantici riguarda alcune tesi di filosofia della natura in Fichte e Schelling). Mondo della conoscenza e mondo della rappresentazione vengono in contatto attraverso inclusioni, come avviene per l'arte (e per la musica in particolare).



## CAPITOLO TERZO

### INCLUSIONE

*“Derrière ces jeux des catégories dont on ne peut nier l’évidence (...),  
il y a des associations plus concrètes  
d’un cas à l’autre, les cercles de l’allégation  
où les question s’enchaînent métonymiquement –  
ce qui donne aux élaborations savantes du droit ce tour  
souvent plus poétique que logique, la mémoire fixant  
des nœuds de formules et de notions où ne s’effacent jamais entièrement  
les contextes et les événements où elles se sont inscrites”<sup>143</sup>*

#### 1. Pensare analogicamente

A questo punto si può ben affermare che ovunque vi sia una struttura analogica, nel pensiero, nello sviluppo del sapere, nei percorsi ermeneutici, nelle argomentazioni, nelle descrizioni e nelle classificazioni, vi è sempre un contatto fra il singolare e l’universale, contatto che è insito nella struttura stessa del termine ‘analogo’, in particolare nelle possibilità semantiche del prefisso *anà-*, come è stato dimostrato. Lo spazio per il contatto si viene a creare in una dimensione che mette in rapporto il singolo caso o elemento con un livello più astratto, in cui quel precipitato individuale può essere ricompreso, incluso, e spiegato. Ciò non stupisce affatto, considerato che originariamente, è cosa ben nota, l’analogia delinea una *proporzione* matematica, che è un *rapporto fra rapporti*, essendo essa sempre compresa fra identità e differenza: *ana-logos* è un *logos* fra *logoi*, un quasi-*logos*, fondato su un bilanciamento delle intersezioni fra uguale e diverso.

---

<sup>143</sup> Y. Thomas, *L’extrême et l’ordinaire. Remarques sur le cas médiéval de la communauté disparue*, in *Penser par cas* 45- 73 (2005), p. 73.

Già prefigurata da Parmenide e da Eraclito nel pensiero classico, rielaborata dalla scuola pitagorica, anche Archita da Taranto l'ha descritta nei termini di una dimensione relazionale che mette in rapporto grammatiche o sistemi di riferimento divergenti attraverso una proporzione matematica ( $a/b=c/d$ ). Questa forma di proporzionalità è stata usata, come si è detto nel capitolo precedente, durante il Medioevo, per comprendere le relazioni fra il mondo sensibile e mondo divino; nel platonismo, l'analogia si diffuse come metodo di conoscenza di Dio, per definizione sconosciuto ed inconoscibile (o conoscibile solo nella misura della sua inconoscibilità, secondo la dottrina della teologia negativa) e la proporzione fu estesa alla *partecipazione*, come dinamica attraverso la quale la continuità del reale può essere, su vari livelli, partecipe di ogni dimensione del divino (o del superiore), non significando più soltanto una proporzione, ma anche un rapporto di un termine con altri termini, più generali e più vastamente applicabili, e ancor di più rappresentando una peculiare capacità di recepire che è propria dell'essere che viene partecipato (nel Medioevo, ovviamente, Dio). L'analogia, nella sua dimensione predicativa che si sviluppa nella ricerca dei nomi di Dio (la *teonimia*), slitta nella partecipazione fra enti, inaugurando un meccanismo che in qualche modo ricorda ciò che Leibniz definirà *entr'expression*, ovvero la capacità degli enti di definire, definirsi ed essere definiti gli uni in funzione degli altri, attraverso una rete di riferimenti che rendono possibile la costruzione di una dimensione linguistica in cui ogni cosa è definita in relazione a qualcos'altro, ciò che è possibile poiché vi è una tendenziale continuità fra gli enti. Il contatto a cui si è fatto riferimento, quello fra *singolare* ed *universale*, che è uno fra gli aspetti fondamentali del pensiero analogico, si ripropone sotto altra forma nella risalita, secondo una forma di generalizzazione, che dal creato tenta di definire il creatore. Per la tradizione teologica ebraica e poi cristiana, la conoscenza di Dio necessita infatti del metodo analogico, nel senso vero e proprio di una dimensione epistemologica in cui le forme di verità vengono ad istituirsi sulla base delle strutture del pensiero analogico, che come si è accennato fa uso, oltre che dell'inferenza analogica in senso stretto, anche di più generici modelli, *standards*, esempi.<sup>144</sup> Il "metodo analogico" ricomprende tutta una serie di forme

---

<sup>144</sup> Questo riferimento al ruolo degli esempi rimette in circolo la questione aristotelica della delimitazione fra paradigma ed analogia, e dell'uso alternativo che il filosofo greco fra di questi



di predicazione fondate sull'analogia e finalizzate alla conoscenza del divino per mezzo della sua descrizione; questo *metodo*, che conosce più di una declinazione, fa sì che la grandezza, la complessità e la bellezza delle creature facciano contemplare indirettamente, per analogia (con la mediazione del rapporto analogico), il loro autore, che nel caso Medievale è – evidentemente – Dio, il quale, pur essendo invisibile alla natura mondana, si manifesta attraverso le sue opere, la contemplazione delle quali permette di risalire, lungo un percorso di generalizzazione, dalla creazione al creatore della stessa.<sup>145</sup>

Questa terza sezione della prima parte del lavoro è dedicata all'osservazione critica delle forme di generalizzazione come processo distintivo del lavoro di quelli che, fra gli storici ed i teorici del diritto, si sono più occupati anche della costruzione delle categorie dogmatiche a partire dai dei casi singoli. Questo tipo di tradizione di sapere è stata definita in Francia '*casuistique*', e recentemente l'attenzione del dibattito in questo contesto si è focalizzata proprio intorno alle forme di generalizzazione come meccanismi di gestione della complessità cognitiva di sistemi riflessivi come il diritto, appunto. In ogni generalizzazione è infatti sempre inclusa la ricerca di un valore ultimo ed assoluto che possa integrare più singoli meccanismi. La generalizzazione inoltre suggerisce una dinamica che da un "basso", concreto, livello, conduce ad una sovrastruttura segnata da una cifra maggiore di astrattezza, ciò che la rende potenzialmente applicabile a più di un caso.

All'apparenza, ogni caso giuridico, ogni questione da sciogliere, bastano a se stessi: ciascuno andrebbe trattato come episodio a sé, distinto dagli altri a causa di alcuni elementi di differenziazione. Ogni caso è potenzialmente una unità discreta.<sup>146</sup> Ciononostante, la storia della riflessione giuridica, si è caratterizzata per una forte tendenza a trovare coerenza fra soluzioni precedenti

---

sue concetti.

<sup>145</sup> Come si legge nel Dizionario Critico di Teologia (J. Y. Lacoste, *Dizionario critico di teologia, Dictionnaire critique de théologie*, PUF, Parigi, 1998), ed. it. a cura di Pietro Coda, Roma, 2005: "Spesso accostata ai Padri, l'analogia permette di avere una conoscenza di Dio a partire dalla sua Creazione. Secondo Atanasio (*Contro i pagani*), il Verbo 'essendo la guida, il re e l'unione di tutti gli esseri, realizza tutto per la gloria e la conoscenza del Padre, ci istruisce attraverso le sue opere'; a parere di Cirillo di Alessandria (*Dialogo sulla Trinità*) 'piuttosto che creare Dio ama vedere le sue opere e la sua gloria, poiché è proprio da esse che noi possiamo capire ciò che è e chi egli è'. (...) Non vi è teologia che non si basi sull'economia divina: essa infatti non è un puro ragionamento sulla natura divina, ma deve avvalersi delle manifestazioni sensibili per risalire al Creatore".

<sup>146</sup> Y. Thomas, *L'extrême et l'ordinaire. Remarques sur le cas médiéval de la communauté disparue*, in *Penser par cas* 45- 73 (2005).

e soluzioni successive, nel rispetto di una idea di *logicità* e *compatibilità* fra soluzioni di casi diversi ma uniti da un qualche tratto comune (senz'altro, va da sé, un tratto di una certa rilevanza). La storia del diritto, intesa come processo sviluppatosi su più livelli, primi fra gli altri quello della ricerca di una soluzione concreta e quello della astrazione teorica per la legittimazione della soluzione concreta, ha conosciuto infatti molte contiguità significative fra casi che, seppur all'apparenza differenti, hanno lasciato indurre che vi fosse sullo sfondo una questione comune da studiare e risolvere. In questa attitudine consiste la cosiddetta *casuistique*:<sup>147</sup> nel considerare casi particolari che toccano questioni di una certa complessità, le quali, nel loro essere straordinarie – rispetto ad un tracciato già presente, quasi “estreme” – inducono a lavorare sulla linea di confine fra soluzioni pratiche e la vocazione naturale del diritto alla generalizzazione. Così facendo, i processi di generalizzazione “scoprono” i fatti complessi nel loro più profondo legame con la “normalità” delle architetture linguistiche del diritto, nelle quali si evolvono i concetti giuridici.

Ci sono diversi livelli di generalizzazione, ciascuno rispondente ad esigenze differenti. Nel metodo stesso della generalizzazione si può riconoscere, da un lato, una lunga serie di modalità operative del generalizzare (prima fra tutte l'uso delle categorie), dall'altro lato c'è la prospettiva dello storico, o della fonte, o dell'autore, che ha elaborato dei discorsi sulle generalizzazioni e si è a sua volta impegnato in operazioni di astrazione dal caso singolo alla soluzione di una più generica fattispecie. Storici e filosofi del diritto hanno lavorato su entrambi i fronti, sia su quello delle forme che su quello dei discorsi sulle stesse. Eppure l'interesse sull'aspetto del *discorso sulle* generalizzazioni si è intensificato solo di recente, quando i problemi legati alla rappresentazione, alla raffigurazione, al riferimento a descrizioni astratte e generali, sono divenuti rilevanti non soltanto nello studio dei concetti giuridici in una prospettiva storica, ma anche nell'analisi dei processi cognitivi che sono coinvolti nei meccanismi di applicazione, interpretazione e creazione del diritto. Dopo la

---

<sup>147</sup> Dal francese “*cas*”, “*caso*”, è lo studio critico dei passaggi che conducono dal caso singolo alla definizione di una fattispecie, che letteralmente è quella dimensione che dal fatto risale al livello più generale della normatività, in cui si dice cosa deve essere, la dimensione della “specie” (che insieme al “genere” è uno dei meccanismi più caratteristici del pensiero umano, a partire da Aristotele e fino al pensiero contemporaneo, sebbene con differenti sfumature). Fattispecie, in tedesco *Tatbestand*, è la realtà che viene messa in forma astratta al fine di poterla comprendere, conoscere, e ri-conoscere in un momento successivo, anche sotto una forma o una declinazione leggermente differenti.

svolta linguistica, quella antropologica, quella critica e quella pragmatica, vi è stata fra gli storici e i filosofi del diritto una nuova svolta, quella che ha riguardato lo studio dei metodi di generalizzazione.<sup>148</sup> La stessa parola 'generalizzazione', come ogni derivato di 'gene' e 'genere' ('generale', 'generalizzato', 'generalizzante') contiene la radice latina di *gens* e del greco γένος. Come il greco γένος, così il latino *gentes* indica associazioni che, nonostante il loro nome comune, non sono da considerare come famiglie intere, discendenti dagli stessi antenati, ma come l'insieme dei discendenti di quegli individui che, al momento della fondazione dello stato o della comunità, si unirono in una tale corporazione, per cui l'idea di generale non deve necessariamente essere ricondotta ad una dimensione originativa e soltanto a questa, potendo ben intendersi per essa il meccanismo, anche complesso, che ha generato (al di là della sua natura).<sup>149</sup> Un'analisi della *micro-histoire* dei singoli casi concreti suggerisce sempre riflessioni ulteriori sugli equilibri dinamici che si instaurano nel diritto fra teoria e pratica. Lo studio dei casi ha infatti un valore scientifico peculiare, soprattutto se si considerano casi che segnano un cambiamento di tendenza dell'interpretazione, e che si inseriscono in una serie pertinente, sia nel caso in cui la perpetuino sia nel caso in cui la inaugurino. Il singolo caso sta infatti al sistema intero come la parte al tutto, e in questo senso la relazione caso-sistema è simbolica della generale relazione fra parti e tutto che è tipica di un sistema complesso come il diritto. La questione della generalizzazione è un aspetto fondativo del diritto, con il quale ogni ordinamento normativo, che a sua volta si costituisce di sistemi giuridici, deve fare i conti quotidianamente. Mettere all'ordine del giorno la questione della generalizzazione come fenomeno esplicativo della struttura e delle modalità di funzionamento del diritto, significa confrontarsi con alcune fra le alternative tipiche del dibattito epistemologico in ambito filosofico-giuridico, quali la regolarità, il rapporto fra locale e globale, o quello fra eccezione e procedura.

---

<sup>148</sup> Jean- Luis Fabiani, *La généralisation dans les sciences historiques. Obstacle épistémologique ou ambition légitime?*, 1 *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, p. 9- 28 (2007).

<sup>149</sup> Per una ricostruzione in chiave storica di questo tema, si vedano Humpreys, Sally C., *Fustel de Coulanges and the Greek "genos"*, in *Sociologia del diritto* IX, pp. 35- 44, 3 (1982) e B.G. Niebuhr, *Lectures on the History of Rome*, London, (1848).

## 2. Ricerca storica e *formes de la généralisation*

Che il diritto abbia a che fare con l'astrazione e con quella forma specifica di astrazione che viene definita 'generalizzazione' è cosa evidente. La peculiarità dello studio della casistica consiste nel fatto che nell'osservazione del caso singolo, spesso problematico e dalla dubbia soluzione, si viene a contatto con diversi modi di approcciare la generalizzazione. Uno fra questi è mettere in opera strumenti capaci di trascendere le situazioni singolari,<sup>150</sup> proponendo dei modelli esplicativi che abbiano, per costruzione, una portata generale e siano applicabili a molti casi. In questo modo vengono a formarsi, fra ricerca storica e descrizione delle categorie giuridiche, dei modelli teorici trasversali che mettono in relazione la concretezza del caso da risolvere e il piano dell'astrazione (come si verifica con le diverse tipologie di generalizzazione).

All'origine delle procedure di generalizzazione messe in atto dagli storici del diritto, come vedremo a breve, c'è sempre l'esigenza di trovare modelli di comprensione, interpretazione ed esplicazione del diritto applicabili a situazioni anche molto differenti. Tali *modelli* sono forme immaginate fuori dal contesto delle varie scienze sociali, e costituiscono degli operatori di generalizzazione. Nell'ultimo decennio la dottrina giuridica francese si è aperta alla riflessione sui modelli di costruzione concettuale che si sono sedimentati nel corso dei secoli come forme di conoscenza valide anche oltre il momento della loro comparsa ed elaborazione.<sup>151</sup> La fascinazione per la questione della generalizzazione non si è lasciata limitare dagli spazi disciplinari, ed ha superato la metodologia e le riflessioni metodologiche fini a se stesse, per arrivare ad assumere rilevanza anche negli studi concreti della sociologia della giustificazione.<sup>152</sup> Questa ha infatti trovato nelle forme della generalizzazione

---

<sup>150</sup> Vedremo meglio nella terza parte del lavoro (Paradigma) come Kant abbia affrontato il problema della trascendenza dei giudizi; con il giudizio *riflettente* egli ha superato il modello del giudizio *determinante*, tipico dei giudizi a priori, e ha finalmente messo in relazione concretezza ed trascendenza, singolarità ed universalità (per quanto questo fosse già avvenuto, ma secondo un modello più statico, anche con il giudizio determinante).

<sup>151</sup> In particolare, l'opera *Penser par cas* ha offerto una 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.

<sup>152</sup> 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

uno strumento di esplicazione molto efficace, che permette di avvicinare la capacità costruttiva della generalizzazione con le operazioni pratiche, secondo uno schema che è stato definito di “risalita verso il generale”.<sup>153</sup> E’ stato rilevato che la *somiglianza* secondo cui un individuo, per rendere comprensibile ed accettabile la sua condotta, si identifica nell’approssimarsi alle altre persone secondo modalità che gli sembrano pertinenti, è la medesima *somiglianza* per cui un ricercatore fa rientrare nella stessa categoria degli esseri molto differenti per spiegare i loro comportamenti secondo la medesima legge. La generalizzazione si manifesta nell’attenzione per i caratteri omologhi sui quali viene a stabilirsi una coerenza secondo un criterio; avendo ad 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, che è il superamento del ricorso esclusivo o ad un principio ordinatore trascendentale o, in alternativa, ad una logica di aggregazione.

Più ancora che il confronto fra analisi singola ed enunciati di portata generale, è la questione dell’articolazione e della comparazione che stimola nel profondo l’interesse per la generalità che si può constatare ancora nelle indagini odierne. Tutte le forme di generalizzazione, a qualunque livello e in qualunque disciplina, sono segnate da una profonda connessione con la costruzione di tracciati di rilevanza; con quest’affermazione si intende fare riferimento al fatto

---

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, p.60). Per Durkheim, l’accumulazione di generalità è il corollario della 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, 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 spaziotemporalmente: “*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 circostanciant le passage d’un cas à un autre sur l’axe horizontal d’une comparaison où la monotonie des inferences connaît des paliers, des flexions et des permutations entre l’exception et la règle*” (Jean-Claude Passeron, *Le raisonnement sociologique*, Paris, 2006, p. 72).

<sup>153</sup> Luc Boltanski e Laurent Thévenot, *De la justification*, Paris, PUF, 1978, p. 219.

che nella scelta degli elementi da generalizzare è sempre presente l'influenza di un contesto storico-politico che rende il sistema che si serve della generalizzazione al tempo stesso il meccanismo che la genera e la struttura da cui è influenzato. Per questa ragione, lo studio delle generalizzazioni nella soluzione di casi giuridici in prospettiva storica contribuisce ad approfondire la dimensione filosofico-linguistica del discorso giuridico, che si declina anche in questi meccanismi, nella forma di una scelta di un attributo piuttosto che di un altro, riformulando costantemente il profilo epistemologico del discorso giuridico, il quale più delle altre formazioni discorsive è segnato da una radicata e costitutiva tendenza alla riflessività. E' il diritto a dover decidere, è il diritto a dire secondo quali procedure normativizzate la decisione vada costruita, ed è ancora il diritto a creare un'astrazione che rende paradigmatico un caso per i casi a venire.

La peculiarità del lavoro casistico consiste nell'interrelazione degli aspetti finora descritti, per la comprensione dei quali è necessaria ancora una puntualizzazione. La ricerca storica a partire dai casi induce pure a non lavorare su gradi di generalità suddivisi su di un asse verticale lungo il quale esistono sia la deduzione che l'induzione,<sup>154</sup> ma conduce a sviluppare le questioni nella dimensione del passaggio da un caso a un altro lungo un asse orizzontale che è quello della comparazione costante, asse su cui le inferenze si misurano, e si articola secondo le inflessioni e la dialettica fra regole ed eccezioni. 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 che si sia costantemente messi alla prova dalla richiesta di dimostrazioni a livello

---

<sup>154</sup> Va precisato che la messa in discussione dei paradigmi cosiddetti "*macrologiques*" ha una lunga storia in sociologia, ma è iniziata con una presa di posizione di alcuni studiosi contro la grande massa di strutturo-funzionalisti; prima di essere riconosciuta come categoria autonoma, la "*microsociologie*" è stata un mezzo efficace per contrastare la concezione normative dell'ordine sociale. La figura del sociologo attento allo studio critico è emersa fondandosi prima di tutto sulle critiche epistemologiche e soltanto in un secondo momento sulla critica sociale: l'uno e l'altro aspetto sono profondamente collegati – e in questa prospettiva il concetto di ordine sociale diventa giustificabile non più soltanto in una teorizzazione macrosociologica, ma anche in una microsociologica.

locale.<sup>155</sup> 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 fuori dal loro sito originario di studio ed osservazione, al fine di coinvolgere anche le interazioni fra questa dimensione ridotta e quella delle asserzioni generali che vengono sviluppate a partire dalle considerazioni sui casi particolari.<sup>156</sup>

### 3. *Jeu de fiction*

Spesso il pensiero analogico si manifesta sotto forme inattese. Fra queste, una delle più rilevanti per la costruzione delle categorie giuridiche, in modo particolare delle categorie civilistiche (come sarà confermato anche dall'analisi della traslazione del concetto di proprietà fra campi disomogenei, nella parte II), è senz'altro la finzione, strumento già noto ai giuristi romani, che si basa sul confronto con una situazione possibile ma non reale (sebbene *realistica*) come dimostra un caso emblematico riguardante una situazione non-ordinaria (ma non per questo impossibile) di diritto successorio. La questione è quella del figlio nato dopo la morte del padre, nel caso in cui questi non avesse previsto tale possibilità nel suo testamento. Come trattare il caso in cui nel testamento non si istituiva o diseredava il figlio nascituro? L'interrogativo richiede per la sua soluzione pratica una riflessione teorica su alcuni concetti: il problema dell'erede nato dopo la morte del padre interessa la definizione della sfera di potere che investe il meccanismo della filiazione, dal quale viene a dipendere la capacità a succedere: nascere "nella sfera di potere di" (*nascor in potestate*) rendeva il figlio erede "proprio" del padre (per questa ragione *suus*), una qualità prima di tutto sociale e giuridica. Ora, nel caso in cui alla morte del padre il figlio non sia ancora nato, bisogna evidentemente trovare un meccanismo che permetta di omogeneizzare la situazione di fatto con la previsione giuridica che, nella sua ordinarietà, non prevede tale possibilità. Ciò

---

<sup>155</sup> 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.

<sup>156</sup> Le grandi categorie frutto della generalizzazione, quelle che Fabiani chiama "*grandes theories unificatrices*", se indebolite, non conducono necessariamente ad un empirismo radicale, ma a lavori di *bricolages* inediti e difficilmente controllabili.

richiede una riflessione di carattere generale sul concetto di potere che porti ad esaminare la circostanza, sebbene marginale, nella quale il figlio nasca dopo la morte del padre o del nonno; oltre a questa analisi sul potere, è necessario riflettere sulle modalità della definizione del soggetto nel diritto romano antico, poiché da queste due linee può tracciarsi una convergenza che permetta la comprensione della situazione di fatto, e soprattutto che permetta di stabilire una soluzione coerente con i principi dell'ordinamento giuridico.

Per determinare astrattamente il momento a partire dal quale un essere umano esista, bisogna confrontarsi con le teorie di Aristotele e degli Stoici, idee che i giuristi non ignoravano affatto, e dalle quali, al contrario, vennero presumibilmente influenzati. Le tematiche principali intorno a tali questioni giuridiche erano l'aspettativa e la speranza di un evento futuro (*spes nascendi*), l'aspettativa e speranza in capo (e qui sta l'interrogativo) sotto certi aspetti al nascituro, sotto altri al padre, sotto altri ancora alla società intera. Per dare rilevanza anche ad una terminologia più recente, il diritto soggettivo è quello di una pluralità, per cui esso non ricade soltanto nella sfera di competenza di uno fra i soggetti elencati (figlio, padre, società), ma piuttosto in un'unità relazionale di ordine genealogico, all'interno della quale le varie posizioni sono ricomprese. Dunque già a questo livello dell'osservazione può notarsi la forza descrittiva delle generalizzazioni, che *sono proprio in quanto* si deve trovare una soluzione e soprattutto in quanto tale soluzione deve essere, se possibile, applicabile a molte situazioni di fatto. E' significativo a proposito che il più risalente diritto civile romano chiami '*persona*' non l'individuo singolo, ma l'intera classe degli eredi; '*persona*' non era quindi un individuo concreto, ma un'entità classificatoria, inserita all'interno di un sistema successorio che mal sopportava la presenza di lacune e che puntava piuttosto a garantire una continuità.

Il problema giuridico dell'erede proprio ruota attorno al soggetto del verbo "sperare" e alla sua determinabilità, essendo esso ambiguo e potenzialmente mutevole. Qual è il soggetto che ha un'aspettativa, il padre o il nascituro? Intorno a questioni teoriche di questa natura si snodano già in epoca romana le riflessioni più profondamente giuridiche, che possono essere sciolte soltanto attraverso passaggi di generalizzazione in cui si possano trovare linee definitorie che siano comprensive di questioni differenti: in altri termini, attraverso passaggi argomentativi ma anche predicativi che permettano di



ricomprendere le determinatezze di casi differenti fra loro. Nell'esempio considerato, quello del nascituro che non riesce ad essere inquadrato giuridicamente in modo diretto come soggetto capace giuridicamente, la soluzione può essere trovata nella collocazione del soggetto in una finzione:<sup>157</sup> i testi dei commentatori di questo caso postulano che il nascituro si deve trovare in una condizione tale per cui, se il padre fosse stato ancora vivo, il figlio sarebbe nato sotto la potestà del padre, in modo tale da poter realizzare la sua capacità di essere erede legittimo (*suus heres*). Questa condizione non ha nulla di pertinente con la dimensione fisiologica o biologica, ma corrisponde ad una esigenza di localizzare la sfera di competenza della potestà a livello giuridico. Come ha notato Yan Thomas riportando le considerazioni di Gaio: *“les posthumes qui, s'ils étaient nés du vivant de leur ascendant paternal, se seraient trouvés sous sa puissance, sont eux aussi ses héritiers en tant que siens. (...) les posthumes aussi, c'est à dire ceuz qui sont dans l'utérus, à condition, d'être tels que, s'ils étaient nés, ils seraient sous notre puissance, comptent au nombre de nos héritiers en tant qu'ils sont nos 'héritiers siens'. (...) s'ils son dans cette conditions où, s'ils naissaient de notre vivant, ils tomberaient sous notre puissance»*.<sup>158</sup> Considerare dunque l'erede nato la morte del padre come già nato induce a considerarlo immediatamente all'interno della sfera di competenza giuridica nella quale, a causa del gioco di finzione analogica fondato sul riferimento ad una situazione simile ma non identica, egli è capace a succedere.

Questo meccanismo che permette, tramite una finzione rappresentativa, di trovare una soluzione alla lacuna nella continuità della sfera d'azione della potestà del padre, è legato in profondità con il problema della qualificazione dell'attributo latino « *suus* », associato ad « *heres* »: si tratta della definizione di erede « proprio ». Quando è « proprio » un erede? E a quale contesto si riferisce il concetto di « proprietà »? Al padre, che in un certo senso « possiede » il figlio, e in particolare ha un'influenza sulla sua sfera giuridica, oppure al figlio, quindi interpretando l'idea di « proprio » nel senso di un'una attitudine a ricadere sotto una determinata definizione, che è quella universale? Se il « proprio »

---

<sup>157</sup> E' interessante notare che la virtualità della dimensione teorica-definitoria a cui si fa riferimento è chiaramente data dall'uso frequente di locuzioni quali “come se”, che concernono evidentemente la proiezione in uno spazio virtuale, in cui si effettua per eccellenza la teorizzazione. Yan Thomas ha definito questo caso come quello de “*l'enfant à naître et l'héritier sien*”.

<sup>158</sup> Gaio, 3,4; Ulpiano 22, 15; *Inst.* 1, 147.

debba essere interpretato come soggetto di un verbo o di un'azione, se è già, o se invece è in divenire, se esiste, se nasce, se è atteso, se cessa invece di essere « *suus* » e perde il suo diritto, sono tutte espressioni e contesti in cui il « *suus* » è soggetto grammaticale, il che prova il fatto che anche nella stessa espressione di « proprio » non vi è alcuna relazione di possesso con l'individuo-padre, con l'ascendente. Secondo questa linea argomentativa il nascituro va quindi considerato come soggetto di diritto *come se fosse già nato*, in questo senso acquisendo la capacità a seguito di una virtuale « estensione » di una situazione potenziale ma non ancora compiuta, che è la sua esistenza conseguente alla nascita.<sup>159</sup> I piani del discorso sono essenzialmente due: da un lato, la dimensione delle pratiche in senso stretto, che riguarda direttamente la ricerca di soluzioni coerenti e compatibili con l'ordinamento normativo, da trovare per i casi complessi (come appunto questo del nascituro il cui padre muoia senza aver fatto testamento). Dall'altro lato, a partire dalla ricerca di soluzioni per questi casi « estremi », da intendere come casi non previsti che richiedono una maggiore profondità della riflessione, che si spinga oltre il processo di associazione di un fatto ad una norma, si apre una dimensione ulteriore, che è quella in cui vengono create nuove linee interpretative, connessioni imprevedute in cui si costruiscono ragionamenti a partire da rappresentazioni, descrizioni di mondi nuovi a partire da questioni concrete. Come ha osservato Yan Thomas, a partire dai casi più difficili si opera la generalizzazione di un principio – una generalizzazione che culmina spesso con discorsi che sono comprensivi di tutti i livelli differenti del processo applicativo e della dimensione ermeneutica;<sup>160</sup> come nel caso dell'erede nato postumo, in una condizione di anomalia rispetto all'ordinaria situazione in cui sarebbe invece ricaduto nella sfera di competenza giuridica del padre. Per la soluzione del caso, che i giuristi romani, come si è detto, trovarono nell'estensione (per certi *analogica*) di una situazione simile al caso da risolvere, furono coinvolti trasversalmente temi all'apparenza svincolati o comunque non centrali: le condizioni temporali e fattuali per la definizione

---

<sup>159</sup> Questa costruzione linguistica della definizione dimostra che a fianco alla dimensione ermeneutica ed argomentativa su cui poggiano le evoluzioni generalizzanti della teoria, vi è sempre un meccanismo di comprensione delle stesse evoluzioni all'interno di relazioni di potere, le quali sono influenzate originariamente dalla descrizione delle categorie, ma a loro volta le influenzano determinandole in relazione al contesto storico-politico.

<sup>160</sup> Y. Thomas, *L'enfant à naître et l'héritier sien*, in 1 *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, p. 29-68 (2007).

della nascita e della morte in relazione all'esistenza di una capacità giuridica che non è semplice far corrispondere esattamente con i tempi e gli spazi biologici, la definizione di 'erede' e soprattutto il contenuto dell'attributo 'suus', la cui semantica comprende sia la prospettiva del figlio (*suus* in quanto pronto a succedere, in quanto 'proprio', ovvero 'nella condizione adatta') sia da quella del padre (*suus* nel senso di ricadente in una sfera virtuale di possesso, nel senso di disponibilità). L'inclinazione a considerare la condizione del nascituro *come se fosse diversa da quella che di fatto invece è*, rappresenta il risultato di una finzione, meccanismo costruito sulla *assimilazione* di situazioni differenti e sulla pretesa che ci si trovi in una delle due, simulando ciò che non è per compensare la difficoltà che riguarda ciò che è. Finzione che peraltro è nel suo fondamento strutturata sul pensiero analogico, poiché a partire da una somiglianza (e non una identità), fa corrispondere una inferenza che permette di capire la situazione più complessa attraverso la grammatica di quella già interpretata e, per questo, più accessibile. Il meccanismo della finzione è tutt'altro che estraneo al discorso giuridico, tanto nell'accezione di « menzogna », « inganno », o « simulazione », quanto in quella più elaborata di « rappresentazione », « creazione », o « trasformazione ». <sup>161</sup> Entrambe queste dimensioni riaprono, con meccanismi differenti, la dinamica della rappresentazione: tanto chi mente quanto chi inventa o spiega per mezzo di un modello, forniscono immagini della realtà non conformi al modo di essere delle cose nella stessa realtà. Quest'ultima viene a costituire, in questo meccanismo, una prospettiva da confrontare con la raffigurazione, che è una realtà difforme dalla percezioni, ma del tutto conforme con la virtualità delle rappresentazioni linguistiche. La dinamica della finzione sostituisce di fatto un modello alla realtà, quando questa non è sufficiente a comprendere la questione giuridica in discussione. <sup>162</sup> I luoghi di elaborazione razionale del diritto sono molto spesso

---

<sup>161</sup> Come ha giustamente osservato L. Nivarra nel suo intervento *Le parole del diritto: finzioni*, in *Europa e diritto privato* 2 (2005), pp. 389-399.

<sup>162</sup> Come scrive sempre L. Nivarra (*ibidem*): "ciò che dice o ciò che fa si traduce in una consapevole, voluta, sebbene non sempre manifesta, presa di distanza dalla realtà: di talché, se la verità è, secondo il ben noto paradigma di Tarsky, corrispondenza alla realtà, la finzione ne rappresenta il polo esattamente opposto" (p. 390). La finzione restituisce inoltre ulteriore rilevanza alle considerazioni sulla necessaria astrattezza delle definizioni giuridiche, che devono andare a costituire categorie valide per casi anche molto differenti; per questo il diritto è intrinsecamente connesso con la finzione intesa in quanto rappresentazione, poiché soltanto in una dimensione simile gli ideali di coerenza e compatibilità fra definizioni possono essere perseguiti e realizzati. Il meccanismo rappresentativo che è alla base della finzione è molto

consegnati a circuiti prevalentemente informali e tali processi di elaborazione pongono in essere prodotti supportati da grande autorevolezza – si pensi agli scritti dei giuristi romani – ma talora sprovvisti di una immediata efficacia precettiva. Soltanto nelle pratiche, che dalla analisi dei casi concreti vengono ad istituzionalizzarsi dopo la risalita attraverso passaggi di teorizzazione, si possono poi davvero stabilizzare quelle soluzioni ottenute attraverso la speculazione linguistica (come appunto succede con l'uso di finzioni, analogie, metafore). Peraltro non sempre la dicotomia *auctoritas/ratio* presenta confini tanto netti da poter realmente distinguere un elemento dall'altro: il diritto, infatti, non è un prodotto puramente autoritativo e nemmeno soltanto razionale, come è dimostrato dal fatto che l'influenza del pensiero giuridico è forte in ogni meccanismo decisionale o predicativo; allo stesso modo, nel diritto romano la verbalizzazione della regola formale è generalmente scompagnata dalla giustificazione razionale che è reperibile altrove nell'opera dei giuristi, la logica, in altri termini, si accompagna all'analogia, in un rapporto dialettico per cui la risultante, l'ana-logica, ha i caratteri di entrambe.<sup>163</sup> La dicotomia *auctoritas/ratio* aiuta inoltre a comprendere la diffusione della *fictio* nella tradizione giuridica romana, che è un espediente verbale (come nel caso delle più classiche ipotesi di finzione, come la *lex Cornelia*, la *fictio civitatis*, le *actiones ficticiae*) con cui il legislatore estende ad una fattispecie la disciplina dettata con riferimento ad altra fattispecie, comparando ed equiparando le due diverse dimensioni. Il medesimo risultato avrebbe potuto essere raggiunto, in astratto, tramite l'uso del ragionamento analogico al posto della finzione; ma la linea argomentativa in senso stretto, che corrisponde, nella citata dicotomia, alla *ratio*, non veniva percorsa volentieri dagli interpreti romani, i quali alla tecnica di estensione fondata sulla spiegazione razionale preferivano invece la tecnica di assimilazione basata sulla legittimazione della *auctoritas*. Richiamando quanto già detto nel primo capitolo a proposito della *auctoritas* della *tradio* perpetrata

---

simile a quello che sta alla base del pensiero analogico, tanto che a mio avviso si potrebbe parlare di una incorporabilità della finzione nel discorso e nel sapere analogici, tanto per quanto concerne la rilevanza argomentativa quanto quella predicativa e concettuale. Sempre Nivarra ricorda che “al di là delle evidenti differenze che passano tra un'ideologia fondata su un tratto costitutivo della norma giuridica – l'astrattezza – e un'ideologia fondata su una convenzione condivisa da tutti gli attori dell'esperienza giuridica – la non creatività/innovatività dell'interpretazione giudiziale -, la finzione 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” (p. 391).

<sup>163</sup> L. Nivarra, *ibidem*, p. 396.

dai *prudentes* attraverso l'interpretazione del diritto, si può questo punto affermare che la consacrazione della *fictio* come dispositivo fondamentale nel diritto si concretizza in un quadro in cui si dà rilevanza tanto al dato culturale, quanto a quello istituzionale; ciò è comprensibile se si pensa ad esempio all'ideale di continuità che si vuole preservare all'interno dell'ordinamento normativo romano.

Tutte le riflessioni dei giuristi romani, partono da considerazioni di natura generale sulla idea di padre, di figlio, di vita o di morte, di esistenza; tutti questi approcci partono a loro volta da considerazioni anche sul contesto storico, politico e sociale in cui le riflessioni vengono ad inserirsi, e vanno a ricercare – su un piano più profondo – la vera natura dei concetti, natura che per la sua stessa origine è trasversalmente connessa con la dimensione storica, con l'origine dei concetti e con la loro descrivibilità. Per questa inclinazione, Yan Thomas si è spinto a parlare di una vera e propria « *philologie juridique* », <sup>164</sup> che è lo strumento per eccellenza utile quando la soluzione di un caso dipende dalla definizione del campo semantico di un concetto, processo che passa attraverso l'osservazione critica dell'uso di metafore, analogie, e più in generale di dispositivi (sotto forma, spesso, di modelli) propri della teorizzazione giuridica. <sup>165</sup> I contorni dei concetti giuridici vengono così a definirsi come risultanti di una elaborazione di un processo linguistico, e si lasciano ricostruire soltanto a partire dai mezzi della riflessione filologica e semantica: la scelta di un termine, di un contenuto da associare a quel termine (ad esempio, '*potestas*'), è l'espressione più concreta del mondo astratto delle definizioni giuridiche. È in questi passaggi del discorso giuridico che il pensiero analogico, nella completezza delle espressioni che ne costituiscono il campo semantico (*concetto, predicazione, argomento, giudizio*), viene ad inserirsi e ad operare. Nella ricerca di

---

<sup>164</sup> Tanto che la discussione sulla vera natura dell'*heres suus* si è sviluppata anche intorno al significato storico di *suus*: il grande linguista indo-europeista Benveniste ha, a tal proposito, rilevato che *\*swe* significa "appartenenza a gruppo di eredi propri", inteso come gruppo domestico allargato, ed ha la stessa radice del termine '*sé*', la cui semantica è associata alla riflessività; infatti, prima di divenire un aggettivo possessivo, *suus* qualificava, come la radice sanscrita *sva*, tutti gli appartenenti ad un gruppo chiuso e per questo "propri" di quell'insieme circoscritto.

<sup>165</sup> Yan Thomas ha osservato (*ibidem*, p. 56): "*Ces représentations n'appartiennent pas à l'histoire sociale, mais sont plutôt l'effet d'une contrainte herméneutique. Les mêmes juristes qui s'employaient à isoler comme substantif une locution figée et donc abstraite de sa valeur possessive n'avaient de cesse, dans leurs commentaires comme dans leur casuistique, de réintroduire pleinement potestative que selon eux le droit civil exigeait*".

un'idea uniforme di 'filiazione', che possa valere per situazioni differenti, si fa appello agli attributi comuni, a concetti intermedi che possano mettere in comunicazione contesti differenti. Nel caso esaminato, per mettere in relazione il caso in cui il padre muoia senza lasciare un testamento e prima della nascita del figlio, e il caso ordinario in cui alla nascita del figlio il padre sia ancora in vita oppure, seppur già morto, abbia messo in forma in un testamento la propria volontà. I concetti che trasversalmente funzionano da *medi* fra questi due casi, simili ma non identici, sono quelli di ascendenza e discendenza. L'uso di un dispositivo trasportato da un contesto ad un altro, nel caso riportato dalla linea collaterale, in cui i parenti di gradi anche lontani potevano essere legati, alla cosiddetta linea diretta, in cui a partire da una certa distanza in poi tutti i rapporti di parentela divenivano impossibili, dimostra le dinamiche attraverso cui viene a definirsi una coerenza interna del sistema giuridico romano proprio a partire dallo studio della profondità semantica di un termine.

Per concludere, il caso dell'erede proprio dimostra la ricchezza argomentativa del caso singolo che si erge ad esemplare di una categoria, quella della stra-ordinarietà rispetto al contenuto di una *norma*, che è capace di tracciare creativamente nuove interpretazioni, di svelare, attraverso la scoperta di una possibile nuova linea ermeneutica, un significato escluso ma non eliminato.<sup>166</sup> Come ha fatto notare Yan Thomas:

*“L'examen d'un cas-limite invite ainsi à soulever un coin de voile et à découvrir, bien au-delà des mécanismes de la filiation et du droit successorial, une véritable architecture juridique de la vie.”*<sup>167</sup>

---

<sup>166</sup> A proposito del caso qui esaminato, nella cultura giuridica antica, nascere significava entrare a far parte di un mondo che esisteva già, in una società nella quale il nuovo arrivato era già centro d'imputazione di diritti, in una dinamica per cui soggetto "di vita" e soggetto di diritto venivano a sovrapporsi. Secondo le più antiche rappresentazioni giuridiche, un soggetto di vita non era soggetto di diritto che al momento della nascita, poiché soltanto allora poteva entrare nella sfera di competenza giuridica nella quale veniva a compiersi la successione. Con la finzione analogica venne trovata una soluzione alla questione giuridica.

<sup>167</sup> *Ibidem*.

#### 4. Estremo e ordinario: generalizzazione analogica

Non esiste un solo livello di generalizzazione, così come i processi che dal singolare risalgono verso il generale (o universale) conoscono più di una modalità operativa. Il caso dell'erede "proprio" dimostra ad esempio che una delle declinazioni del pensiero analogico, e in particolare della generalizzazione analogica, può assumere i contorni della finzione, costituendo un collegamento fra due situazioni simili (ma non identiche) e accomunate da un attributo comune che funziona come perno o "medio" dell'inferenza. Nel caso che andiamo ad analizzare, invece, il processo di generalizzazione è leggermente differente, poiché riguarda la relazione fra *definiens* e *definiendum*, trattandosi della definizione del contenuto di un concetto in relazione ai possibili significati che ad esso possono essere attribuiti. Rispetto al caso precedente, in cui il problema teorico si sostanzia nella traslabilità di un modello noto ad una fattispecie (almeno nella teoria) ignota, in questo caso la questione logica di fondo consiste nello stabilire il limite semantico di un termine, considerato nella prospettiva 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). Il caso medievale in questo caso in analisi è stato studiato e commentato largamente dagli storici del diritto; per chiarezza si richiama qui la questione nei termini in cui l'ha posta Yan Thomas:

*"Un monastère a été réduit à n'être plus habité par personne, abandonné de tous ses moines et de leurs serviteurs qui y desservaient Dieu: les biens que le parron a concédés à cette église peuvent-ils être revendiqués par lui, parce qu'ils sont retournés à leur état antérieur, ou doivent-ils être absorbé comme biens vacants par le fisc du pape?"*<sup>168</sup>

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

---

<sup>168</sup> Y. Thomas, *L'extrême et l'ordinaire. Remarques sur le cas médiéval de la communauté disparue*, in *Penser par cas* 45- 73 (2005); Yan Thomas nel suo testo specifica che il caso viene riportato come è riportato dai manoscritti di Bassiano, editi da Seckel e Genzmer nel 1935 e da Belloni nel 1989.

chiesa. Possono essere rivendicati dal padrone, poiché sono ritornati in una condizione che è come quella anteriore alla donazione, oppure devono essere assorbiti dal patrimonio papale come beni “*vacants*”, cioè senza proprietario? Intorno a questa domanda, numerosi giuristi medievali fra il XII ed il XIII secolo tentarono di elaborare delle forme giuridiche che garantissero omogeneità di trattamento all’interno del sistema giuridico fra fattispecie differenti. La domanda teorica di fondo riguardava la possibilità di riconsocere unità e coesione alle collettività di individui, agli insiemi organizzati di individui, di agire come soggetti di diritto, di essere dunque titolari di diritti e di essere considerati come *persone*. Più generalmente, il caso della comunità scomparsa rappresenta simbolicamente molti dei processi giuridici di astrazione che, davanti a *casi-limite*, hanno caratterizzato la definizione di nuovi insiemi, nuovi oggetti, nuovi elementi, quando gli interpreti si sono trovati in situazioni anomale, non previste, o – secondo la definizione di Thomas – *straordinarie*, in contrasto con l’*ordinarietà* delle fattispecie normativizzate. Il caso medievale della *communauté disparue* offre dunque lo spunto per riflettere sulla relazione fra *ordinario* e *straordinario* nel diritto, con una attenzione particolare agli usi dei meccanismi linguistici in questo contesto. La riflessione trova le sue radici nella finzione della personalità ideate 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. Il processo definitorio del concetto di “*persona*” interessa infatti tanto il suo contenuto proprio quanto, come accade sempre nella definizione di un campo di significato, le possibili letture ulteriori e le linee interpretative. E’ noto che ogni volta che i giuristi in epoca medievale hanno argomentato per dotare le collettività organizzate - comunità monastiche, collegi ecclesiastici, confraternite, o città - di un’identità giuridica costante e continua, hanno ragionato quasi sempre a partire dalla questione seguente: che succede con i diritti di una collettività i cui membri sono tutti scomparsi, quando non è rimasto più nessuno? Durante i



secoli XII e XIII, giuristi, glossatori e commentatori del “corpo” delle leggi del diritto romano decisero che un’*entità astratta* avrebbe dovuto supplire alla mancanza nella realtà di un oggetto proprio di riferimento.

Questa premessa è la base per affermare che il diritto, già nella ricerca storica, ha fatto ricorso al pensiero analogico nella concettualizzazione (fondata spesso su finzioni di carattere analogico), così come su costrutti raffigurativi (la cui natura spesso è metonimica o metaforica) per soluzione di casi complessi. La soluzione e la concettualizzazione finirono così per costituire due lati di un medesimo procedimento, che dall’esemplarità del caso singolo risale verso i successivi livelli della generalizzazione, distinti ma comunicanti fra loro. I due aspetti sono in comunicazione e l’uno non va tenuto distinto dall’altro. Nel caso della comunità scomparsa, riguardante la dubbia titolarità dei beni residui, in precedenza donati alla comunità da un signore, presenta tutti gli elementi necessari per l’esegesi della personalità fittizia o, come veniva chiamata nel Medioevo, della personalità morale, esegesi che non è dissociabile, nei suoi sviluppi, dai casi come quello della comunità scomparsa, centrale per stabilire la linea che separa una pluralità dalle sue unità (dall’ultima e più piccola unità che la costituisce, in questo caso) e, oltre, dalla demarcazione fra quest’ultima unità ancora capace di costituire la comunità, almeno teoricamente, ed il nulla. Queste frontiere definitorie fra situazioni molto simili ma differenti per qualche aspetto sono le dimensioni in cui i meccanismi di astrazione creativa, che sono propri del diritto, danno vita ad entità giuridiche astratte che possano supplire alle carenze del reale; l’ipotesi di fatto (assenza di individui facenti parte di una *comunità* titolare di beni proprio in quanto tale) e la questione di diritto parallela, conducono 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. Per cui, il campo in cui il concetto viene a definirsi in epoca medievale è quello in cui si verifica la rarissima circostanza che della comunità non sia rimasto più nulla, attraverso un gioco linguistico molto raffinato per cui si arriva a conoscere ciò che c’è proprio quando non si sa bene dove sia, divenendo imminente la necessità di trovare un punto teorico fermo, che nella gran parte dei casi nel discorso giuridico si sostanzia in una definizione.

A partire dalla straordinarietà di un caso limite spinto alla sua quasi “stravagante eccezionalità”,<sup>169</sup> sul quale le prime generazioni di interpreti del *Corpus Iuris Civilis* si trovarono a dibattere, sotto la spinta della eccezionalità dei fatti in questione, l’ermeneutica ha trovato, anche 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 contesto ad un altro, trovando invece spesso nei momenti di eccezione (in cui la necessità di una soluzione è percepita al massimo) una spinta fondamentale, poiché proprio in questi momenti il grado di generalizzazione raggiunge il suo picco. Che si tratti di una universalizzazione o di una stabilizzazione del caso eccezionale, è irrilevante, poiché entrambi gli aspetti sono presenti, entrambi contribuiscono alla buona riuscita del processo; talora prevale l’uno, talora è l’altro a sembrare vincente. Molto più denso è invece un altro aspetto, quello dell’eccezione: quando una soluzione è necessaria nella situazione più estrema, sotto certi aspetti improbabile, il grado di generalità arriva al suo livello più alto, poiché si rende necessario trovare una collocazione per un caso estremo all’interno dell’ordinamento (il quale, invece, tende a raccogliere i tracciati delle possibilità “normalizzabili” e non l’imprevisto). Uscendo dall’ordinario, l’uso della raffigurazione, della traslazione, della assimilazione analogica di contesti disomogenei permette di stabilire nuove connessioni e di creare nuovo diritto, attraverso un processo 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*”.<sup>170</sup> La questione teorica di fondo è però che non è così semplice distinguere descrizione dell’ordinario e “stabilizzazione dell’estremo”, poiché in entrambi i casi si tratta di includere il generale nel singolare, ed il singolare nelle definizioni universali che possano valere per più di un caso, anche straordinario. Il *cas-limite* è dunque, anzitutto, il luogo dell’incontro fra straordinario ed ordinario.

---

<sup>169</sup> Così Y. Thomas, *ibidem*, p. 46.

<sup>170</sup> *Ibidem*, p. 46.

#### 4.1 Corpo, persone, cose

Il caso giuridico della *communauté disparue* è stato discusso per la prima volta intorno al 1140 fra Mosé, esperto di diritto canonico, prima arcidiacono di Vercelli e poi arcivescovo di Ravenna dal 1144, e un tal Gualfredo, di incerta identificazione, ma senz'altro riconosciuto come *legis doctor*.<sup>171</sup> Nel ricostruire il dibattito emerge l'analogicità tanto dei *concetti* in discussione, che sono passibili sia di un uso univoco che di uno equivoco, ma emerge tempo stesso l'uso predicativo dell'ana-logica, che fa spingere l'argomento oltre il mero dato logico-razionale per sostenere la possibilità di una descrizione di un constesto nuovo (e sotto certi aspetti ignoto) *come se* fosse un caso noto. Secondo la posizione di Bassiano avrebbe dovuto applicarsi il diritto del signore donante, in linea con una analogia con il caso romano di un fedecommesso in favore di un collegio religioso sciolto anzitempo; in quel caso, il diritto romano stabiliva che la liberalità ricadesse in favore dell'erede incaricato del fedecommesso.<sup>172</sup> Questa lettura, secondo cui i beni debbano rientrare nel patrimonio del donante – poiché la sua posizione è analoga a quella dell'erede del fedecommesso nel caso romano - si contrappone a quella secondo cui i beni della comunità scomparsa debbano considerarsi patrimonio della Chiesa, avendo Cristo come erede e competendo alla Chiesa in quanto istituzione, e non come insieme di individui. Al diritto del signore si oppone quello di Cristo, al diritto del fisco pontificio si oppone il diritto di proprietà del signore, alla capacità a succedere di Cristo si oppone la legge romana sul ritorno del fedecommesso al legatario.<sup>173</sup>

Nel dibattito si inseriscono le opinioni di altri due giuristi, Mosé e Gualfredo. Per tentare di risolvere la questione, il problema giuridico venne focalizzato su un aspetto determinate: l'identità del beneficiario dei beni concessi. L'interrogativo da risolvere divenne dunque: i beni sono stati donate ai monaci in persona, in carne ed ossa, oppure a qualche altra entità, astratta e virtuale? Per Gualfredo, i donatari erano i monaci in persona, mentre per Mosé i beni dovevano ricadere nel patrimonio della Chiesa come istituzione, come

---

<sup>171</sup> Secondo quanto risulta dai documenti che vengono fatti risalire ad un periodo fra il 1130 e i 1140. Di certo, la reputazione dei due giuristi era affermata: questa disputa è rimasta infatti per lungo tempo uno dei casi esemplari per gli studenti di diritto.

<sup>172</sup> "Que les biens doivent retourner au patron, cela peut être argumenté par la loi Tusculanus, où s'applique la distinction d'un legs initialment utile, mais qui par la suite devient inutile", p. 48.

<sup>173</sup> "Contre cet argument, on peut dire que les possessions [de l'église] ne doivent pas retourner au patron. Car, de cette fille, il a un héritier suprême en la personne de notre Seigneur Jésus-Christ.", p. 49.

persona astratta. Dalle persone, Mosé preferiva passare alle cose, non necessariamente attraverso un processo di personificazione, ma piuttosto per sostenere che anche qualcosa di diverso da un individuo vero e proprio poteva essere proprietario di un bene.<sup>174</sup> D'altronde, nella cultura giuridica dell'alto Medioevo questa tendenza era piuttosto diffusa, essendo tradizione diffusa quella di considerare chiese e monasteri come donatari e proprietari di beni.<sup>175</sup> Questa tendenza poggiava sulla tradizione romanistica, nella quale già (secondo la legislazione giustiniana) le terre appartenevano di diritto al tempio come istituzione e non ai monaci.

La controversia riportata figura per la prima volta nelle *Questiones* di Ioannes Bassianus,<sup>176</sup> nel cui lavoro tutte problematiche analizzate vanno nella direzione del medesimo interrogativo, lo *status* giuridico delle comunità ecclesiastiche; in particolare nella prospettiva della teorizzazione del caso della comunità ecclesiastica scomparsa, furono richiamate altre opinioni oltre a quelle di Gualfredo e Mosé, come ad esempio questa interpretazione nella *Glossa* di Accursio: "che succede se uno dei membri di una *universitas* è insolvente [...]? E che succede se qualcuno, appartenente alla *universitas*, ti aggredisce e commette contro di te un delitto: l'*universitas* si considera autore del delitto e puoi agire contro di essa?"

La questione giuridica della comunità scomparsa riguarda più in generale l'idea di "comunità" e il possesso di beni originatosi in capo ad un soggetto, il quale si è integrato in un altro soggetto, per cui la risultante è che i due soggetti titolari del diritto sono *mélangés* l'uno con l'altro. Alla scomparsa di uno dei due, chi è titolare del diritto, se il terzo e nuovo soggetto giuridico "*mélangé*" non è più identificabile? Per rispondere alla complessa questione, il giureconsulto Pomponio aveva fatto ricorso allo studio - fatto da Aristotele e dagli stoici - sui *corpi* e sul loro *grado di complessità*, studio incentrato sulla

---

<sup>174</sup> "Contre cet argument, on peut dire que les possessions [de l'église] ne doivent pas retourner au patron. Car, de cette fille, il a un héritier suprême en la personne de notre Seigneur Jésus-Christ." (...) Il disait que les terres appartenaient aux murs de l'église, et au lieu lui-même où elle était située; car, bien que tous ceux qui appartiennent à cette église sont morts, les terres de cette église n'en demeurent pas moins dans sa propriété."

<sup>175</sup> Come è riportato anche da Emanuele Conte, *Intorno a Mosé: Appunti sulla proprietà ecclesiastica prima e dopo l'età del diritto comune*, in A Ennio Cortese, Vol.I, Il Cigno Edizioni, Roma (2001), p. 342.

<sup>176</sup> Le quali corrispondevano sotto certi aspetti a ciò che attualmente ricade sotto la definizione di *casuistique* - soprattutto a partire dalla fine del XII secolo, si trattò di circostanze emerse dalla pratica dei tribunali (*quaestiones ex facto emergentes*).

dicotomia parti-tutto, ovvero sul ruolo giocato dalle *parti* nella definizione del *tutto* che queste compongono. I giuristi romani si erano diffusamente interessati al problema dell'identità giuridica di fronte al mutare delle circostanze, problema simile a quello dell'appartenenza di un bene al suo proprietario anche dopo la modifica della situazione originaria. Le risposte alle questioni non erano sempre omogenee, come è comprensibile, anche perché di caso in caso il problema era la descrizione di un'identità, quella della *res*, rappresentante uno scoglio teorico rilevante. Dietro e insieme all'identità della *res* – *va da sé* - si andava cercando il campo di imputabilità di un diritto. Tutti questi tracciati teorici continuarono ad essere percorsi dai glossatori medievali, i quali trasposero l'analisi fatta a proposito dei beni - sulle persone. Il modello ermeneutico applicato agli insiemi di cose, venne così utilizzato per la descrizione degli insiemi di persone. Un *corpus* fatto di cose per comprendere un *corpus* fatto di persone: l'applicazione di un modello noto ad un contesto meno noto (se non del tutto ignoto) si conferma, in linea con quanto affermato finora, una dimensione adatta per la descrizione degli oggetti di cui si compone il discorso giuridico. Ancora una volta, dunque, la descrizione di un oggetto da incorporare nel diritto venne filtrata dal bagaglio di competenze già acquisite. D'altro canto, una linea interpretativa complementare avrebbe visto l'applicazione del concetto di "persona" alla comunità, con la conseguenza che la stessa, anche dopo la morte di tutti i suoi componenti, avrebbe dovuto mantenere la capacità a succedere, in una più vasta dimensione di personificazione che deve essere richiamata per completare il quadro della contorta teorizzazione della *communauté* medievale. Peraltro, il processo di "travestimento" delle cose come persone aveva avuto già a Roma discreto rilievo nel diritto successorio.<sup>177</sup> Yan Thomas ha giustamente ritenuto che la soluzione per un caso trova sempre alcune ragioni in elementi esterni al caso

---

<sup>177</sup> In un caso spesso riportato ad esempio, si trattava di stabilire come i creditori alla apertura di una successione potessero ottenere una forma di garanzia per il loro credito e trattare dunque con una persona (inevitabilmente un rappresentante). Si doveva inoltre assicurare che nello stesso contesto gli schiavi del defunto, che continuavano anche dopo la morte a prestare servizio, lavorassero a nome di qualcuno, di un soggetto, che andava per questa ragione identificato. La soluzione venne trovata nella *personificazione* della *successione* stessa. I creditori erano quindi creditori della successione, gli schiavi lavoravano al servizio della successione. Per ragioni molto simili, il ricorso alla rappresentazione fittizia tornò utile anche per il caso delle eredità giacenti, per cui ricorso alla persona rappresentativa serviva a colmare una eventuale vacanza.

stesso, e che nel caso dei commentatori medievali possono essere ricostruite proprio dalle glosse:

*“La solution apportée à un cas s’appuie toujours sur celle apportée à d’autre, que fournissent les textes en marge desquels les juristes travaillent. C’est dans la boucle où se nouent toutes ces questions que furent d’abord essayées et mises à l’épreuve la catégorie et les techniques de la personne fictive ou représentative, qui ne saisit pas en dehors de cette constellation casuistique précise, telle qu’elle se laisse suivre à travers toute une trame d’allégations.”*

Nell’analisi casistica sviluppata in prospettiva storica si osservano fenomeni che si collocano oltre la dimensione deduttiva del diritto. Nella dimensione contingente del caso-limite che esula da una trama ordinaria e ricade piuttosto nell’*estremo*, è contenuta tutta la spinta verso la generalizzazione che un caso critico, “limite” (*cas limite*), possiede, e che porta a scoprire meccanismi della normatività che comprendono il campo di applicazione delle regole e si spingono anche oltre esso. Si trovano, nelle considerazioni sulla questione giuridica da risolvere, configurazione inattese, talora apparentemente aleatorie e incongruenti, che finiscono per costituire una sorta di matrice alla quale i giuristi medievali fecero ricorso per ricostruire le referenze fra un testo e l’altro, per ritrovare ciò che i giureconsulti romani, nel trattare di cose così come di persone, avevano detto a proposito delle pluralità, o collettività, concetti complessi da analizzare in una prospettiva di semantica proposizionale, contestuale, e non soltanto nominale.

Il caso limite ha assunto nella storia una funzione chiave, perchè attraverso la predicazione analogica, il riferimento alle somiglianze – da intendersi nel senso di “aspetti simili” dei casi precedenti – somiglianze che, è sempre bene precisarlo, devono essere pertinenti o ancora meglio rilevanti, ha stabilizzato una anormalità in una nuova regolarità del sistema. Attraverso la finzione, la comparazione, la valutazione della coerenza, che sono tutte modalità operative del pensiero analogico e presupposti del sapere analogico che ne è la risultante, la stra-ordinarietà del caso “inatteso” viene stabilizzata ed incorporata nel sistema attraverso i meccanismi di controllo ed omogeneizzazione che sono tipici del ragionare analogico. Ciò che è davvero

affascinante in questo discorso sul caso-limite non è, quindi, soltanto il trasferimento di categorie forgiate in un contesto all'interno di uno nuovo – ma piuttosto il fatto che dietro queste categorie vi siano associazioni ben più concrete di un caso ad un altro, fra le quali le questioni sono collegate le une alle altre metonimicamente. Ciò conferisce alle elaborazioni dei giuristi nella storia un aspetto spesso più poetico (nel senso di “costruttivo”) che esclusivamente logico. I casi, molto più che la speculazione filosofica in sé, mostrano il funzionamento di ciò che è stato definito “*impératif de généralisation*”,<sup>178</sup> che è quel processo attraverso il quale per la soluzione di un caso è necessario risalire alle classificazioni e alle categorie.<sup>179</sup> Ciò significa, evidentemente, che la discussione storica non finisce con il caso in sé, ma che il processo ed il risultato della generalizzazione iniziati con il caso critico meritano tutta l'attenzione degli storici, proprio per il potenziale argomentativo, concettuale e predicativo che è nel caso singolo, limite.

Quest'analisi della micro-storia dei singoli casi suggerisce riflessioni sugli equilibri dinamici fra pratica e teoria nel diritto nella prospettiva della metodologia storica.

#### 4.2 Trame della *casuistique*

L'aver fatto ricorso alla creazione alla rappresentazione per descrivere una persona che non presenta tutti gli attributi di una persona per colmare una lacuna nel caso in cui di persone (in senso stretto) non ve ne fossero più, permise ai giuristi medievali di applicare il medesimo modello, fondato appunto sulla rappresentazione, a tutte le comunità, anche nei casi “ordinari”. Ordinario e straordinario, in seguito al processo teorico di risalita verso l'astrazione concretizzatosi in una generalizzazione, finiscono per confondersi, o meglio per essere definiti relazionalmente. La congruenza della

---

<sup>178</sup> Un appunto sulla parola “generalizzazione”: essa deriva dalla radice latina di *gens* e dal greco γένος. Sally C. Humphreys (*Fustel de Coulanges and the Greek “genos”*, *Sociologia del diritto* IX, pp. 35- 44, 3, 1982), citando Niebuhr (B.G. Niebuhr, *Lectures on the History of Rome*, London, p.88, 1848), ha rilevato che il greco γένε, e di conseguenza il latino *gentes*, sono “associations which, notwithstanding their common name, are not to be regarded as families, descended from the same ancestors, but as the descendants of those persons who, at the foundation of the state, became united into such a corporation.”

<sup>179</sup> Jean- Luis Fabiani, *La généralisation dans les sciences historiques. Obstacle épistémologique ou ambition légitime?*, 1 *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 9- 28 (2007).

generalizzazione prodotta per il caso della comunità monastica spopolata divenne una congruenza applicabile a tutti i casi di comunità, in generale; anche nei casi ordinari, e non “limite” o “estremi”, divenne utile pensare in termini di *persona* come concetto astratto comprensivo anche degli insiemi di persone e non necessariamente di singolo individuo. Presentando tutte le collettività un elemento di astrattezza, divenne possibile applicare il modello generalizzato della personificazione: era sufficiente considerare la collettività come istituzione pura, al tempo stesso rappresentata e rappresentante – *come se* si trattasse di una persona, pur non essendo essa una persona. L'estensione della soluzione per il caso straordinario ai casi ordinari invita a questo punto a riflettere sulle categorie di “ordinario” ed “estremo” nel discorso giuridico, proprio a partire dal dato storico offerto dai casi esaminati finora. Nella differenziazione fra estremo e ordinario, così come in altri processi simili, come quello di distinzione fra norma ed eccezione, il diritto compie operazioni di auto-descrizione e differenziazione. Il meccanismo di auto-osservazione che è caratteristico dei sistemi giuridici e sociali in genere è particolarmente evidente in questi casi di contatto fra regola, sistema regolante, e complessità dell'oggetto regolato o da regolare.

Attraverso il “gioco di finzione” costruito sulla rappresentazione, la collettività non vede differenziarsi la propria sostanza sociale concreta e la sua forma istituzionale, astratta, andando così costituire una pluralità indivisa, che non si raddoppia in alcuna “*persona representata*”. Per cui, non rimane spazio per le differenziazioni fra dimensione concreta, reale, sociale, e dimensione giuridica: le due si confondono in un quadro che le vede interagire, un quadro che si delinea proprio a seguito del processo di generalizzazione, nel quale i beni possono trovare una collocazione e la successione non deve affrontare l'eventualità di una vacanza. Il collegio, nella sua forma istituzionale e anche come insieme di individui (sebbene *ex-insieme* o *insieme in divenire*) è considerato in questo senso come persona giuridica. La rappresentazione fa attivare un meccanismo riflessivo in cui i membri di un'entità sociale sono al tempo stesso rappresentanti dell'istituzione e sono anche, da essa, rappresentati, poiché il meccanismo rappresentativo, partendo dalla finzione, va a sdoppiarsi in una duplice dimensione, da un lato attiva (i monaci rappresentano, ciascuno individualmente, l'intera comunità) e dall'altro passiva



(i monaci sono rappresentati dalla comunità-istituzione). Attraverso la personificazione dello spazio descrittivo vuoto, da colmare con un soggetto che possa funzionare da centro di imputazione di diritti, si verifica lo sdoppiamento del piano sociale (concreto) in "istituzionale". Nel periodo fra i secoli XIII e XIV, la personalità giuridica delle *universitates* viene fatta corrispondere con una successione senza interruzioni, grazie ad un processo linguistico-rappresentativo molto simile a quelli finora descritti, basato sulla finzione, sulla traslazione di modelli noti su contesti ignoti, e sul riferimento ad esempi per la spiegazione e la comprensione (tipica dicotomia ermeneutica) dei casi complessi (stra-ordinari, appunto).<sup>180</sup> Innocenzo IV aveva introdotto, proprio per definire queste entità collettive, come le città o le comunità monastiche, qualcosa di ulteriore rispetto alla terminologia della *factio*: i cosiddetti *nomen iuris*, *nomen intellectuale* (nome che designa un'idea) e la *res incorporalis*, ovvero il nome designante una cosa non concreta. Come già si è anticipato, tutte queste "universalità" di beni avevano un'identità ed un regime giuridico diversi da quelli dei singoli componenti, e per la definizione concettuale di queste nuove entità divenne fondamentale tutta la teoria dei *corpi*, funzionale alla differenziazione fra elemento singolo e collettività risultante da più elementi.<sup>181</sup>

Proprio a causa di queste dinamiche relative alla definizione e alla soluzione di un "*hard case*", il trattamento del caso straordinario non fu mai slegato dal trattamento del caso ordinario: le due dimensioni, quella della ordinarietà e quella della straordinarietà, furono sempre correlate. Il *limen* fra ordinario e straordinario è sempre la risultante di una procedura ermeneutica di formalizzazione e normalizzazione del rapporto fra forma e contenuto. Definire un contesto con l'attributo 'straordinario', è una modalità discorsiva che necessariamente va a porre in contrasto tale contesto con uno invece definibile come con il termine 'ordinario'. Fuori e dentro un ordine: ordine che corrisponde alla dinamica che definisce i propri confini e che, a sua volta, ne è

---

<sup>180</sup> Questa tipologia di rappresentazioni generalizzanti fu applicata a diversi campi del diritto, pubblico, private, canonico.

<sup>181</sup> Teoria dei corpi e sui corpi che era debitrice alla filosofia classica, in particolare ai presocratici e ad Aristotele. Ancora più influente della teoria dei corpi era stata però la teoria delle cose incorporali, che venne infatti ricompresa, sempre da Innocenzo IV, per la definizione delle "cose incorporali" come "nomi intellettuali".

definito, secondo un meccanismo tipicamente riflessivo.<sup>182</sup> La riflessività è, peraltro, l'unica dimensione in cui, all'interno di un medesimo ordinamento normativo, possono convivere ordinarietà e straordinarietà, proprio per la propensione che uno spazio comunicativo caratterizzato da dinamiche riflessive ha verso la definizione e l'autodefinizione dei propri margini e dei propri contenuti.

La *casuistique* mostra fino in fondo un aspetto che talora storia e teoria del diritto hanno trascurato, ovvero la irriducibile fattualità del diritto, non soltanto nel momento in cui il diritto stesso si dice o deve essere detto, ma anche nei processi definitivi e di categorizzazione del *nuovo* in riferimento al *noto*. Per questa sua spiccata capacità di collegare caso singolo e classificazione universale, la casistica è per eccellenza il luogo della tessitura dell'ordinamento in quanto è prima di tutto messa in comunicazione fra concreto ed astratto, particolare e generale. La soluzione trovata per un caso singolo poggia sempre sugli equilibri delle soluzioni di altri casi, poiché il diritto deve poter assicurare, al proprio interno, *coerenza*.<sup>183</sup> Coerenza che riguarda anzitutto la ricerca di equità fra il trattamento di situazioni simili (ma con qualche attributo differente) e la compatibilità fra modelli che possono trasversalmente acquisire forme di validità diverse. Proprio nella casistica, inoltre, viene messa alla prova la tenuta delle categorie, che nel processo di traslazione vedono misurata la propria capacità comprensiva, così come pure il loro rigore descrittivo e definitorio. Nella contiguità fra casi e norme che è caratteristica del dominio che abbiamo definito della *casuistique*, reti di somiglianze fra casi, fra quelli romani e quelli medievali, si instaurano per associare istituzioni e categorie o nomi rilevanti che si situano a livelli anche molto differenti, come nel caso narrato, in cui l'idea di collettività associata alla città o alla comunità monastica viene messa in relazione - nel percorso argomentativo - con il diritto successorio romano, con il contenuto del concetto di "patrimonio", con l'idea di "giacenza" applicata all'eredità. In queste forme di continuità della casistica si scoprono regolarità, ma non soltanto; si scopre ben più di una dimensione della normatività; il caso straordinario mostra la sua esemplarità, la paradigmaticità

---

<sup>182</sup> A questo proposito, si veda su tutti N. Luhmann, *Struttura della società e semantica*, Roma-Bari, Laterza (1983).

<sup>183</sup> Prima e più ancora che completezza.

che lo fa divenire unico e allo stesso tempo modello per casi simili e prossimi. I caso-limite diventa caso-esemplare, con ciò creando un contatto fra definizioni ed esemplarità, in cui l'elemento di straordinarietà è il medesimo che distingue il caso dalle trame dell'*ordinario*, e allo stesso modo è l'attributo che, partecipando della caratterizzazione dello stesso, ne definisce la rilevanza e contribuisce a descrivere dei tracciati di regolarità all'interno del sistema di cui partecipa. Come ha correttamente osservato Yan Thomas,<sup>184</sup> l'aspetto più intrigante di tutta questa vicenda ermeneutica nella storia del diritto non è la trasmissione di categorie da un contesto ad un altro, ma è piuttosto scovare dietro questi spostamenti la storia di un'idea, di un pensiero, di una descrizione e dei suoi mutamenti, fra continuità e discontinuità. Dietro ai giochi di descrizione delle categorie, e anche dietro alle classificazioni, ci sono delle associazioni concrete fra casi, a causa delle quali si creano delle trame e dei riferimenti in cui le questioni si legano metonimicamente, il che attribuisce alle elaborazioni teoriche dei giuristi una attitudine spesso più *poetica* che *logica*, dimostrata dallo sviluppo di formule e nozioni che si spingono sempre oltre i contesti in cui si sono originate: un'attitudine, appunto, ana-logica.

## 5. Connettere e includere

Non vi può essere inclusione del caso specifico nell'universale senza che fra quest'ultimo livello e il particolare vi sia stata (o sia in genere possibile) una qualche forma di connessione. Nei paragrafi che precedono si è tentato di dare profondità storica al tema centrale del lavoro, al fine di renderne più agevole e più ricca la trattazione nelle prossime due sezioni, dedicate rispettivamente alle pratiche e modalità operative del campo analogico (parte II) e alla dimensione teoretica più complessa del campo stesso, che è interconnessa con la paradigmaticità (parte III). Per agevolare la comprensione delle dinamiche che legano i tre aspetti centrali del campo analogico, la sua storicità, la proporzione (insieme alla simmetria), e la paradigmaticità, è bene, a questo punto, mostrare come le categorie della connessione e dell'inclusione giochino un ruolo fondamentale all'interno del nostro discorso. Per rendere, seppur frammentariamente, un'impressione della rilevanza dei meccanismi inclusivi

---

<sup>184</sup> Melandri, *La linea e il circolo*, p. 73.

(ed esclusivi, naturalmente) necessari a spiegare il campo analogico, si pensi al rapporto fra inclusione e somiglianza, fra inclusione e convenzione (e dunque linguaggio), fra inclusione e capacità predicativa dell'analogia.<sup>185</sup> Non è un caso che la presente riflessione intorno al rapporto fra connessione e inclusione, che leggeremo attraverso la chiave di altri rapporti, ovvero forma-contenuto e ontologia-semantica, si collochi proprio dopo la lunga digressione intorno a generalizzazione e metodologia giuridica contenuta nei paragrafi precedenti. Come anticipato, la dinamica - tipicamente ana-logica - di *ricomprensione* fra il particolare e l'universale si completa con l'*inclusione* reciproca dell'uno nella altro (tanto quanto di reciprocità si deve parlare a proposito del rapporto fra descrittività e prescrittività nel discorso giuridico) ma ha luogo perché esiste una (o più) *connessioni* fra questi due livelli.

Per includere, si deve trovare uno spazio di comparazione prima, e di compatibilità dopo, che permettano di valutare, ad esempio, se un modello argomentativo contenuto in un precedente possa essere applicato ad un caso nuovo: connessione e inclusione sono allora anche modi attraverso cui si può realizzare quell'omogenizzazione che abbiamo visto essere uno dei principi cardine del campo analogico. La premessa e la funzione dell'inclusione sono fondate su un punto di contatto, che può essere una caratteristica comune, una forma di prossimità, la relazionalità con un terzo che funziona da medio, l'appartenenza ad una medesima categoria (spesso questi elementi non si escludono l'un l'altro ma sono coesistenti). Con i meccanismi che si azionano attraverso il campo analogico, si verifica l'affermazione dell'antitesi e l'inclusione dell'escluso.<sup>186</sup> Soltanto in questi meccanismi è possibile la valutazione di una compatibilità che è sempre il fondamento legittimante

---

<sup>185</sup> Non soltanto, ma inclusivo è pure ogni processo di interpretazione (sia come comprensione che come spiegazione): ciononostante, includere e comprendere non vanno intesi in questo senso come sinonimi. L'inclusione è un meccanismo fondato sulla chiusura di un elemento all'interno di un discorso; la comprensione è piuttosto una questione di prospettiva, di osservazione. L'inclusione è un concetto che sta sul confine fra i processi di classificazione (che puntano a descrivere la completezza di un ordine) e non riguarda direttamente l'ermeneutica. Essa è, come già abbiamo anticipato, il luogo della comprensione, perché prima di tutto comprendere significa assumere punti di vista differenti, ragione per cui, appunto, la comprensione è meccanismo per eccellenza di mediazione linguistica. Sempre a proposito della relazione fra *includere* e *comprendere*, si deve aggiungere che includere è più vicino a spiegare che a comprendere; è tipico della spiegazione il mettersi da un punto di vista esterno. La comprensione è invece prima di tutto l'assunzione delle prospettive esterne alla propria, oltre alla propria: comprendere è prendere anche gli altri discorsi, valicando il confine del sé.

<sup>186</sup> E. Melandri, *ibidem*, p. 270.

l'inferenza analogica, ma è anche la premessa per la comprensione del concetto analogico e il primo passaggio per la predicazione e per il giudizio analogici. L'inclusione è la grammatica delle generalizzazioni tanto quanto del pensare analogicamente e del conoscere analogicamente, perché la possibilità che si viene ad aprire con l'inclusione è la cifra essenziale della relazionalità fra singolare ed universale, fra individuale ed omogeneo (rispetto ad un insieme), fra speciale e generale: inclusiva è, non a caso, ogni forma di *dianoia* in cui si articolano le coppie dicotomiche.<sup>187</sup> Il senso aristotelico della *dianoia* intende la conoscenza come procedura discorsiva, che conduce ad apprendere per gradi: dianoetico è anche il sapere che, attraverso connessioni e inclusioni, si costruisce attraverso i referenti del campo analogico, ed è un tipo di pensiero che sposta il focus sul contenuto ma non lo distingue in maniera definitiva dalla forma. L'ana-logica, al contrario della logica, è tipicamente dianoetica nel suo fondarsi su processi discorsivi in cui forme e contenuti possono coesistere (mentre la logica tende ad attribuire maggiore rilevanza alle forme).

L'opposizione dicotomica fra logica formale ed analogia può anche essere compresa con la contrapposizione fra semantica nominale e semantica proposizionale: come ha fatto notare Melandri, "la semantica *proposizionale* (il significato della proposizione intesa come totalità semplice, non-analizzabile e non-definibile) non coincide mai se non *per accidens* con la semantica *nominale* (il significato della parola intesa come nome o unità elementare di riferimento extra-linguistico). Tale incongruenza rende per lo più impossibile costruire il significato della proposizione - il *Gedanke*, per dirla con Frege - per semplice combinatoria dei significati delle parole che ne costituiscono l'enunciato [...]. Per converso è quasi altrettanto difficile trarre dalla connotazione

---

<sup>187</sup> Fra i luoghi classici della *dianoia*, fra cui mi sento di includere, viste le premesse sviluppate finora, anche il discorso giuridico, va senz'altro nominata la percezione. Per '*dianoia*', è bene ricordarlo, si intende quel meccanismo, già descritto da Platone ed Aristotele, che produce una conoscenza di tipo discorsivo; all'interno della discorsività si sviluppa la razionalità dianoetica, e non al di fuori di essa. Date alcune premesse, dati alcuni elementi di partenza, la conoscenza si forma dianoeticamente sviluppando le premesse per arrivare alle conclusioni. Per cui questo tipo di conoscenza è contrapposta a quella intuitiva, dove i passaggi intermedi e le discorsività in cui si mettono in relazione gli elementi contrapposti non sono necessarie. Tornando alla percezione come meccanismo in cui l'inclusione si manifesta, va detto che essa è un'operazione complessa, che generalmente si compone di due momenti, uno osservativo ed uno ermeneutico. Ad un primo livello si percepisce il mondo fenomenico in senso stretto, mentre ad un secondo livello viene percepito il mondo intellegibile o noumenico. Il problema della mediazione fra caratteri primari e caratteri secondari non è facilmente solubile sul piano fenomenico e rimangono incomprensibili anche le kantiane "analogie dell'esperienza". Si veda a tal proposito E. Melandri, *La linea e il circolo*, Macerata, 2004, p. 272 ss.

proposizionale del significato il riferimento preciso delle parole denotative - o 'nomi' - che compaiono nell'enunciato".<sup>188</sup> Questo contrasto richiama la relazionalità fra un approccio metodologico che tenga conto soltanto del significato dei singoli elementi che compongono un ordine, e uno che tenga invece conto del singolo elemento nelle sue relazioni con il sistema di cui partecipa. Se da un lato la logica tende a prediligere un'analisi del singolo elemento (concetto, enunciato normativo) nella sua struttura e soprattutto nella sua forma, l'ana-logica tende piuttosto focalizzare l'attenzione sui modi in cui le forme stanno in relazione ai contenuti, per cui ogni discorso analogico (come lo è quello giuridico) deve fondarsi su una semantica proposizionale in cui al centro vi siano i costrutti teorici - poiché la semantica nominale, che come si è visto mette al centro il dato osservativo, non è sufficiente a spiegare la complessità delle relazioni che legano diritto e realtà.

Per comprendere il ruolo che l'ana-logica come vero e proprio metodo di approccio al diritto può ricoprire, si pensi anche al fatto che un'analisi esclusivamente ontologica (in cui ci si focalizzi sulle classificazioni in base alle forme) non è di certo adeguata ad un discorso come quello giuridico che vive sulle relazioni, e d'altra parte un'analisi meramente semantica (solo focalizzata sui contenuti) allo stesso modo sarebbe troppo povera rispetto al dato formalistico-ontologico che ricopre invece una funzione centrale per il diritto.<sup>189</sup> Lo stesso vale tra l'altro in filosofia: "ogni ontologia presuppone una semantica. Se non lo fa, cade nell'insignificanza. Un'ontologia assoluta è impossibile per principio. Ma forse la critica è troppo chiara; nel senso che, se è vera, non si capisce più a cosa possa applicarsi".<sup>190</sup> L'ana-logica è la ricomprensione di semantica e ontologia, e realizza con questo rapporto un sapere di tipo dianoetico, nel senso di un sapere realizzato attraverso una forma di pensiero "tematico", in cui non si dia priorità al dato formale o a quello contenutistico in

---

<sup>188</sup> Melandri, *ibidem*, p.157.

<sup>189</sup> Appare inoltre evidente che nel diritto sia inoltre centrale la mediazione simmetrica fra percezione ed astrattezza: da un punto di vista ermeneutico, è chiaro che ogni fenomeno è per principio sia primario che secondario. In un discorso come quello giuridico, che deve mediare fra realtà (descrizione, Sein) e normatività (Sollen) l'unico approccio possibile è quello che mantenga l'inclusione di coincidenza empirica e raddoppiamento trascendentale. La mediazione fra i due livelli è resa possibile dal fatto che il raddoppiamento empirico-trascendentale comporta un essenziale fattore analogico, oltre che simmetrico e dialettico.

<sup>190</sup> E. Melandri, Op. cit., p. 291. Continua più avanti: "perciò l'ontologia concerne senza artificiose restrizioni la totalità del reale, quale ci è esibita dalle voci di un vocabolario universale" (p. 293).

modo definitivo: la tematica deve essere intesa proprio nel senso aristotelico di “dianoia”, per cui è tematico un contenuto che fa pensare, il quale contenuto da origine ad una dianoesi, cioè a un pensiero che si articola di volta in volta secondi i requisiti del *logos* ci sui riferisce (nel nostro caso, di quello giuridico). Dunque: l’ana-logica è una forma di pensiero che serve ad approdare ad un sapere di natura discorsiva e non meramente formale, che tenga viva l’essenziale relazionalità fra contenuti e forme.

#### **6. Analogia, simpatia, convenientia, aemulatio: similitudini**

Nel ricostruire un’archeologia delle scienze umane, Michel Foucault riporta alla luce il ruolo che le similitudini hanno ricoperto nello sviluppo del sapere umano.<sup>191</sup> Più precisamente, l’intento che muove Foucault è stabilire l’origine dell’*episteme* in cui le forme di conoscenza hanno fondato la loro struttura. In questa dimensione epistemologica necessaria alla comprensione dell’archeologia dei principali saperi umani, emerge il ruolo centrale dei meccanismi “imperfetti”, come la similitudine, la cui rilevanza dimostra anzitutto che molti saperi si sono sviluppati sulle tracce delle condizioni di possibilità della conoscenza della realtà, molto più che sulle forme della logica elementare. Un certo tipo di configurazioni nello spazio della conoscenza hanno dato luogo a diverse forme di scienza empirica. Una ricostruzione indirizzata a comprendere lo sviluppo delle forme di sapere va intesa dunque, più che come un quadro storico, come una vera e propria archeologia nel senso foucaultiano del termine. L’idea sviluppata da Foucault permette di chiarire l’importanza dalle similitudini nello sviluppo della conoscenza, in particolare riguardo alla relazione che queste hanno avuto con i processi di classificazione e di categorizzazione, i primi richiamati da Foucault, processi con cui generalmente si stabiliscono i criteri di relazione fra parti e tutto e fra genere e specie. La questione della classificazione riguarda il sapere in senso lato, e peculiarmente il “sapere analogico”, poiché attraverso dispositivi analogici sono stati stabiliti, nello sviluppo del sapere umano, codici fondamentali che impongono un

---

<sup>191</sup> M. Foucault, *Le parole e le cose: Un’archeologia delle scienze umane* (1966, Gallimard), Milano, BUR (2007).

ordine alla nostra esperienza, e che contribuiscono a conoscere ed ordinare le novità secondo dei criteri di somiglianza e approssimazione. Come già si è anticipato, infatti, lo studio critico dei processi di classificazione ha permesso a Foucault di sviluppare un discorso intorno a quello spazio "grigio" dei criteri con cui si creano connessioni fra noto e ignoto, e dei loro mutamenti. Infatti, il tema fondamentale sviluppato da Foucault, che permette di capire in che senso determinati meccanismi (come quelli del campo analogico) possono contribuire ad orientare i discorsi e i saperi, riguarda i codici basilari di una cultura che impongono un ordine alla nostra esperienza. L'archeologia foucaultiana rappresenta l'intento di studiare la struttura dei discorsi delle varie discipline che hanno preteso di avanzare teorie sulla società, sugli individui e sul linguaggio. Come sostiene Foucault, "una tale analisi non appartiene alla storia delle idee o delle scienze: è piuttosto uno studio che cerca di ritrovare ciò che ha reso possibile conoscenza e teoria; sulla base di quale spazio d'ordine il sapere si è costituito, sullo sfondo di quale a priori storico [...] certe idee sono potute apparire, certe scienze hanno potuto costituirsi, certe esperienze riflettersi in filosofie, certe razionalità formarsi per, forse subito, dissolversi e svanire".<sup>192</sup> Per far questo Foucault introduce la nozione di *episteme*, che corrisponde ad una sorta di *a priori* storico assimilabile ai codici fondamentali di una cultura: "l'episteme non è una forma di conoscenza o un tipo di razionalità che, attraversando le scienze più diverse, manifesterebbe l'unità sovrana di un soggetto, di uno spirito o di un'epoca, è piuttosto l'insieme delle relazioni che, in una data epoca, si possono scoprire tra le scienze quando le si analizza a livello delle regolarità discorsive".<sup>193</sup>

La storia delle diverse epistemi descritta da Foucault nell'opera successiva a *Le parole e le cose*, che è *L'archeologia del sapere*, evidenzia le discontinuità dei modelli e paradigmi appartenuti a blocchi storici distinti: per cui diversi criteri di classificazione ed assimilazione hanno dato origine rispettivamente a diverse tipologie di ordine. L'obiettivo foucaultiano di isolare e descrivere i sistemi epistemici principali è focalizzato nel suo lavoro intorno alle tre epoche più importanti del pensiero occidentale, Rinascimento, Età Classica e Modernità. A ciascuna di esse corrisponde una peculiare idea di

---

<sup>192</sup> M. Foucault, Op. cit. (1966).

<sup>193</sup> M. Foucault, *L'archeologia del sapere* (1969), Milano, BUR (1999).



ordine, e di conseguenza anche un caratteristico rapporto fra parole e cose, fra parti e tutti, fra generi e specie. Il concetto di ordine include, infatti, tutti questi rapporti. L'ordine (concetto da cui deriva l'idea di ordinamento) è ciò che riguarda, al tempo stesso, la natura intrinseca delle cose e i modi attraverso cui queste possono essere tenute assieme secondo dei criteri. La grande intuizione di Foucault sta nell'aver svelato la regione intermedia fra ciò che è già noto e classificato e ciò che non lo è ancora: questa regione intermedia è lo spazio in cui si manifesta il rapporto fondamentale fra le singole cose e i processi di distinzione e denominazione. In ogni cultura, fra i codici di classificazione e le riflessioni sull'ordine, c'è sempre una dimensione di esperienza che riguarda la relazionalità fra i singoli enti, i loro attributi, e i modi per classificarli in ragione di un ordine inclusivo e comprensivo (che serve anche a spiegarli). La grande intuizione sulla rilevanza delle classificazioni era venuta a Foucault, come lui stesso spiega nell'introduzione a *Le parole e le cose*, dalla lettura di un racconto di Borges in cui lo scrittore argentino faceva riferimento a "una certa enciclopedia cinese" in cui gli animali si dividono in "a) appartenenti all'Imperatore; b) imbalsamati; c) addomesticati; d) maialini da latte; e) sirene; f) favolosi; g) cani in libertà; h) inclusi nella presente classificazione; i) che si agitano follemente; j) innumerevoli; k) disegnati con un pennello finissimo di peli di cammello; l) *et coetera*; m) che fanno l'amore; n) che da lontano sembrano mosche".<sup>194</sup> Il sapere enciclopedico di Borges, emblema della relazionalità fra classificazione e conoscenza, genera quindi la domanda: quali sono i confini del nostro modo di pensare? In che modo noi, occidentali moderni, ordiniamo i fenomeni? E, trasponendo questi interrogativi in quella dimensione tutta peculiare di sapere che corrisponde al sapere giuridico, in che modo le classificazioni, e le loro declinazioni pragmatiche che si mostrano ad esempio nell'ana-logica, partecipano dello sviluppo di questo specifico campo di conoscenza? Stabilendo che da una somiglianza (piano descrittivo, prossimo alla classificazione) si inferisce l'applicabilità di una norma a due casi distinti, il livello cognitivo-categoriale viene a toccare quello normativo.<sup>195</sup>

---

<sup>194</sup> M. Foucault, Op. cit., p.5.

<sup>195</sup> Di questa tangenza, o intersezione, fra descrizione e prescrizione nell'ana-logica si dirà molto più approfonditamente nella terza parte.

Quattro sono i tipi di somiglianza di cui parla Foucault nella sua archeologia delle scienze umane, ritenendo che il sapere sia ricomponibile come una prosa, sotto forma di narrazione, per cui è all'interno di questa dimensione che si deve inserire e spiegare il ruolo del sapere analogico.<sup>196</sup> La somiglianza, secondo le sue diverse forme, ha guidato l'interpretazione dei testi e organizzato il gioco dei simboli, ha indirizzato la conoscenza delle cose visibili e di quelle invisibili, e ha 'regolato l'arte di rappresentar(l)e'''.<sup>197</sup> E' durante l'umanesimo che la semantica della somiglianza si arricchisce e acquista grande rilievo, poiché intorno al "modello" uomo - che rappresenta il centro di ogni processo cognitivo - si vengono a definire tracciati ispirati ad esso, per cui il sapere promana dall'uomo e secondo le forme che con la mente umana sono compatibili, spesso anche a partire da somiglianze fra la realtà e il corpo umano.<sup>198</sup> Foucault riporta che nel XVI secolo esistono diversi tipi di somiglianza: "*Amicitia, Aequalitas (contractus, consensus, matrimonium, societas, pax et similia), Consonantia, Concertus, Continuum, Paritas, Proportio, Similitudo, Conjunctio, Copula*".<sup>199</sup> Sono quattro, però, i principali tipi di somiglianza descritti da Foucault, e uno fra questi è l'analogia; nell'analizzarli uno ad uno, emerge che in questo quadro archeologico delle scienze umane l'analogia si è originata come una specie di somiglianza, il che conferma che non sempre dove vi sia somiglianza vi sia anche analogia (mentre è valida l'affermazione inversa). I tipi, come anticipato, sono quattro: *convenientia, aemulatio, analogia, simpatia*.

Per *convenientia* si intende una vicinanza di luoghi più che una similitudine in senso stretto (da *cum-venire*, andare nella stessa direzione anzitutto in senso spaziale); per cui questo criterio riguarda cose differenti, ma che avvicinandosi reciprocamente finiscono per essere affiancabili, fino al punto che i loro margini possono anche toccarsi: "(...) Di modo che in questa cerniera delle cose una somiglianza appare. Doppia, non appena si tenti di districarla:

---

<sup>196</sup> Sebbene egli collochi la funzione della somiglianza all'interno di un limite storico, ovvero sino alla fine del XVI secolo (il che va ovviamente tenuto in conto per non rischiare di fraintenderlo), l'apertura del concetto di somiglianza a quattro diversi concetti è comunque rilevante per confermare la tesi secondo cui sono molte, e diverse, le dimensioni in cui il sapere analogico si manifesta.

<sup>197</sup> M. Foucault, Op. cit., p.31.

<sup>198</sup> Come vedremo meglio nel prossimo paragrafo a proposito della metafisica fantastica vichiana.

<sup>199</sup> M. Foucault, *ibidem*, p.31.

somiglianza del luogo, della sede ove la natura ha posto le due cose, quindi similitudine delle proprietà; nel contenente naturale che è il mondo, infatti, la vicinanza non è una relazione esterna tra le cose, ma il segno di una parentela perlomeno oscura”.<sup>200</sup> E’ dal contatto che emergono nuove somiglianze, per cui la *convenientia* è in un certo senso propedeutica all’ermersione di altri tipi di somiglianza, perché essa crea lo spazio in cui gli accostamenti divengono possibili e si realizzano. La vicinanza dovuta alla condivisione di uno stesso spazio impone vicinanze che a loro volta si fanno garanti di altre somiglianze, instaurando così un meccanismo di concatenamenti in cui le somiglianze si generano e ri-generano a partire da se stesse; a poco a poco la *convenientia*, in virtù del concatenarsi di somiglianza e spazio, avvicina il simile ed assimila i vicini, essendo allora, soprattutto, la premessa fondativa del carattere riflessivo del linguaggio. All’interno dell’ordine, in ogni punto di contatto inizia e finisce un anello (una connessione) che somiglia a quello precedente ma anche, sotto altri aspetti, al seguente.

La seconda forma di similitudine descritta da Foucault è l’*aemulatio*, che per molti aspetti si identifica con la *convenientia* ma è svincolata dal criterio spaziale: “un pò come se la connivenza spaziale fosse stata infranta e gli anelli della catena, liberi, riproducessero i loro cerchi, remoti gli uni dagli altri, secondo una somiglianza senza contatto”.<sup>201</sup> Con l’*aemulatio* la similitudine si svincola dalla necessità di condivisione di uno spazio e si “riduce” ad una necessità di *condivisione* svincolata da un criterio o un carattere specificato. Le cose, in virtù della *aemulatio*, si possono concatenare e replicare in ogni luogo dell’universo senza la necessità che vi sia un contatto fisico: il mondo grazie ad essa abolisce le distanze e stabilisce nuove dimensioni di comunicazione fra gli enti. La similitudine, nella forma dell’*aemulatio*, è svincolata dal criterio spaziale e istituisce la possibilità di stabilire vicinanze anche in rapporto a criteri sganciati dalla spazialità. L’inclusione fra enti diversi è possibile, dunque, anche in ragione di criteri di rilevanza ulteriori e più complessi della spazialità che è propedeutica alla *convenientia*: “L’emulazione” - aggiunge Foucault - “si offre in primo luogo sotto forma d’un (...) riflesso, furtivo, lontano; percorre in silenzio gli spazi del mondo. (...) Il simile avvolge il simile, che a sua volta lo accerchia, e

---

<sup>200</sup> M. Foucault, Op. cit. (1966), p. 32.

<sup>201</sup> M. Foucault, Op. cit. (1966), p. 33.

sarà forse nuovamente avviluppato, in virtù di un raddoppiamento che ha il potere di ripetersi all'infinito".<sup>202</sup>

La ricomprensione di *convenientia* ed *aemulatio* da luogo all'*analogia*, che è il terzo tipo di similitudine; come la prima, essa riguarda il confronto e il contatto delle somiglianze nello spazio, ma come la seconda rivolge il *focus* sugli adattamenti, sulle compatibilità. La sua portata e il suo campo d'applicazione sono enormi, dal momento che le similitudini che essa tratta non sono quelle visibili e più superficiali delle cose, ma quelle più sottili e complesse dei rapporti: nel XVI secolo, si inizia a notare che vi sono analogie ovunque - il rapporto tra gli astri e il cielo in cui scintillano viene trovato anche tra l'erba e la terra, tra i viventi che la popolano, fra i minerali, le rocce, fra gli organi dei sensi e il volto che animano e a cui danno colore. Ricorre la relazionalità parti-tutto, ma pure quella genere-specie resta fondamentale, il che conferma la tesi per cui tutti i referenti del campo analogico servono a formare connessioni dove non ve ne sarebbero, provando l'attitudine poetica dell'ana-logica. Lavorando sui rapporti e non sui singoli attributi, l'analogia ha peraltro un raggio d'azione illimitato: "lo spazio delle analogie è in fondo uno spazio d'irradiazione. Da ogni parte l'uomo è posto in riferimento ad esso; ma questo uomo medesimo, a sua volta, trasmette le somiglianze che riceve dal mondo. E' il grande fuoco delle proporzioni, il centro in cui i rapporti convergono e trovano sostegno, e donde vengono nuovamente riflessi".<sup>203</sup>

La quarta forma di similitudine è infine la *simpatia*, il tipo più imprevedibile di criterio per trovare similitudini, poiché non si fonda solo su uno, né solo su due o più criteri fissati, ma ogni volta può seguire una logica differente. Nella *simpatia* nessun criterio è determinato anticipatamente, nessuna distanza è presupposta e nessun contatto è necessario, essa "(...) agisce allo stato libero nelle profondità del mondo",<sup>204</sup> come un principio di mobilità: attira le cose le une verso le altre per ragioni ogni volta diverse, interpretando un'istanza del *Medesimo* tale da non contentarsi di essere una delle forme del simile - poiché essa ha il potere di assimilare, di trasformare, di muovere le cose.<sup>205</sup>

---

<sup>202</sup> M. Foucault, Op. cit. (1966), p.35.

<sup>203</sup> M. Foucault, Op. cit., p.37.

<sup>204</sup> M. Foucault, Op. cit., p.37.

<sup>205</sup> Cfr. M. Foucault, Op. cit., p.38.

Le similitudini indicano come il mondo deve ripiegarsi su se stesso; non vi sono soltanto le similitudini superficiali, quindi occorre che le similitudini “sepolte”, come suggerisce Foucault, vengano segnalate sulla superficie delle cose - “un contrassegno visibile delle analogie invisibili è necessario”,<sup>206</sup> essendo la somiglianza allo stesso tempo ciò che è più evidente e ciò che è più celato (d’altro canto si è detto che l’analogia è l’identità fra identità e non identità). Per trovare la somiglianza, bisogna osservare le segnature, poiché non vi può essere somiglianza senza segnature, senza qualche segno che permetta di valutare identità e differenze fra le cose. Il mondo delle similitudini non è altro che il mondo dei segni, fondandosi il sapere analogico proprio sul rilevamento delle segnature. Il segno rimanda, indica qualcosa che non è in superficie e perciò permette di creare connessioni inattese; il sistema delle segnature ribalta la relazione fra visibile e invisibile, essendo la somiglianza la forma non visibile di ciò che rende le cose visibili, che per emergere dalla sua profonda invisibilità ha bisogno di una figura visibile. Si può dunque affermare che le somiglianze esigono sempre un segno, infatti nessuna di esse potrebbe essere notata se non fosse chiaramente contraddistinta: “(...) quale forma costituisce il segno nel suo singolare valore di segno? E’ la somiglianza. Esso significa nella misura in cui ha somiglianza con ciò che indica (cioè con una similitudine)”.<sup>207</sup> La forma segnante e la forma da essa segnata sono simili e collaterali, ma ovviamente non identiche - per questo i vari tipi di similitudini sono molto diffusi e sono al tempo stesso quanto di più visibile e quanto di più occulto si possa conoscere.<sup>208</sup> L’intuizione, importante, di Foucault è consistita nello svelamento dell’origine di una coincidenza fra ermeneutica e semiologia nel XVI secolo anche grazie al ruolo giocato dalle somiglianze nei processi di classificazione.

La ricomposizione del rapporto fra segni, significati e forme della similitudine permette di integrare nel discorso sull’analogia l’elemento di relazionalità fra questi concetti, il che chiarisce parzialmente anche la rilevanza che in questo lavoro è stata (e sarà) attribuita alla dimensione figurativa e

---

<sup>206</sup> M. Foucault, Op.cit. (1966), p. 40.

<sup>207</sup> M. Foucault, Op. cit. (1966), p. 43.

<sup>208</sup> Vedremo più avanti perché questa rilevanza dei segni ritorni, e anche prepotentemente, come dispositivo a cavallo fra ermeneutica e semiologia, essendo la prima l’insieme delle pratiche che permettono di far parlare i segni e la seconda l’insieme delle tecniche che consentono di distinguere dove siano i segni.

rappresentativa del linguaggio giuridico che emerge attraverso le dinamiche operative dei componenti del campo analogico.

C'è un momento preciso in cui nella storia dell'*episteme* umana il ruolo della somiglianza scivola dalla dimensione della categorizzazione (in particolare durante il XVI secolo) a quella della rappresentazione: questo ruolo si espande, aumenta, e come spesso accade quando qualcosa inizia ad acquistare uno spazio d'azione molto ampio, si predispone a qualche sbilanciamento, tanto che ad esempio in letteratura (in particolare con *Don Chisciotte*) la somiglianza entra nell'epoca della pura immaginazione che sfocia nell'insensatezza. Il discorso sulle somiglianze allora si evolve intorno allo scarto fra il pazzo e il poeta; il pazzo è l'uomo che vede ovunque delle somiglianze, che ne spinge all'eccesso la rilevanza e si aliena letteralmente nelle analogie. Il poeta, dal canto suo, "al di sotto delle differenze nominate e quotidianamente previste, ritrova le parentele sepolte delle cose, le loro similitudini disperse".<sup>209</sup> Oltre i segni, e partendo da essi, si può afferrare un discorso celato (così restando nello spazio della creatività e non della follia); esagerando questo processo, si prendono le cose per ciò che non sono, si scambiano le persone, si tenta di smascherare la realtà perché ovunque si vedono maschere e finzioni, tanta è la foga di decifrazione dei segni. Come ha giustamente ritenuto Goethe, ogni esistente è analogo di tutti gli esistenti, e se l'analogia viene spinta all'estremo sembra tutto identico, mentre se viene esclusa del tutto dal pensiero si sfocia nell'infinito.<sup>210</sup> Il poeta e l'interprete creativo fanno emergere (o meglio ri-emergere) la somiglianza fino ai segni superficiali che ad essa rimandano, mentre il folle attribuisce a tutti i segni una rilevanza estrema, ma sempre uguale, che finisce dunque per appiattirli nell'identità, che invece è l'inverso dell'analogia. Per questo l'analogica non è l'inverso della logica, ma una dimensione in cui essa esiste parallelamente all'intuizione, e proprio su questa parallela coesistenza si fonda la razionalità, che non sempre è identificabile con la logica.

Il rapporto fra segni e significati è il luogo in cui si gioca il passaggio dalla similitudine alla rappresentazione: segni e significati sono concetti

---

<sup>209</sup> M. Foucault (1966), p. 64.

<sup>210</sup> "Jedes Existierende ist ein Analogon alles Existierenden; daher erscheint uns das Dasein immer zu gleicher Zeit gesondert und verknüpft. Folgt man der Analogie zu sehr, so fällt alles identisch zusammen; meidet man sie, so zerstreut sich alles ins Unendliche. In beiden Fällen stagniert die Betrachtung, einmal als überlebendig, das andere Mal als getötet", J.W. von Goethe, *Maximen und Reflexionen* (pubblicate postume nel 1833).

relazionali, il che come vedremo a breve con l'analisi dei casi viene provato anche dall'ermeneutica giuridica e in modo particolare dal fatto che un termine possa, nel tempo, corrispondere a molti e differenti *designata*, confermando il carattere spesso polisemico dei concetti giuridici, i quali, per essere inquadrati coerentemente nel campo analogico sono stati infatti definiti "analogici", poiché contengono allo stesso tempo caratteri dell'univoco e altri dell'equivoco. Per comprendere il momento in cui si è aperta la strada alla rappresentazione nella storia del sapere umano bisogna interrogarsi sul momento negativo che per la similitudine ha rappresentato il pensiero razionalista: il pensiero classico esclude la somiglianza come esperienza fondamentale e forma principale di sapere, attaccando la sua matrice confusa e invocando un'analisi improntata su criteri di identità e differenza, ma soprattutto di misura e di ordine. Non viene escluso il confronto, né la commisurazione, ma questi meccanismi vengono piuttosto resi universali e vengono ad essi conferite una forma e una funzione più pure; non tutto è somiglianza, dunque, ma tutto deve essere riconducibile ad un'idea unitaria di ordine che possa ricomprendere i medesimi caratteri di razionalità. La *misura* è la procedura di ricomposizione delle parti con il tutto all'interno di un *ordine*: "il somigliante che era stato, per molto tempo, una categoria fondamentale del sapere - insieme forma e contenuto della conoscenza - viene ad essere dissociato all'interno di un'analisi fatta in termini di identità e differenza; inoltre, sia indirettamente per il tramite della misura, sia direttamente e quasi automaticamente, il confronto viene riferito all'ordine".<sup>211</sup> Nel quadro inclusivo dell'ordine, che racchiude in sé le parti e il tutto, il genere e le specie, l'attività centrale non è più quella di avvicinare le cose tra loro, procedendo per continue approssimazioni, ma è piuttosto quella del distinguere, del discernere: fra identità e differenze, talvolta si trovano somiglianze, talaltra no.

La rappresentazione acquista rilevanza quando dal riferimento all'interpretazione (che ha caratterizzato l'Umanesimo) si scivola verso un'idea classicistica di ordine, per cui ben più che l'uomo come misura e riferimento per le similitudini della realtà fa la sua ricomparsa l'ideale di una misura universale in cui tutto può diventare criterio, basta che rispetti gli equilibri dell'ordine; come l'interpretazione nel XVI secolo era conoscenza attraverso la somiglianza,

---

<sup>211</sup> M. Foucault (1966), p. 69.

integrando come abbiamo visto ermeneutica e semiologia, la messa in ordine attraverso i segni ricomponendo durante l'età Classica tutti i saperi nella dialettica identità-differenza.

L'ordine, a sua volta, componendo la relazione fra parti e tutto, regola l'intero regime dei segni, insieme alle condizioni in base a cui essi rimandano ai designati, il che è possibile soltanto attraverso la mediazione della rappresentazione, luogo in cui è possibile la ricomprensione fra il singolo segno e i significati possibili a cui esso rimanda: "(...) Il segno, essendo sempre o certo o probabile, deve trovare il proprio spazio all'interno della conoscenza".<sup>212</sup> Il segno, e tutto il sistema delle segnature, diventano rilevanti nella misura in cui le forme del nesso fra segno e significati sono molteplici; se attraverso convenienza, emulazione, analogia e simpatia, la similitudine aveva trionfato durante il Rinascimento, nell'età Classica il segno è il tramite per la dispersione, per la sua capacità di rimandare ad un'altra dimensione. Il segno diviene il luogo della coesistenza fra rappresentante e rappresentato, racchiudendo una teoria duale e una logica binaria, mentre nel Rinascimento la teoria dei segni indicava tre elementi sempre contraddistinti.<sup>213</sup> Con l'età Classica il sistema unitario e triplice è sostituito da un'organizzazione binaria, e lo sviluppo di questa intuizione condurrà all'idealismo e al trionfo della rappresentazione che significherà anche la reintroduzione della dimensione intermedia che durante l'età classica era stata accantonata - è su questo sfondo che si deve analizzare la funzione della rappresentazione per l'analogia nel discorso giuridico, ovvero con la consapevolezza dell'oscillazione che archeologicamente ha segnato il rapporto fra similitudine, segno, ordine, e rappresentazione: "(...) in ciò che la caratterizza, la rappresentazione è sempre perpendicolare a se stessa: è a un tempo *indicazione* e *apparizione*; rapporto con un oggetto e manifestazione di sé. A partire dall'età classica, il segno è la *rappresentatività* della rappresentazione in quanto questa è *rappresentabile*".<sup>214</sup> Il reticolo dei segni all'interno del quale sono possibili la similitudine e la rappresentazione si salda e si articola secondo profili che caratterizzano il senso, poiché ogni teoria del segno è una teoria della

---

<sup>212</sup> M. Foucault (1966), p. 74.

<sup>213</sup> Secondo Foucault, nell'età classica ciò che aveva la funzione di contrassegnare era in relazione con ciò che era contrassegnato, ed entrambi erano in rapporto con ciò che permetteva di vedere nel secondo un contrassegno del primo, e viceversa.

<sup>214</sup> M. Foucault (1966), p. 80.



rappresentazione, e il quadro dei segni da l'immagine delle cose: se il segno è puro e semplice nesso fra un significante e un significato, il riferimento è stabilito nel quadro di un elemento generale di rappresentazione. Alla somiglianza viene affiancata così la rappresentazione, ma i processi di conoscenza rimangono profondamente legati all'osservazione del simile, dal momento che un'uguaglianza, un'equivalenza o una relazione riconducibile ad ordine e misura possono essere stabilite soltanto ove vi sia stata almeno un'occasione per il confronto; per cui rimane la dimensione relazionale fra somiglianza e segno, sotto una nuova forma inclusiva anche della rappresentazione, che fa da sfondo a tutte queste relazioni: "Il duplice requisito è chiaro. Occorre che vi sia, nelle cose rappresentate, il mormorio insistente della somiglianza; occorre che vi sia, nella rappresentazione, la ripiegatura sempre possibile dell'immaginazione. E né l'uno né l'altro dei due requisiti può fare a meno di quello che lo completa e fronteggia".<sup>215</sup> Ma la relazionalità è ormai stabilita, il campo è descritto: somiglianza, segnatura, rappresentazione sono concetti da comprendere in rapporto di relazionalità. Tutti gli oggetti che popolano la natura, che osserviamo nella realtà, sono nient'altro che l'alternarsi della rappresentazione la quale a sua volta opera in modo che la somiglianza vi risulti manifesta: ancora una volta, gli enti sono spiegati come accidenti di un ordine universale, che li comprende, che è la natura, riproducendo così il rapporto fra *unicum* e enti che si differenziano a partire dal principio di individuazione.

Questo percorso nei vari concetti di episteme che si sono susseguiti a partire dalle origini della modernità è importante per verificare il passaggio decisivo nella comprensione del campo, del discorso, del pensiero e del sapere analogici: dalle similitudini per classificare e conoscere, alle segnature come criteri per la classificazione (e per questo anche legati alla conoscenza), per arrivare allo sviluppo dopo l'Umanesimo (in età Classica) del segno come fondamento dello sviluppo filosofico dell'ideologia, come analisi generale e ricomprensiva delle forme di rappresentazione. Queste ultime, d'altra parte, sono un punto di approdo di questo percorso che a partire dalle forme di similitudine ha allargato il proprio spazio di operatività alla rappresentazione (e da questa, anche se lo abbiamo soltanto accennato, all'immaginazione), il che

---

<sup>215</sup> M. Foucault (1966), p. 85.

offre una premessa importante per ciò che è stato detto a proposito delle forme di generalizzazione nella evoluzione della metodologia giuridica. La natura, grande protagonista come vedremo nella terza ed ultima parte di questo lavoro del discorso analogico nel diritto, non può fare a meno di offrire all'immaginazione e alla rappresentazione cose che fra di loro si somigliano, per cui la rappresentazione, perennemente vincolata a contenuti vicinissimi gli uni agli altri, si ripete, richiama se stessa, si ripiega naturalmente su di sé, facendo rinascere impressioni quasi identiche e generando a sua volta l'immaginazione.

## 7. Trasporti: costruzione di un sapere metaforico<sup>216</sup>

Il confine fra interpretazione e conoscenza diviene più labile, soprattutto dopo queste osservazioni sulla funzione classificatoria delle somiglianze. Se con le riflessioni precedenti si è affermato il ruolo del pensiero analogico è stato centrale nello sviluppo dell'ermeneutica, è bene discutere attraverso quali strumenti - riconducibili al campo analogico - si sia sviluppato il sapere umano. In particolare, per completare il discorso aperto con la teoria dell'episteme foucaultiana, è utile integrare a questo punto qualche breve ma necessaria

---

<sup>216</sup> Per contenere il tema della metafora e del suo ruolo nei processi cognitivi, si è scelto di limitare la bibliografia di questo paragrafo a Giambattista Vico, e si è volontariamente lasciato da parte, sebbene solo temporaneamente e per evitare di consegnare uno spazio eccessivo alla metaforologia nel quadro del lavoro nel suo complesso, all'importante contributo di H. Blumenberg, che rappresenta un cardine importante sul tema. Tanto con *Paradigmi per una metaforologia*, quanto con *La leggibilità del mondo* e *Elaborazione del mito*, Blumenberg ha offerto un contributo molto importante alla comprensione della metafora e delle diverse dimensioni in cui essa opera. Immaginando ad esempio la natura come se fosse un libro, egli costruisce la grande metafora della natura-libro (da qui la possibile "leggibilità del mondo"), ma questa è soltanto la metafora maggiore che è inclusiva di molte altre, che normalmente la mente umana elabora per comprendere l'ignoto attraverso il noto. Dice Blumenberg "Tra i libri e la realtà è posta un'antica inimicizia. Lo scritto si è sostituito alla realtà, nella funzione di renderla - in quanto definitivamente inventariata e accertata - superflua" (*La leggibilità del mondo*, p. 11); più avanti aggiunge: "(...) sorprende che il libro sia potuto diventare la metafora proprio della natura - sua antipodica nemica - che esso sembrava destinato a derealizzare; tanto più peso, tanta più forza devono avere avuto gli stimoli che hanno prodotto questo collegamento di libro e natura. (...) Con la psicologia della *Gestalt* e la fenomenologia, la teoria della percezione ha abbandonato l'atomismo sensistico del secolo scorso, sostituendo ai meccanismi di associazione e dissociazione una struttura di datità della nostra percezione affatto diversa. Chi voglia descrivere questo mutamento incorre inevitabilmente o quasi nella metaforica del linguaggio e della lettura. (...) Ogni fenomeno singolo è perciò 'ormai soltanto una lettera, che non si coglie per se stessa, che non viene considerata secondo i suoi propri elementi sensibili o secondo la totalità del suo aspetto sensibile, nella quale invece lo sguardo sorvola e passa per rappresentarsi il significato della parola cui la lettera appartiene e il senso della frase in cui questa parola si trova'. E' possibile passare da ogni elemento al tutto, 'giacché la costituzione di questo tutto è rappresentabile e rappresentata in ogni singolo elemento'" (*La leggibilità*, pp. 13-15; Blumenberg cita a sua volta Ernst Cassirer, *Philosophie der symbolischen Formen*, Berlin, 1929).

osservazione sulla logica poetica vichiana, che ha posto la metafora a fondamento conoscitivo dell'essere umano. D'altra parte, una simile inclinazione sarà riscontrata anche sotto certi aspetti nel linguaggio giuridico, come vedremo meglio nella seconda parte dedicata all'analisi dei casi.

Nella sua logica poetica, Giambattista Vico parla di una facoltà creativa che nasce dal Senso, introducendo una linguistica cognitiva *ante litteram* per cui la lingua è un sistema anzitutto finalizzato alla conoscenza che permette di realizzare in maniera sistematica i processi cognitivi. Attraverso questa tesi Vico afferma la natura rappresentativa e figurale del pensiero.<sup>217</sup> La metafora è per Vico un indizio del funzionamento dell'ingegno, essendo la facoltà della mente umana che consente di creare idee e concetti in base alle immagini del mondo e di spostare la mente al di là di ciò che si vede, si sente, si dice. Attraverso la metafora si può osservare come il pensiero concreto può essere trasformato dall'immaginazione in categorie di pensiero astratto, attraverso spostamenti, slittamenti e più genericamente attraverso trasporti, ovvero dinamiche per mezzo delle quali un modello viene traslato da un campo di significato ad un altro, dinamiche che permettono per esempio di stabilire metaforicamente che si può parlare del *braccio* di un fiume o del *capo* di un albero. Non è un caso che la suggestiva inclinazione vichiana allo studio dei trasporti (delle metafore in maniera particolare) sia stata già ripresa da studiosi che hanno criticamente discusso il tema attuale del governo del corpo, che passa anche attraverso un controllo cognitivo dei nomi scelti per le cose. Come ha sottolineato Eligio Resta, "come il corpo divenga motore segreto del linguaggio o, diversamente, quanto esso costituisca la grammatica fondativa, o esso definisca il gioco platonico del 'dar nomi a cose', è raccontato da alcune indimenticabili pagine di Vico tratte dalla Scienza Nuova".<sup>218</sup> E' il corpo in effetti secondo Vico a costituire l'originario dispositivo della traslazione nei meccanismi di denominazione e in quelli cognitivi; esso è il meccanismo centrale intorno a cui si costruisce la *metafisica fantastica* vichiana: "Quello è degno d'osservazione:

---

<sup>217</sup> Che è d'altronde quanto, *mutatis mutandis*, si vuole sostenere con questo lavoro a proposito del linguaggio giuridico. L'idea che la conoscenza sia essenzialmente metaforica è stata ribadita di recente anche da George Lakoff (*Metaphors we live by*, University of Chicago Press, 1980), secondo il quale il pensiero è fondativamente metaforico. Lakoff ha sviluppato le sue tesi insieme con Marc Johnson, il quale ha applicato l'idea che il pensiero viva principalmente di metafore anche al diritto, per cui tutto il pensiero giuridico è metaforico.

<sup>218</sup> E. Resta, *L'identità nel corpo*, in P. Zatti, *Trattato di biodiritto*, Milano, Giuffrè (2011), vol. II, p.3.

che ‘n tutte le lingue la maggior parte dell’espressioni d’intorno a cose inanimate sono fatte con trasporti del corpo umano e delle sue parti e degli umani sensi e dell’umane passioni. Come capo, per cima o principio; fronte, spalle, avanti e dietro; occhi delle viti e quelli che si dicono lumi ingredienti delle case; bocca, ogni apertura; labro, orlo di vaso o d’altro; dente d’aratro, di rastello, di serra, di pettine; barbe, le radici; lingua di mare; fauce o foce di fiumi o monti; collo di terra; braccio di fiume; mano, per picciol numero; seno di mare, il golfo; fianchi e lati, i canti; costiera di mare; cuore, per lo mezzo (*ch’umbilicus* dicesi dà latini); gamba o piede di paesi, e piede per fine; pianta per base o sia fondamento; carne, ossa di frutte; vena d’acqua, pietra, miniera; sangue della vite, il vino; viscere della terra; ride il cielo, il mare; fischia il vento; mormora l’onda; geme un corpo sotto un gran peso; (...).<sup>219</sup> Al di là dei rilievi, che vengono lasciati in questa sede da parte, circa la critica antropocentrica alla teoria vichiana, secondo cui l’uomo primitivo e ignorante fa *di se stesso l’intero mondo*, quello che più interessa rilevare è piuttosto la grammatica, la logica poetica costruita intorno alla traslazione; ancora una volta, più delle ragioni ci interessa qui osservare i modi, i *come*: il trasporto diventa il meccanismo per mezzo del quale viene definito ciò che è distante attraverso ciò che è più vicino, ovvero l’ignoto (o innominato) attraverso il noto (o il già nominato). Le figure sono il mezzo attraverso cui la conoscenza procede e si sviluppa, e certo è quasi superfluo, a questo punto, richiamare le osservazioni svolte nella prima parte di questo lavoro a proposito delle connessioni fra metafora e analogia già rilevate da Aristotele, in particolare nella *Poetica*. Vico aggiunge ancora: “Per cotal medesima logica, parto di tal metafisica, parto di tal metafisica, dovettero i primi poeti dar i nomi alle cose dall’idee più particolari e sensibili; che sono due i fonti, questo della metonimia e quello della sineddoche. Perocché la metonimia degli autori per l’opere nacque perché gli autori erano più nominati che l’opere; quella dè subbietti per le loro forme ed aggiunti nacque perché (...) non sapevano astrarre le forme e la qualità dà subbietti”.<sup>220</sup> L’opera di Vico mostra l’origine corporea dei traslati (sineddoche, metonimia, metafora); in particolare, l’attenzione vichiana per la metafora racconta di come l’umanità ha iniziato a conoscere il mondo, a denominarlo, a definirlo e a dividerlo in

<sup>219</sup> G. Vico, *Principi di scienza nuova*, Milano, Mondadori (2011), p. 222, par. 405.

<sup>220</sup> G. Vico, *Op. cit.*, p. 223, par. 406.

significati attraverso i trasporti dal corpo umano alla realtà. La metafora è quella “picciola favoletta” che “alle cose insensate da senso e passione”, ed essa ben prima di essere un ornamento del discorso è un dispositivo per la conoscenza primitiva, essenzialmente sensibile (perché in questo caso fondata sull’immaginazione); una forma di conoscenza che è stata detta “pre-logica”, poiché approssimativa e basata su relazioni e connessioni molto più che su formule fisse o su certezze. Le oscillazioni fra immagini e significati, attraverso sineddoche, metonimia, ma soprattutto attraverso il pensiero metaforico, sono indicate da Vico come uno dei modi principali di costruzione del mondo. Procedendo genealogicamente dall’intuizione vichiana all’indietro, è necessario ripartire dalla filosofia classica per ritornare a Vico e per riconnettere poi quest’ultimo al tema centrale di questo lavoro.<sup>221</sup>

L’idea aristotelica di metafora, sviluppata a cavallo fra scienza retorica e scienza poetica, viene recepita dalla cultura latina, la quale ne enfatizza i caratteri della trasferibilità (*translatio*) e della confrontabilità, ritenendo la metafora una similitudine più semplificata - o abbreviata - e collocandola nella dimensione dell’oratoria; la metafora è a Roma uno degli strumenti dell’oratore, che fra narrazione e persuasione si occupa di stabilire forme di sapere da poter trasmettere, e talora imporre. Cicerone la definisce come “una breve similitudine ridotta a un’unica parola (...) messa in un posto altrui come se fosse il suo”,<sup>222</sup> e anche Quintiliano, quando ne parla, conferma la tesi per cui la metafora riguarda un trasferimento e un confronto che si concretizzano in un paragone abbreviato: in pratica, la metafora è vista come una similitudine abbreviata, e dalla similitudine si distingue perché quest’ultima consiste in un paragone con l’oggetto che si vuole descrivere, mentre la metafora è direttamente collocata al posto della parola stessa, e in questo senso essa contiene il rapporto che invece nella similitudine viene reso esplicito attraverso l’uso del “come”. La similitudine si ha quando dico che un uomo si è comportato *come un leone*, la metafora quando dico, di un uomo, che è *un*

---

<sup>221</sup> La metaforologia ha da qualche tempo acquisito un nuovo vigore, non a caso gli studi cognitivisti e neuroscientifici hanno riscoperto la metafora quale modalità di pensiero radicata nel pensiero umano. Questo rilievo non desta alcuna sorpresa, considerato quanto finora è stato anticipato a proposito della logica poetica e della metafisica fantastica vichiane, che come si è visto hanno posto la metafora alla base dei traslati su cui si fonda prima di tutto la conoscenza, e in rapporto a questa l’interpretazione.

<sup>222</sup> Cicerone, *Orator* III, xxxix, 157.

leone.<sup>223</sup> Durante il Medioevo viene sviluppata l'idea della metafora come analogia e si afferma l'assunto del trasferimento tra cose animate e cose inanimate: si profila inoltre la tesi secondo cui la metafora può costituire il fondamento di una vera e propria dimensione discorsiva che va al di là della figura in sé, per cui si stabilisce una connessione rilevante fra metafora e allegoria: attraverso una data immagine è possibile sviluppare un intero circuito significativo, fra *translatio* e *transumptio*, essendo quest'ultima il procedimento per mezzo del quale il pensiero metaforico può essere esteso dal singolo termine a più ampi segmenti del discorso (*transumptio dictionis* e *transumptio orationis*). Quest'impostazione viene integrata nelle pratiche stilistiche e letterarie medievali, fino a raggiungere l'apice nei lavori di Dante; con la teoria della *transumptio* si configura un ampliamento degli artifici discorsivi della metafora in favore dell'allegoria.<sup>224</sup>

Attraverso questi passaggi, qui soltanto accennati al fine di dare un'indicazione di massima del quadro evolutivo del tema metaforico nel corso dei secoli, una costante resta indiscussa: il processo metaforico è, tanto quanto quello analogico, un processo dinamico che viene applicato diffusamente, i cui centrali aspetti di rilevanza per il lavoro presente sono due, il trasporto e la comparazione. Essi infatti richiamano alcuni dei temi più ricorrenti della teoria del campo analogico, che sono la dinamicità delle prospettive in cui i referenti agiscono, e la commisurazione come dispositivo centrale in ogni discorso incentrato sulla valutazione di identità e differenze. La concezione della metafora come *transumptio orationis* permette alla figura di diventare il principale tra i tropi, fino a farsi autentico artificio di creazione di pensiero (o metafora di invenzione), come abbiamo visto, nel pensiero seicentesco: durante questa fase si evidenziano in maniera peculiare una teoria della metafora come *brevitas*, come «argutezza» e come «maraviglia» nel *Cannocchiale* del Tesaurus (1654, 1670), e la grande intuizione vichiana, già introdotta nei passaggi precedenti, contenuta nei *Principi di scienza nuova* (1725). Vico pone la metafora, come si è detto, a fondamento conoscitivo degli uomini primitivi - attribuendole

---

<sup>223</sup> Quintiliano, *Institutio Oratoria*, VIII, vi, 8.

<sup>224</sup> E per esempio l'immagine della *selva oscura* diventa una cellula metaforica pronta a essere variata nelle sue componenti, per essere declinata ed applicata in contesti diversi e disomogenei.

un valore cruciale per il funzionamento del linguaggio, nel quale il parlare figurato e metaforico è antecedente al parlare descrittivo, analitico e razionale.<sup>225</sup>

Nella *Vita della mente*,<sup>226</sup> Hannah Arendt riprende una considerazione greco-classica per cui (come voleva Eraclito, tra gli altri) gli occhi sono più fedeli testimoni degli orecchi, e pone la metafora a fondamento del pensiero, poiché essa cerca di rendere visibile l'invisibile e effabile l'ineffabile. Così, ancora una volta nel quadro di una concezione analogica, la metafora ha un fondamento iconico, in forza del quale il risultato è una sorta di 'sesto senso' percettivo che permette di creare connessioni a volte fondate sulla forma e altre volte sul contenuto: ad esempio, posto che il tramonto sta al giorno come la vecchiaia alla vita, si ritiene metaforicamente che la vecchiaia sia il tramonto della vita. Proprio come le signature di cui parla Foucault, la metafora crea, ha una forza poetica che si mostra nella sua logica poetica, e mette in relazione l'*invisibile* con il *visibile*; ciò è possibile, d'altra parte, grazie al ruolo giocato dai trasporti e dalla misurazione, che costitutivamente riguardano la sfera della relazionalità e della traslazione. Per questo, si può affermare che l'idea del trasporto è semanticamente coesenziale al concetto di metafora e di analogia: ciò che conferma, d'altra parte, il fatto che uno dei nuclei segreti del tema analogico è la relazionalità fra parti e tutto (così come quella fra genere e specie); come ha infatti anche notato Roland Barthes a proposito della retorica, ogni analisi del discorso oscilla fra un polo sintagmatico e uno paradigmatico, ovvero fra una dimensione del tutto e una delle parti (che compongono il tutto). E' proprio nella connessione fra questi due poli, uno più sistematico dell'ordine del discorso (sintassi) e uno figurativo il cui *focus* viene posto sul ruolo giocato dal singolo elemento, che gran parte degli aspetti rilevanti del campo analogico emergono.

Come Barthes ha fatto per la rivisitazione della classica dicotomia fra polo sintagmatico e polo paradigmatico (o delle figure) per la retorica, anche Ricoeur ha operato una revisione e critica della tradizione retorica della

---

<sup>225</sup> Saltando dal Seicento al secolo scorso, il pensiero metaforico ha conosciuto in Ricoeur un esponente di rilievo, considerato che nella sua teoria la metafora corrisponde alla creazione di un pensiero originale per mezzo di un processo ermeneutico incentrato sulla contraddizione che aggiunge senso, mentre al contrario l'interpretazione letterale tende a semplificare e ridurre il senso. Si veda in proposito P. Ricoeur, *La metafora viva. Dalla retorica alla poetica. Per un linguaggio di rivelazione*, Jaca Book (1997).

<sup>226</sup> Hannah Arendt, *La vita della mente*, ed. it. a cura di Alessandro dal Lago, Bologna, Il Mulino (2007).

metafora, spostando il problema della metafora da una semantica della parola ad una semantica del discorso e del suo ordine. Sempre per Ricoeur, nella teoria della metafora più della suggestione del segno rileva tutta la struttura semantica che dal singolo e apparentemente slegato segno viene mossa. La metafora viva è costituita da una “*scintilla di senso*” che è l’integrazione fra l’enuciato metaforico, che non è più da considerarsi come un puro e semplice ornamento stilistico, e un nome improprio, una sostituzione terminologica fondata sulla somiglianza rilevante; la metafora è dunque non più (o meglio non solo) l’integrazione di due termini attraverso un riferimento, ma è una vera e propria forma di predicazione, una predicazione *bizzarra*, un’*attribuzione impertinente*. Proprio come l’analogia non è soltanto un tipo di ragionamento, la metafora non è un semplice fenomeno di parola, ma un complesso evento testuale e discorsivo che si sviluppa dalla parte e procede nella ricomprensione di questa all’interno del tutto. La parte, attraverso il campo tensionale creato dal pensiero metaforico, è capace di rappresentare altri e diversi elementi della realtà e di scoprire dimensioni ontologiche nascoste dell’esperienza umana attraverso l’immaginazione che permette di creare un senso nuovo proiettando una comprensione del mondo diversa.

L’apertura alla grammatica vichiana come spazio di comprensione del carattere ad un tempo sintagmatico e paradigmatico del linguaggio serve da sfondo a quanto, nel corso di questo lavoro, viene sostenuto a proposito del discorso giuridico. Il potenziale “poetico” del linguaggio giuridico emergerà in diversi tratti come una traccia da cui è fondamentale partire se si vuole procedere ad un’analisi dell’ermeneutica giuridica che sia ben strutturata.<sup>227</sup>

E’ dunque a Vico che occorre ritornare per comprendere come il linguaggio giuridico si intrinsecamente connesso con la gran parte degli interrogativi tipici della filosofia del linguaggio; Vico ha infatti affermato che “*Quamobrem ex vero confici potest doctrinam de verborum significatione propriam philosophiae iuris partem fuisse*”,<sup>228</sup> espressione tradotta nel modo seguente: “e

---

<sup>227</sup> Non è sfuggita d’altro canto alla filosofia la capacità performativa del linguaggio, il quale (per dirla brevemente secondo una nota formula) permette di “creare mondi con le parole” (J. Austin, *How to do things with words*, Harvard University Press, 1975).

<sup>228</sup> G. Vico, *De uno universi iuris principio et uno fine*, “De opera proloquium” (1721).



perciò non ci scosteremo punto dal vero, affermando che la dottrina della  
significanza delle parole forma parte integrante della filosofia del diritto”.<sup>229</sup>

---

<sup>229</sup> *Opere giuridiche* di Vico, curata da Paolo Cristofolini (Sansoni, Firenze 1974), p. 26.



## PARTE SECONDA

### *PROPORZIONE*

*D'altra parte, con l'analogia pura e semplice  
non si approda a nulla.*

(Enzo Melandri, *La linea e il circolo*, 1968, p. 94)



## CAPITOLO QUARTO

### TOPICA

*“Fra la prassi e la teoria della analogia il divario è immenso. Tutti ci serviamo della analogia, ma raramente si avverte il bisogno di formularne il procedimento in maniera esplicita”<sup>230</sup>*

#### 1. La scelta di un approccio qualitativo

Nella retorica classica, era definita “topica” la teoria della ricerca e dell’utilizzo dei luoghi comuni per lo sviluppo di un discorso. Ripercorrendo anche il pensiero classico, da Platone ad Aristotele fino ad arrivare alla scolastica, la topica viene a mostrarsi quasi sempre come una parte della dialettica, che insegna la maniera di trovare gli argomenti detti appunto “luoghi comuni” (*topos* è prima di tutto un luogo, in effetti). Coerentemente con quanto detto a proposito del legame inscindibile fra paradigmatica e sintagmatica nel linguaggio e nel diritto, il campo analogico ritorna ad essere emblematico: l’analogia è infatti un tipico strumento per mettere in connessione parti e tutto, specie e genere. Anche l’analogia ha, peraltro, tutta una serie di luoghi comuni, in cui i suoi modi operativi emergono in modo evidente. In questa sezione si prendono in esame le pratiche attraverso cui il campo analogico si manifesta nel discorso giuridico. L’ambizioso titolo, “Topica”, sta proprio ad indicare l’intento di una ricostruzione dei luoghi in cui con maggiore frequenza l’analogia lavora per costruire forme di sapere analogico.

Lo studio del pensiero analogico, inteso come *campo*, deve attraversare l’osservazione delle pratiche e delle modalità operative che lo contraddistinguono, poiché soltanto in questa dimensione è possibile cogliere l’aspetto prudenziale delle dinamiche analogiche, il quale è comprensivo dei

---

<sup>230</sup> E. Melandri, *La linea e il circolo* (1968).

diversi *referenti* del campo così come sono stati descritti nella prima parte (concetto, predicazione, argomento, giudizio). In tutta questa sezione del lavoro, la descrizione dell'analogia in azione rappresenta un tentativo di illustrare le declinazioni possibili delle forme di pensiero e di argomentazione che poggiano sull'inferenza analogica o che sono in qualche maniera a essa connesse. Soltanto decifrando le declinazioni di una questione, con le loro sfumature differenti, con gli approcci disomogenei richiesti per comprenderle, si può comprendere ciò di cui si parla. Per questi motivi, nella presente sezione del lavoro la selezione dei casi segue un criterio molto più qualitativo che quantitativo; non soltanto, quindi, perché sarebbe vano qualsiasi tentativo di ricognizione esaustiva delle differenti "epifanie" del campo analogico nelle pratiche giuridiche, ma anche e soprattutto poiché il criterio qualitativo permette di selezionare quelle particolari tipologie di casi che provano la struttura del pensiero analogico in quanto *campo*. "Non è facile fare dell'analogia il tema di una ricerca empirica",<sup>231</sup> poiché quando si sviluppa un discorso intorno all'analogia si tratta di una forma del pensiero, dotata di modalità specifiche, declinabile in una larghissima varietà di forme. I fenomeni naturali, intesi come la dimensione empirica della ricerca in senso stretto, consentono di per sé un'analisi limitata al divenire (*Werdens-Analyse*) del sapere, fondata sulla categoria di causa-effetto o, anche, nella struttura dinamica del campo. I fenomeni culturali, intesi come la dimensione teoretica della ricerca, richiedono anche l'analisi delle forme (*Form-Analyse*) e l'analisi ermeneutica (*Werk-Analyse*) dei loro simbolismi. Gli uni non sono senza gli altri, ed ecco dunque spiegata, a un primo livello, la scelta di un metodo qualitativo nella ricognizione empirica degli usi e delle forme naturali dell'analogia.

Nel lavoro ricognitivo sui luoghi naturali dell'ana-logica nel diritto si incontra, come elemento fondativo, una forte diffusione, per cui il tema dell'analogia non è isolabile autonomamente all'interno del discorso giuridico; se una storia della logica è possibile, in altri termini, non lo è invece una storia dell'analogia – corrispondendo la logica, storicamente, anche con la sua evoluzione teorica, al contrario dell'analogia, che invece se ne discosta.

---

<sup>231</sup> E. Melandri, *ivi*, p. 33.

## 2. *Stessa logica, quasi logica: un secondo sguardo su Adams v. New Jersey Steamboat Co.*

E' anzitutto necessaria una premessa sul titolo scelto per il presente paragrafo. Il prefisso *anà-*, talora usato in funzione di preverbio, ha una natura polisemica, essendo generalmente usato per significare "simile", "lo stesso", "proporzionato", ma come si è visto nella prima parte del lavoro, *anà-* può anche significare "verso l'alto", "davanti", "in prossimità di", in questo senso può dunque contribuire alla localizzazione degli oggetti. Analogò è per cui non soltanto, come già si è dimostrato, un discorso che mostra una qualche proporzione con un discorso di riferimento; ma è qualcosa di più: analogò è anche un discorso la cui logica è *quasi come* la logica ordinaria. Stessa logica e quasi logica sono, per questo motivo, due possibili significati dell'idea di una "ana-logica" giuridica.

Procedendo in una ricostruzione della copia *quasi-stesso* anche in prospettiva storica, è utile richiamare due casi piuttosto noti e risalenti, che mostrano la complessa struttura del pensiero analogico, fatto di concetto, predicazione, giudizio e argomento. I due casi che vengono qui esaminati sono *Adams v. New Jersey Steamboat Co.* (1896) e *MacBoyle v. United States* (1930). Partiamo in *medias res* dal primo caso, *Adams v. New Jersey Steamboat Co.*, analizzando la considerazione finale del giudice O'Brien:

*"The two relations, if not identical, bear such close analogy to each other that the same rule of responsibility should govern"*

Con queste parole, la *Court of Appeals* di New York decide nel Dicembre 1896 il caso *Adams vs. New Jersey Steamboat Co.*. Il contesto va introdotto brevemente per illustrare la questione giuridica da cui la riflessione teorica si è sviluppata. Adams, passeggero di un vaporetto della *New Jersey Steamboat Co.*, era stato derubato del denaro che portava con sé nella sua cabina, nonostante avesse chiuso porta e finestre, nonostante dunque il suo comportamento fosse stato diligente. L'intervento della Corte si concentrò prevalentemente sulla prova della *negligence* del trasportatore: in altri termini la domanda rilevante fu se la responsabilità degli operatori dovesse essere costruita come nel caso degli *insurers* (assicuratori), ovvero senza la necessità di provare la negligenza,

oppure no. Non era in vigore, in effetti, alcuna esplicita disposizione che disciplinasse la fattispecie in una cabina di un vaporetto. Ancor prima di scavare nel dettaglio della dinamica analogica, questo caso suggerisce di riflettere sul *limen* in cui il ragionamento per analogia lavora sin dalla sua prima comparsa all'interno del discorso giuridico.

Non essendoci una norma specifica per il caso da decidere, fu necessario fare ricorso a norme regolanti casi simili (pur essendo un sistema di Common Law). Erano in vigore due norme regolanti casi simili. La prima riguardava la responsabilità degli albergatori, definita sul modello di quella degli *insurers*, la quale escludeva la necessità di provare la negligenza. La seconda norma presa in considerazione nel processo argomentativo concerneva invece la responsabilità degli operatori dei vagoni letto nel caso - simile - di furto subito dai passeggeri all'interno di uno degli scompartimenti. La questione giuridica da valutare era: quale dei due casi assomiglia di più alla fattispecie verificatasi in *Adams*? La qualità di passeggero in cabina di un vaporetto presenta attributi riconducibili alla condizione di passeggero di un vagone letto, poiché in entrambi i casi è presente un trasporto, un soggetto che ne usufruisce, un operatore che durante il trasporto è tenuto alla sorveglianza. Ma è ovvio che il passeggero non si aspetta che gli venga garantito lo stesso livello di sicurezza rispetto alle intrusioni in uno scompartimento aperto di un treno e in una cabina ben chiusa e dunque protetta da eventuali intrusioni.<sup>232</sup> Altri aspetti della fattispecie suggerivano piuttosto di identificare il caso di specie con quello di un albergatore che mette a disposizione una stanza per il pernottamento. Quale dei due aspetti è più rilevante, il fatto che si tratti di un trasporto o la sicurezza durante il pernottamento? Nel primo caso, il caso sarebbe stato da assimilare al trasporto in un vagone letto; nel secondo, ad un soggiorno in una stanza d'albergo.

La Corte d'Appello, considerate entrambe le alternative, stabilì che la relazione fra albergatore e cliente di un albergo fosse simile in modo più rilevante. Stabilita questa somiglianza rilevante, fu possibile tracciare l'inferenza analogica con il caso riguardante la responsabilità

---

<sup>232</sup> Cfr. *Carpenter vs. Railroad Co*, 124 N.Y. 53, 26 N.E. 277.



dell'assicuratore.<sup>233</sup> Che significò, nel caso di specie, sollevare dall'onere probatorio il trasportato ricorrente. Riprendiamo ancora per un momento alcuni aspetti pregnanti del caso, per vedere in che modo opera, nel meccanismo decisionale, il campo analogico. Dal punto di vista pratico, un battello che viaggia di notte e che trasporta passeggeri in cabine può essere considerato a tutti gli effetti una sorta di *"floating inn"*, ovvero un albergo galleggiante. Il punto è davvero, in molti casi, stabilire una regola di proporzione (l'analogia è in fondo spesso associata ad una relazione di proporzionalità). Se la somiglianza, per stabilire il tipo di regola sulla *negligence* da applicare, va ricercata a livello del rapporto fra il trasportato e il responsabile del trasporto (e dell'alloggiamento), l'analisi deve focalizzarsi su aspetti anche molto generali, di politica pubblica e di interessi da proteggere: ad un certo punto della ragionamento, Justice O'Brien dice *"(t)he same 'considerations' of public policy apply in both relations"*. Le medesime cause (*consideration*, nel senso lato di riflessione, considerazione, ragione, motivo) sono applicabili ai casi del pernottamento in albergo e del trasporto notturno in una camera nel vaporetto. La *consideration* viene dunque individuata principalmente nel dare albergo, e il fatto del trasporto rileva solo secondariamente. Questa scelta implica una linea ermeneutica precisa, e "seleziona" la somiglianza rilevante fra quelle possibili.

Per escludere le altre possibili somiglianze si deve sempre procedere su un livello comparativo:

---

<sup>233</sup> La *Court of Appeals* si pronunciò letteralmente in questi termini *"The traveler who pays for his passage, and engages a room, in one of the modern floating palaces that cross the sea or navigate the interior waters of the country, establishes legal relations with the carrier that cannot well be distinguished from those that exist between the hotel keeper and his guests"*. L'enfasi posta dai nomi dati alle cose, ad esempio alla imbarcazione a vapore definita addirittura "palazzo galleggiante", mostra fino in fondo il carattere innovativo del caso in esame. Esso è denso di significati: la analogia, non a caso, diventa un percorso necessario, sebbene alternativo a quello ordinario in cui corrispondono un fatto ed una norma già esistente, proprio nei casi non ancora previsti. In questo senso, una scoperta innovativa, un mezzo di trasporto che segna una apertura verso ciò che il giudice definisce "modern", ci svela uno dei confini su cui il procedimento analogico struttura nelle sue basi il discorso giuridico. Si tratta del campo segnato dalla dicotomia noto- ignoto, che può trovarsi declinata, nel pensiero giuspositivistico (non senza un disegno ellittico), pure sotto il binomio "spazio giuridico pieno (noto)- spazio giuridico vuoto (ignoto)". In proposito, non si possono tralasciare le meravigliose pagine che Hans Blumenberg ha dedicato nella *Elaborazione del mito ai processi denominativi* che scaturiscono dal contatto fra l'umanità e gli oggetti naturali – nella specie, siderali- ancora non conosciuti.

*“ A berth in a sleeping car is a convenience of modern origin, and the rules of the common law in regard to carriers or innkeepers have not been extended to this new relation”*

Tutte le relazioni fra passeggero e trasportatore sono stabilite e regolate da un contratto che si stipula con l'acquisto di un regolare biglietto, e la cuccetta (come dimensione supplementare rispetto a quella di trasporto ordinario) non è altro che un'aggiunta al trasporto in sé. La cuccetta è una *possibilità* ulteriore rispetto al trasporto ordinario, che però rimane la *ratio* principale che caratterizza il contratto di trasporto sul treno. Per questa ragione, dunque, non è possibile aspettarsi altro oltre il trasporto. Il passaggio logico ulteriore è la decisione sull'identità o la differenza fra l'attributo centrale dei casi richiamati (per analogia e disanalogia). E' evidente che il passeggero non può aspettarsi lo stesso grado di sicurezza quando si trova in una cabina aperta sul treno e quando si trova invece in una cabina privata (*stateroom*) su un'imbarcazione, chiusa e anche controllata contro le intrusioni.

Il campo analogico, abbiamo visto, può dunque lavorare anche a livello di un rapporto giuridicamente rilevante, e non soltanto di un concetto o di più concetti. Il meccanismo che mette in relazione casi simili (ma ovviamente non identici, è proprio questo il punto), è assimilabile ai passaggi di una proporzione matematica. Se conosciamo i termini di una relazione, proviamo a inferire che lo stesso rapporto si applichi ad una relazione simile. In *Adams* questo è particolarmente evidente: se si stabilisce che due situazioni sono proporzionali, non c'è ragione per sostenere che la loro disciplina debba essere differente.

## **2.1 *McBoyle v. US***

Il signor *McBoyle* era accusato di aver trasportato da Ottawa, Illinois, a Guyom, Oklahoma, un aeroplano che egli sapeva essere stato oggetto di furto (*McBoyle* aveva infatti organizzato il furto egli stesso, insieme a un complice, *Lacey*). *Quid iuris?* Il *National Motor Vehicle Theft Act*<sup>234</sup> (1929) è una legge federale finalizzata a evitare o controllare il traffico di veicoli rubati all'interno

---

<sup>234</sup> Nello specifico *section 408, title 18, U.S. Code -U.S.C. § 408.*

del territorio degli Stati Uniti d'America da parte di organizzazioni di criminali. Secondo questa norma, si compie un crimine ogni volta che un veicolo rubato viene trasportato da uno stato ad un altro. Le condizioni per cui questo tipo di crimine si realizzi sono di natura oggettiva e soggettiva: il veicolo trasportato deve essere stato rubato; l'indagato deve essere a conoscenza del furto; il trasporto deve avvenire fra stati diversi o anche fuori dal territorio statunitense. Il problema in MacBoyle fu che non c'era una norma simile che prevedesse il furto di velivoli a motore (ma c'era, appunto, soltanto il *National Motor Vehicle Theft Act*). Specificando la competenza del provvedimento, il testo dell'Act prevede che

*“the term ‘motor vehicle’ when used in this section shall include an automobile, automobile truck, automobile wagon, motor cycle or any other self-propelled vehicle not designed for running on rails”*

Un aeroplano è compreso nella categoria “*motor vehicle*”, oppure no? Cosa include e cosa esclude l'espressione “*any other self-propelled vehicle*”? Il dibattito della Corte Suprema, presidente della quale era Justice Holmes, si concentrò precisamente su questo punto:

*“it will be noted that the Latin word ‘vehiculum’ means a ship as well as a carriage”*

Nello sviluppo del ragionamento, si trattò di accostare a un termine esplicitato nell'Act un altro termine che invece sembrava implicito. Ogni teorizzazione,<sup>235</sup> d'altronde, descrive il confine che rende esplicito ciò che è implicito,<sup>236</sup> per questo avvalendosi anche di sistemi simbolici. Nell'analogia il crinale fra esplicito e implicito rimane a tutt'oggi fumoso.

---

<sup>235</sup> A questo proposito, cfr. Giorgio Agamben, *Archeologia di un'archeologia*, introduzione a *La linea e il circolo. Studio logico-filosofico sull'analogia*, di Enzo Melandri, Quodlibet, Macerata, 2004, in cui si descrivono egregiamente le domande fondative il ragionamento analogico, ripercorrendo uno ad uno i suoi – così li chiama Melandri - “luoghi naturali: che cosa provano i ragionamenti analogici? Entro quali limiti la logica è norma del razionale? E' possibile distinguere i concetti dalle metafore? L'approdo, interessantissimo, è che da un punto di vista filosofico l'analogia sia insostituibile.

<sup>236</sup> Nel diritto, si pensi al modo in cui i principi generali dell'ordinamento sono utilizzati per ricostruire il campo delle possibili declinazioni di significato di un segno (norma già in vigore).

Vale la pena notare che alcuni fra i vocaboli più ricorrenti nella discussione anteriore alla sentenza *McBoyle vs. United States* furono “*derivation*”, “*term*”, “*definition*”. Non a caso. Il significato di un vocabolo può variare in funzione della struttura interna della proposizione; ciascun attributo, ciascun sostantivo, è, in ultima istanza, relazionale. E’ questa la teoria meglio nota come “fondazione proposizionale della logica”. La pluralità di significati riconducibili alla locuzione cosiddetta “di chiusura del sistema”, nel caso ad esempio la frase “*any other self-propelled vehicle*”, mostra il senso, altrimenti molto complesso da rendere, della terza dimensione o profondità semantica, che è il luogo in cui il campo analogico si manifesta più frequentemente nel diritto.<sup>237</sup> L’ordinamento giuridico chiama simili espressioni a chiudere il sistema, ed è, in fondo, il lavoro che a livello testuale queste svolgono. Ma quale chiusura, quale tentativo di definizione, non porta con sé la profondità di quella terza dimensione, di quel mondo di possibili *designata*, che sembra al tempo stesso ricompreso ed escluso dalla frase di chiusura? In appello si stabilì che gli aeroplani potevano essere inclusi fra i concetti non esplicitati dall’*Act*, in quanto a loro volta “*self-propelled*”, con un motore a benzina, e in quanto destinati (bello il termine inglese “*designed*”, designati) al trasporto di passeggeri, per cui funzionali ad un utilizzo piuttosto simile a quello di un autotrasporto. Per questi motivi il signor McBoyle fu condannato in appello a tre anni di reclusione e al versamento della somma di \$ 2.000,00 agli Stati Uniti d’America.

La Corte Suprema ribaltò questo ragionamento. L’argomentazione fu sviluppata mediante una lettura restrittiva dell’espressione di chiusura “*any other self-propelled vehicle*”; vennero a questo proposito richiamate l’immaginazione e l’attitudine raffigurativa dell’interprete comune. Quando una regola di condotta è strutturata con termini che evocano nella “*common mind*” solo l’immagine di veicoli che si muovono a terra, il significato della legge non deve essere esteso agli aeroplani per il semplice fatto che la regola di fondo sia la medesima. La Corte Suprema chiuse nettamente, con questa espressione:

---

<sup>237</sup> Cfr. Enzo Melandri, *La linea e il circolo. Studio logico-filosofico sull’analogia*, Quodlibet, Macerata, 2004.

*“if the legislature had thought of it, very likely broader words would have been used.”*<sup>238</sup>

In questi termini, il ragionamento analogico lavora anche come principio mediatore fra logica ed esperienza.<sup>239</sup> Ancora di più, in realtà: il campo analogico, e il conseguente sapere analogico che ne deriva, racchiudono diversi piani: logico, epistemologico, predicativo, ermeneutico. Nei termini usati per scrivere le sentenze si aprono indagini semantiche dei problemi ricorrenti - e rilevanti - del discorso giuridico. Attraverso la scelta dei vocaboli, si può tentare una risalita dalla prassi alla teoria.<sup>240</sup>

Ritorniamo per un momento sull'analisi filologica del termine *“vehicle”*. Nel linguaggio quotidiano, questo termine richiama l'immagine di un oggetto che si muove sulla terra, o in ogni caso qualunque dispositivo che permetta lo spostamento su un terreno (*“as a means of transportation on land”*). L'espressione da interpretare richiama dunque il senso comune, l'idea diffusa di *“veicolo”*. E l'espressione *“any other self-propelled vehicle not designed for running on rails”* indica che si fa riferimento a un veicolo nel senso comune del termine, e non in un senso ulteriore o implicito. Per cui, nel testo dell'Act si fa riferimento a un veicolo che si muove su un terreno, e non ad altro. Sebbene sia inverosimile che un criminale consideri attentamente il testo della legge prima di rubare e di trasportare un velivolo fuori dallo stato in cui lo ha rubato, bisogna comunque attenersi al significato che il legislatore ha voluto attribuire a un termine. Se una regola di condotta è descritta in termini che richiamano nell'immaginario collettivo solo la rappresentazione di un veicolo che si muove sulla terra, la legge non deve essere estesa agli aerei solo perché sembra che una politica simile accomuni i due casi, o solo assumendo che il legislatore abbia effettivamente voluto far riferimento anche agli aerei, poiché in quel caso un'espressione più ampia sarebbe senz'altro stata utilizzata.

I due casi esemplari che precedono guidano verso una serie di domande. Come si legge la pluralità delle pratiche? Su cosa verte, nella decisione di un caso dubbio, l'assimilazione? Com'è stabilita, invece, la rilevanza? Come può

---

<sup>238</sup> Risuona il principio latino *“Ubi lex voluit, dixit; ubi noluit, non dixit”*.

<sup>239</sup> Cfr. E. Meyerson, *Identité et réalité*, Paris, 3<sup>a</sup> ed. 1926.

<sup>240</sup> Giovanni Tarello, *Diritto, enunciati, usi*, Il Mulino, Bologna, 1974.

essere decidibile un caso in cui le somiglianze conducono in direzioni inverse, cioè, in concreto, quando vi è più di un “*similar case*”? In questa ricostruzione di un quadro senz’altro complesso, lavorare sul crinale fra sistemi di *judge-made law* e sistemi a cultura giuridica codicistica offrirà in tutto questo lavoro una buona via per sviluppare la ricerca delle corrispondenze fondative del diritto quali fatto-norma,<sup>241</sup> norma-norma, fatto-precedente vincolante, fatto-fatto, in tutte le loro possibili declinazioni. L’analogia è stata usata (e continua a esserlo) con un’incredibile frequenza, eppure il suo stesso nome suggerirebbe un’estromissione dal discorso rigoroso. Ebbene, al tempo stesso, esterna o no a ogni costruzione teorica che tenda all’esattezza, essa ritorna con una dirompenza che suona come una necessità. Torna altrettanto chiramente a mostrarsi il nucleo del campo analogico, denso tanto d’induzioni quanto di deduzioni, nella soluzione dei casi di *civil law*, attraverso un ricorso costante alle generalizzazioni; lo stesso percorso, osservato a ritroso, non può che riportare alla logica aristotelica, nella quale l’analogia (come *paradeigma*) era definita come inferenza dal particolare al particolare. Già a partire da quel terreno si sono distinte categorie utilissime alla ricostruzione delle prassi giurisprudenziali: la predicazione analogica, il concetto di analogia, l’argomento per analogia.<sup>242</sup>

Osservando le forme del campo analogico, nel nostro caso l’uso e la scelta dei termini da parte di chi deve “dire il diritto”, si può risalire verso le *causae essendi* dell’ordinamento giuridico, attraverso una ricostruzione delle ontologie che ri-organizzano il mondo degli oggetti reali. La giurisprudenza è il campo in cui si concentrano massimamente le forme, gli oggetti che esse designano, e la sostanza; ciò che è ancora più pregnante è la frequenza con cui le relazioni forma-sostanza svelano la relatività dei concetti, essendo l’apice su cui la storicità delle classificazioni e delle definizioni si concentra. I *nomina* portano con sé interi percorsi e mutamenti dei rapporti giuridici, come mutamenti concreti di fatti; fatti che, con la pronuncia del loro nome, sono chiamati ad esistenza. L’esempio del binomio “*motor vehicle*”, così come gli altri esempi che seguiranno, mostrano le soglie in cui si concentra il discorso

---

<sup>241</sup> Habermas, Jürgen, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Guerini e Associati Editore, 1997.

<sup>242</sup> Cfr. Aristotele, *Organon*, Milano, Adelphi, 2003.

giuridico - nell'apertura massima delle possibilità che è il linguaggio; il tutto a partire dal più netto pragmatismo, dalla più esplicita accelerazione verso una decisione razionale.

I due casi riportati dimostrano quanto e come il ricorso al confronto fra fattispecie somiglianti sebbene non identiche sia stato determinante nella tradizione di *Common law*. Nel primo caso, la dimostrazione è offerta sul piano relazionale, su cui poggiano una fattispecie non ancora prevista - dunque non regolata - e due norme che regolano fattispecie simili. Nel secondo caso, il ragionamento verte sul livello costituito dalle relazioni norma esistente-significati possibili. Tanto nell'uno quanto nell'altro caso, il nesso logico è costruito su inferenze tipicamente analogiche, che lavorano su questi livelli e su molti altri ancora. Il metodo usato dei giuristi di *Common law* nelle decisioni ha la forma di un ragionamento pratico, in cui coesistono in combinazione aspetti del campo analogico. In questo contesto le decisioni, è cosa nota, costituiscono a loro volta una fonte del diritto. Risulta dunque oltremodo interessante notare quanti siano i campi operativi che fra prassi e prammatica interseca il campo analogico. Ancora di più se si considera che il principio dello *stare decisis* presuppone un ricorso costante all'analogia fra casi precedenti e casi successivi, e - ciò che è ancora più interessante - questo rimando costante segue un'attitudine tutta formalistica.<sup>243</sup> Tuttavia, la questione dello scarto fra formalismo e non-formalismo nello sviluppo del sapere giuridico è troppo complessa per essere affrontata in questo frangente, dove invece è ancora necessario scavare nella relazione fra specialità e generalità nella giurisprudenza.

---

<sup>243</sup> Il problema della forma, già fortemente rilevante nella logica aristotelica, ha contribuito alla dottrina del diritto come forma. La attrazione per la "tipicità" si intuisce già dalla designazione con "forma" di alcuni negozi nominati (forma mandati, forma locationis). Ma già Kant, nei suoi Principi metafisici della dottrina del diritto, ne aveva osservato il carattere formalistico, appunto. Nel Novecento, Kelsen con la sua teoria pura (Reine Rechtslehre) del diritto come forma. Per completezza, va citato anche tutto il "normativismo" con le correnti derivate, che hanno sviluppato una teoria del diritto come forma, privilegiando il concetto di norma a scapito di tutto quel complesso di elementi quali il comportamento, i giudizi, le pratiche, le identità sociali, le azioni.

## 2.2 L'evoluzione del concetto di *negligence* per analogia e *disanalogia*: specie a genere

Si è rilevato, con gli esempi appena descritti, come il campo analogico assuma diverse forme. Fra le altre, abbiamo visto emergere l'analogia costruita fra parti e tutto, l'analogia per cui invece rileva il rapporto fra genere e specie, l'analogia che si racchiude nell'indeterminatezza di un concetto rispetto al contesto di riferimento. La molteplicità di queste forme induce a sviluppare una prima, necessaria, riflessione: la relazione fra logica e analogia è molto complessa, ancor di più lo è il suo rapporto con la dimensione della giustificazione; soprattutto però, bisogna intendere l'analogia sempre come campo, all'interno del quale ciò che assume rilevanza non è l'una o l'altra forma in particolare, ma il fatto che comunque il diritto ne faccia un uso ripetuto. D'altronde, già i teologi tomisti avevano classificato diversi tipi di analogia, tutti altrettanto importanti, e in particolare l'analogia *unius ad alterum* (una qualsiasi relazione di somiglianza), l'analogia *duorum ad tertium* (basata sulla proporzionalità rispetto ad un terzo), e quella *plurium ad plura* (una relazione di proporzionalità, A sta a B come C sta a D).

La molteplicità delle forme in cui il campo può manifestarsi ha in comune un elemento: perché ci sia analogia, ci deve essere qualcosa in comune. Ci deve essere, in altre parole, uno spazio in cui le somiglianze (ma a volte anche le differenze) possano misurarsi. Anche la dimensione generale-inclusiva può, a sua volta, avere forme differenti. Due elementi nel discorso giuridico possono avere un attributo comune, due fattispecie possono riguardare relazioni giuridiche simili (che hanno un aspetto rilevante in comune). Spesso si è anche discussa la possibilità di ricomprendere anche i principi generali fra le dimensioni "inclusive". Per esemplificare, riprendiamo un tema tipico della tradizione giuridica di *Common law*, in cui la relazionalità fra genere e specie (sotto forma di pensiero e sapere analogici) emerge in modo netto. Lo spunto questa volta è rappresentato dallo sviluppo che il concetto di "*negligence*" ha avuto negli ultimi centocinquanta anni, in particolare nel contesto del *decision making*.<sup>244</sup> Questo processo offre un'illustrazione efficace del ruolo che l'analogia ha assunto nello sviluppo della cosiddetta *case law*. "*Negligence*" indica una

---

<sup>244</sup> Cfr. J. Farrar, *Reasoning by Analogy in the Law*, Bond Law Review (1997): Vol. 9: Iss. 2, Art.3.



mancata cura che una persona ragionevolmente prudente dovrebbe usare in una determinata circostanza. Si presuppone generalmente che per diverse circostanze siano richiesti diversi tipi di cura o cautela, il che ha come conseguenza il fatto che la *negligence* ha un campo d'azione più o meno ristretto a seconda dei casi.

Nel corso degli ultimi centocinquanta anni la giurisprudenza di *Common law* ha gradualmente ammesso, e poi catalogato come "pericolosi di per sé", alcuni tipi di oggetti. Nel 1851 con il caso *Longmeid vs. Holliday*<sup>245</sup> la lampada ad olio viene esclusa dalla categoria degli oggetti intrinsecamente pericolosi; con alcune decisioni successive, *George vs. Skivington*<sup>246</sup>, *Parry vs. Smith*<sup>247</sup> e *Heaven vs. Pender*<sup>248</sup> la categoria degli oggetti per il cui utilizzo è richiesta una cautela maggiore (perché pericolosi di per sé) include invece un ascigacapelli difettoso, un impianto a gas difettoso, e un'impalcatura difettosa. Il che implica un alleggerimento dell'onere probatorio degli eventuali danneggiati - ai fini dell'accertamento della responsabilità. Ogni nuova voce nell'elenco in via di formazione, diventa un criterio ulteriore che va a completare il quadro generale in cui sono stabiliti i termini di riferimento per i casi futuri, come si evince dalle parole di un giudice del caso *Heaven*:

*"The logic of inductive reasoning requires that where two major propositions lead to exactly similar minor premises there must be a more remote and larger premise which embraces both of the major propositions. That, in the present consideration, is, as it seems to me, the same proposition which will cover the similar legal liability inferred in the cases of collision and carriage. The proposition which these recognised cases suggest, and which is, therefore, to be deduced from them, is that whenever one person is by circumstances placed in such a position with regard to another that everyone of ordinary sense who did think would at once recognise that if he did not use ordinary care and skill in his own conduct with regard to those circumstances he would cause danger of injury to the person or property of the other, a duty arises to use ordinary care and skill to avoid such danger."*

---

<sup>245</sup> 1851, 6 Ex. 761.

<sup>246</sup> 1869, LR Ex. 1.

<sup>247</sup> 1879, 4 C.P.D. 325.

<sup>248</sup> 1883, 11 Q.B.D. 503.

La logica essenziale del ragionamento induttivo richiede che in presenza di due premesse maggiori (ragionando nei termini del sillogismo aristotelico) che conducono alla stessa premessa minore, deve esserci allora una premessa ancora più generale che comprende le due premesse maggiori, accomunandole sotto un aspetto rilevante. Ancora una volta, una conferma del fatto che l'assimilazione per analogia deve sempre passare da uno stadio intermedio, che abbiamo chiamato inclusione o ricomprensione.

Nel 1932, il celebre caso *Donoghue vs. Stevenson*<sup>249</sup> segna lo sviluppo del concetto di *negligence* nella tradizione di *Common law* e, ad un tempo, consacra definitivamente la dottrina del precedente vincolante. Vediamo brevemente come e per quali ragioni può essere rilevante in relazione alla dimensione operativa del campo analogico, che stiamo vedendo dipendere in modo netto dalle relazioni fra parte e tutto, e fra genere e specie. L'appellante, una commessa, chiedeva di essere risarcita dal convenuto, produttore di acque minerali, sostenendo di aver subito gravi danni per aver consumato una bibita al sapore di ginger prodotta dal convenuto, contenente i resti ormai decomposti di una lumaca. La donna sosteneva che al convenuto, produttore di un articolo destinato al consumo e confezionato dopo un'ispezione preventiva, fosse imposto il dovere di controllare diligentemente che i prodotti non contenessero sostanze nocive.<sup>250</sup> Uno dei primi casi analizzati fu *Langridge vs. Levy* (1837, 2 M. & W. 519). Nella fattispecie, un uomo aveva venduto una pistola sapendo che essa avrebbe rappresentato un pericolo se usata dal figlio dell'acquirente. L'arma esplose, in effetti, nelle mani del ragazzo e l'acquirente fu legittimato ad agire contro il fabbricante a titolo di responsabilità extracontrattuale. Tale caso non fu ritenuto assimilabile, però, a causa della diversa pericolosità intrinseca degli oggetti.<sup>251</sup> Una comune natura della responsabilità era l'elemento da trovare; come emerge da un passaggio nel ragionamento di Lord Atkin:

---

<sup>249</sup> 1932, A.C. 562.

<sup>250</sup> La *Common law*, è noto, va ricercata nei testi di autorevoli scrittori e nei giudizi dei giudici che ne hanno l'amministrazione. Nel caso in esame si rese necessario il ricorso ai casi già decisi per verificare l'attendibilità della tesi sostenuta dall'appellante.

<sup>251</sup> Nella stesura della sentenza, le parole della Corte furono infatti "Non dovremmo considerare un precedente la nostra decisione che è in realtà vincolante in caso di azione intentata contro i venditori di armi e di prodotti che essendo di per sé pericolosi, risultino lesivi ed in grado di danneggiare l'incolumità di qualsiasi persona nella cui mano possano cadere...".

*“And yet the duty which is common to all the cases where liability is established must logically be based upon some element common to the cases where it is found to exist. To seek a complete logical definition of the general principle is probably to go beyond the function of the judge, for the more general the definition the more likely it is to omit essentials or to introduce non-essentials”*

I casi in cui viene stabilità una qualunque forma di responsabilità dovrebbero essere tutti basati su un elemento comune: eppure, più un giudice cerca un principio generale, più si allontana dalla sua funzione primaria, poiché più generale è la definizione più probabile è che si omettano degli attributi essenziali per il caso mentre si cercano attributi generali. Sempre nella ricerca del precedente analogo, tra gli altri casi viene esaminato *George vs. Skivington*, che appare il più simile a quello da decidere. Si era trattato in quel caso della vendita di una lozione per capelli nociva, e l'azione intentata da chi ne aveva patito le conseguenze dannose, fondata sull'assunto che detta lozione fosse stata preparata negligenemente, era stata accolta.

Dopo altri confronti con i casi *Blacker vs. Lake & Elliot L.t.d.*<sup>252</sup> e *Winterbottom vs. Wright*<sup>253</sup> (riguardante un'azione a titolo di responsabilità extracontrattuale nel caso di rottura di una carrozza dovuta a negligenza nella costruzione), le discussioni dei giudici si svilupparono fra la evidenza di una lacuna legislativa e l'analisi di ogni dettaglio identico, simile o differente fra la fattispecie *Donoghue vs. Stevenson* e gli altri casi riportati. Quale, fra i casi somiglianti, avrebbe dovuto essere assimilato? In funzione della tutela di quali interessi? Soprattutto, quale ruolo avrebbe dovuto ricoprire il principio di *reasonableness* nello studio approfondito delle analogie con i casi precedenti? Le parole di Lord Atkin possono offrire lo spunto per un'osservazione intermedia: “Non disistimo la nostra giurisprudenza a tal punto da ritenere che i suoi principi siano così lontani dai comuni bisogni della società civile e dalle richieste che essa pone ai propri membri da negare un rimedio giuridico laddove si è chiaramente in presenza di una ingiustizia sociale”. Il problema pratico che innesca l'utilizzo del dispositivo analogico è il fatto che si renda

---

<sup>252</sup> 1912, 106 L.T. 533.

<sup>253</sup> 1842, 10 M. & W. 109.

necessario, davanti ad un caso non previsto, colmare le lacune dell'ordinamento; la analogia in questo senso lavora come l'unica via utile da percorrere per approdare a quel carattere costitutivo di ogni sistema giuridico, ovvero la coazione a decidere. A guardare bene, attraverso una dinamica in continua evoluzione fra apertura e chiusura del sistema, l'analogia lavora sulla scia di un procedimento ermeneutico in qualche modo arbitrario. Il sistema giuridico non ha potuto fare a meno, lo si nota già in questi casi così risalenti, dell'artificio: fra classificazioni e definizioni, esso ha mantenuto con continuità un atteggiamento tipicamente costruttivo,<sup>254</sup> grazie al quale ciascuna relazione di senso ha avuto - ed ha tuttora - il suo luogo naturale nella analisi funzionalistica del sistema stesso. Non si tratta d'altro che degli spazi fra la natura delle cose e i nomi<sup>255</sup> scelti per indicarla, dei contesti in cui sono elaborati e dei possibili usi.<sup>256</sup>

La House of Lords decise il caso stabilendo che un fabbricante che venda prodotti sapendo che saranno acquistati dal consumatore finale così come distribuiti dalla fabbrica, senza essere stati controllati seguendo uno standard di diligenza ragionevole nella preparazione e nel confezionamento, è responsabile nei confronti del consumatore, dei suoi danni alla vita o alla proprietà.

Sia che si tratti di decidere sul significato di un vocabolo o di una espressione, per stabilire se esso comprenda o no altri oggetti della realtà, sia che ci si trovi a dover decidere un caso ricostruendo il ragionamento seguito in casi precedenti, si nota dunque che, come ha rilevato Robert Alexy, l'argomentazione nel discorso giuridico si basa principalmente su tre modelli: la sussunzione, il bilanciamento, l'analogia.<sup>257</sup> E' stato recentemente sostenuta la sostanziale riducibilità del ragionamento analogico al processo di bilanciamento tipico della prassi giurisprudenziale. Da questo assunto, si può ricostruire la

---

<sup>254</sup> Wittgenstein avrebbe detto "*typisch aufbauend*".

<sup>255</sup> Sull'operazione di denominazione come costante della natura umana, Michel Foucault, *Les mots et les choses*, Paris, Gallimard, 1966, I<sup>a</sup> ed. Fra gli altri un passaggio mostra più di altri il nesso inscindibile fra la mente, la immaginazione, i processi figurativi, e il rapporto fra segni e designati: "L'esistenza del linguaggio nell'età classica è a un tempo sovrana e discreta. Sovrana, dal momento che le parole hanno ricevuto il compito e il potere di 'rappresentare il pensiero'". Sul rapporto fra i nomi e le cose, non si può tralasciare il dialogo platonico dedicato proprio alle origini del linguaggio (Platone, *Cratilo*, Laterza, Roma- Bari, 2008).

<sup>256</sup> Sul rapporto fra gli enunciati giuridici e i loro usi, Giovanni Tarello, *Diritto, enunciati, usi* cfr, infra 9.

<sup>257</sup> Robert Alexy *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie juristischen Begründung*, Frankfurt am Main (1978).

tesi secondo cui il problema originario del linguaggio, ovvero la associazione di termini generali ad oggetti particolari, rende spinoso e necessario il concetto di somiglianza. I livelli di somiglianza, lo si è visto proprio con gli esempi di prassi, spesso sono diversi; ciò a dimostrazione della pluralità di piani inferenziali che nello spazio ermeneutico costruiscono il discorso giuridico. In prima istanza, si possono individuare almeno due livelli di somiglianza: il primo, più centrato su ciò che viene a mostrarsi - sulla fenomenologia più che sull'ontologia, crea nessi a partire dalla presenza di attributi comuni. Nei casi di specie: la funzione del trasporto potrebbe servire da *tertium genus* fra l'autoveicolo e l'aeroplano, la relazione fra la diligenza di un produttore e le conseguenze sui consumatori è usata come terzo comprensivo nel raffronto fra episodi distanti nel tempo. L'identificazione, a questo livello come pure oltre, è impossibile; solo un'interpretazione su passaggi successivi può riuscire nell'impresa di avvicinare le differenze in modo giuridicamente coerente. Il lavoro dell'interprete si muove gradualmente, mediante passaggi logici consequenziali, verso l'obiettivo finale che è la decisione. Un secondo livello di somiglianza, che di per sé comprende anche il primo appena descritto, è molto più complesso; si tratta infatti del piano delle somiglianze cosiddette rilevanti. Nel caso dell'evoluzione del concetto di *negligence* in *Common law*, ad esempio, si nota come la spinta venga dalla necessità di stabilire quale fra le alternative offerte dai precedenti sia simile e quale lo sia in maniera più pregnante, in particolare in funzione della soluzione del caso. In questo delicato processo di descrizione di un tracciato di rilevanza che possa orientare nella scelta della similitudine, i meccanismi e le forme della generalizzazione hanno un ruolo centrale:

*"Principle (...) represents an established maxim of the law or an inductive generalisation from a number of contemporary rules or cases."*

Lo sviluppo giudiziale del concetto di *negligence* procede anzitutto dal tentativo di identificare le caratteristiche rilevanti che accomunano i tipi di condotta e le relazioni fra le parti coinvolte nel caso, questo per arrivare a decidere. Con un processo di costruzione di generalizzazioni congruenti, il diritto trova una via per arginare l'eventuale e lo straordinario pur

contenendoli all'interno di un ordine. Regola e principio sono concetti relazionali che assumono un ruolo centrale, ma la cui analisi è complessa al punto da dover essere momentaneamente messa da parte, per essere ripresa nell'ultima parte (cap. IX).

L'utilizzo dell'analogia nella logica del diritto,<sup>258</sup> o meglio ancora di una "ana- logica" nel diritto, porta dunque con sé le tracce di questioni assai più ampie, che dalla dicotomia connotato - denotato conducono al duplice problema di cosa sia il linguaggio e di cosa esso mostri attraverso l'uso dei termini nei discorsi argomentativi.

Lo studio dei casi mostra un carattere multiforme del campo analogico; l'analogia può interessare aspetti o relazioni differenti, come abbiamo visto il tutto e le sue parti, o il genere e le specie che sono ad esso riconducibili. In ogni caso, l'elemento che accomuna le forme del campo analogico è la dimensione ricomprensiva in un luogo terzo. John Austin ha sostenuto che ci sono diversi tipi di analogia (non facendo riferimento alla dicotomia proporzione/attribuzione già nota ad Aristotele): una *generic analogy*, basata sulla somiglianza fra specie che appartengono allo stesso *genus*, e una *specific analogy*, fondata sulla somiglianza fra individui che sono parti di una delle specie. L'uso che Austin fa del termine "*parts*" rimanda al concetto di "membri" (membri di un insieme). In verità, com'è stato dimostrato dalla descrizione dei casi, il diritto non lavora su schemi troppo rigidi di genere e specie, per cui la distinzione è spesso fumosa e i due concetti possono tendere a confondersi. Anche lo scarto fra le parti e il tutto non è sempre così netto. Oltretutto, l'accostamento fra rapporti giuridici comprende tanto la dimensione parti-tutto quanto quella genere-specie, per cui si può ritenere valida la tesi per cui nel discorso giuridico il campo analogico è attraversato da queste relazioni, e spesso le mette in relazione. Ciò è particolarmente evidente, abbiamo visto, nel processo decisionale, in cui per forza di cose parti, tutto, genere e specie vanno valutati in un contesto d'insieme.

---

<sup>258</sup> Bobbio, Norberto, *L'analogia nella logica del diritto*, Istituto Giuridico, Torino, 1938.

### 3. Principles, rules

Il rapporto fra particolare e generale è centrale per la comprensione del campo analogico. A questo punto del lavoro, si può quasi dare quest'affermazione per scontata. Ciononostante, una conferma ulteriore viene dal diritto dell'Unione Europea. Si è osservato, infatti, che l'assetto istituzionale dell'Unione Europea ha una natura "mista", partecipando di taluni caratteri propri dei sistemi di *Common law* e di altri tipici dei sistemi di *Civil law*.<sup>259</sup> Sebbene il ruolo del pensiero analogico sia centrale nella giurisprudenza europea, si nota come di fatto l'ambito applicativo dell'analogia nel contesto europeo risulta ridotto. Per lo meno, lo risulta nella misura in cui non si trovano spesso il termine 'analogia' o 'ragionamento analogico' nei testi delle sentenze, il che va con ogni probabilità attribuito ad un generale atteggiamento di diffidenza della Corte Europea di Giustizia nei confronti dell'analogia, vista la necessità che ciascun atto normativo sia giustificato in base alla competenza attribuita dai Trattati. Eppure, il concetto, la forma di predicazione e il giudizio analogici, tanto quanto il ragionamento per analogia, sono presenti anche nella giurisprudenza europea, come vedremo a breve anche grazie alla descrizione di alcuni casi paradigmatici. Valutare se trattare in modo simile situazioni simili o in modo differente casi differenti, valutare il tipo di somiglianze e stabilire se esse siano o meno rilevanti, comparare decisioni precedenti con casi attuali, generalizzare un tema per vedere quali casi possano essere inclusi in esso: tutti questi sono meccanismi che rientrano nel *campo analogico* come è stato finora descritto in questo lavoro. Il fatto che il giudice ricorra esplicitamente all'analogia, diventa in questo senso un aspetto certamente importante, ma non essenziale. Anzi, il discorso giuridico come emerge nelle operazioni degli organismi decisionali europei è rilevante in modo del tutto peculiare, considerato che la natura mista corrisponde ad una grammatica più complessa da gestire, nella quale la combinazione di approcci e tradizioni differenti risultano non sempre agevoli, ma proprio per questo ancora più interessanti da studiare, poiché su diversi livelli di disomogeneità il campo analogico lavora in modo ancora più pregnante. Proprio tenendo a mente il campo in quanto filtro

---

<sup>259</sup> Così V. Velluzzi e L. Pelliccioli, in *L'analogia e il diritto. Antologia breve*, Pisa, ETS (2011), p. 121.

per la comprensione del sistema giuridico europeo, sarà anche possibile rilevare che esistono elementi di continuità fra i due principali approcci (quello per regole e quello per principi).

Nella giurisprudenza della Corte Europea di Giustizia, come anticipato, l'argomento per analogia vede intersecarsi lo schema tipico con cui viene usato in *Common law* con quello tipico applicato ai sistemi di *Civil law*. Vediamo anzitutto, brevemente, in cosa differiscono questi due modelli in rapporto all'uso del dispositivo analogico, e in cosa invece convergono.

L'uso dell'analogia ha radici differenti in sistemi differenti. Nell'ordinamento europeo, le modalità attraverso cui l'argomento per analogia è mostrato una combinazione di approcci molto diversi.<sup>260</sup> In effetti, la costituzione di un sistema giuridico transnazionale ha condotto alla fusione (vedremo meglio se si tratti realmente di una "fusione", o se piuttosto sia più appropriato parlare di una "integrazione"), sotto alcuni aspetti, fra elementi tipici di sistemi giuridici differenti. In via di principio, se un giudice di *Common law* e uno di *Civil law* usano la parola 'analogia' si riferiscono a metodi leggermente differenti per argomentare la decisione di una sentenza. Se questo è indubbio da un lato, dall'altro lato è anche vero che dietro questa apparente disomogeneità si cela una tendenziale uniformità nel cuore centrale di operatività dello strumento analogico. La situazione "standard" in *Civil law* è la seguente: un giudice trova una lacuna nelle fonti normative, verifica che non vi sia alcun impedimento normativo al ricorso all'analogia, e stabilisce una somiglianza fra il nuovo caso e un caso simile già regolato dalla legge. Applica al nuovo caso, per inferenza analogica, la regola stabilita per il vecchio caso. La linea "standard" in *Common law* è invece: qui l'analogia serve anzitutto a estendere la *ratio decidendi* di un precedente a una nuova situazione di fatto. Qui dunque gli elementi della comparazione sono un precedente e un nuovo caso; tramite la tecnica del *distinguishing* si valutano concretamente identità e differenze dei due casi, per sostenere infine se l'argomentazione di una certa linea di precedenti è in effetti rilevante per la decisione presente, oppure no.

---

<sup>260</sup> Per un quadro dettagliato dell'uso dell'argomento analogico nel diritto europeo, Katja Langenbucher, *Argument by analogy in European Law*, Cambridge Law Journal, 57(3) 1998, pp. 481- 521.



Cercando di schematizzare, potremmo dire che in *Civil law* si procede secondo la linea *norma-caso-norma*, mentre in *Common law* si segue il tracciato *caso-norma-caso*. Quest'ultimo meccanismo è stato talora interpretato in modo così rigido da giustificare l'idea che una legge nei sistemi di *Common law* non può introdurre nuovi principi giuridici, ma solo regole, per cui un'analogia con una legge sarebbe illegittima: dato che non si può presumere come un legislatore avrebbe deciso il caso omesso, analogizzare con una legge implicherebbe supporre qualcosa che non è stato disposto dal legislatore. Questo tipo di rifiuto di applicazione dell'analogia anche a partire da norme di legge è in verità piuttosto relativo. Si è infatti cercato di integrare il metodo dello *stare decisis* con la presenza di uno scheletro normativo ormai consistente, tanto che sembra molto forte la reciprocità con i sistemi continentali, in cui il sistema è costituito da regole e principi, in conformità con una struttura di regole emanate dal legislatore che è interpretata, sviluppata o estesa dal potere giudiziario.

Questa descrizione delle divergenze è funzionale ad esaminare la possibilità logica di uno sfondo comune fra le due tradizioni, che implica quindi pure una dimensione di omogeneità nell'uso del pensiero analogico in tutto il quadro della giurisprudenza europea (con il focus sulla Corte Europea di Giustizia). I due modelli, certo, divergono. Essi sono, d'altronde, il riflesso di due tradizioni divergenti. Eppure, un forte elemento di continuità è evidente: in entrambi i modelli, si tratta di ricostruire uno spazio terzo in cui le differenze siano ricomprese. In termini filosoficamente più esatti, si tratta di stabilire lo spazio dell'inclusione delle differenze. I due sistemi riproducono infatti uno schema triadico, in cui due elementi assimilabili (due norme, o due casi) hanno nel *terzo* la spiegazione del loro accostamento. In un quadro frammentato come quello europeo, lo sguardo deve essere più ampio: se l'obiettivo è la ricerca di uno sfondo comune in nome dell'obiettivo dell'uniformità di trattamento delle situazioni (simili in modo simile, differenti in modo differente), la valutazione sull'equi-valenza dei sistemi è decisiva, per questo diventa importante focalizzarsi sul ruolo del campo analogico più che sulla struttura dei due tipi di argomentazione considerati singolarmente. Se si assume il campo, nella sua interezza, come prospettiva (dunque includendo concetto, predicazione, argomento e giudizio analogici, e non limitando lo sguardo al solo

ragionamento), la ragione comune emerge certo con più vigore. In linea di principio, non c'è dunque differenza fra l'uso dell'analogia nei due principali sistemi giuridici esistenti.<sup>261</sup> C'è un terreno comune su cui queste due declinazioni si misurano, ma il cuore segreto è il medesimo: una somiglianza che giustifica l'inferenza analogica.

Viste queste premesse, si può ancora rilevare che il campo analogico assume principalmente due forme nella giurisprudenza europea: l'argomento basato su principi e l'argomento basato su regole. Le regole sono applicate in un dato caso, oppure non lo sono (come ha detto Dworkin per le regole vale il "tutto o niente"). I principi, invece, corrispondono logicamente ad una forma di generalizzazione (su cui già molto è stato detto nella prima parte). Scopo di un principio è promuovere un determinato aspetto del discorso giuridico, che può corrispondere ad un valore, ad un interesse, un fine. Vediamo ora nel dettaglio alcuni esempi che servono a mostrare il quadro finora solo teoricamente descritto.

Generalmente, la Corte Europea di Giustizia (da qui in avanti, anche "ECJ") non si considera vincolata dai precedenti nelle sue decisioni. Ciò non significa che essa non guardi alle altre decisioni e non decida i casi secondo una giurisprudenza *costante*. Piuttosto, la Corte non segue un precedente se ritiene che non sia stato deciso correttamente. Si può dunque affermare che il ragionamento per analogia non è usato per l'applicazione di precedenti a casi nuovi esattamente come in *common law*. Le Corti seguono spesso i precedenti, e la Corte Europea di Giustizia non fa eccezione; in ogni caso, si potrebbe parlare di dottrina dello *stare decisis* solo nel caso in cui una Corte è obbligata a seguire un precedente in quanto esso costituisce una fonte del diritto. Al contrario, la ECJ è libera di non seguire i precedenti e non ha in proposito alcuna limitazione<sup>262</sup>. Questa libertà di giudizio può essere meglio compresa sulla base della forte influenza della giurisprudenza continentale, nell'ambito della quale le leggi scritte sono la fonte per eccellenza e i precedenti hanno soltanto un peso persuasivo ed argomentativo<sup>263</sup>. La nascita di una Corte Europea di prima

---

<sup>261</sup> Cfr. K. Lagenbucher, *ibidem*.

<sup>262</sup> Advocate General Lagrange in *Da Costa v. Nederlandse Belastingadministratie*, Cases 28, 29 & 30/6 [1963].

<sup>263</sup> Varrebbe la pena soffermarsi su una questione: è davvero distante la "mera" argomentazione dalla struttura di un ragionamento giuridico?

istanza non ha riaperto il problema dello *stare decisis*, sebbene la CEPI sia tenuta a seguire le decisioni della ECJ. Infatti, la CEPI può non considerare un precedente al fine di indurre la ECJ all'*overruling* su una precedente decisione.

Si prenda ad esempio il caso di una corte nazionale di ultima istanza, la quale, secondo il dettato dell'art.177 paragrafo III del Trattato UE, è tenuta a fare riferimento alla giurisprudenza della Corte Europea di Giustizia nelle proprie decisioni (nello specifico, si fa riferimento al noto caso *Francovich v. Italy*, che ha stabilito che gli stati membri dell'UE possono essere chiamati a risarcire i singoli individui che hanno sofferto per la mancata trasposizione di una direttiva europea nell'ordinamento nazionale). Nel caso in cui tale Corte si trovi a dover stabilire se accettare oppure no la richiesta di un ricorrente, relativa alla presunta responsabilità dello Stato in base al caso *Francovich*,<sup>264</sup> essa ha una doppia alternativa. Potrebbe accettare che il caso *Francovich* costituisca la corretta interpretazione del diritto comunitario, e dichiarare di conseguenza la responsabilità dello Stato. Se la Corte, infatti, decidesse il caso in linea con la giurisprudenza della ECJ, sarebbe esente- in base alla dottrina dell'*acte clair* (definizione di "*acte clair*": "*the idea that there is no need to refer a point of law, which is reasonably clear and free from doubt, to the European Court of Justice*"), dalla necessità di dare alcun riferimento normativo o giurisprudenziale. Una tale esenzione sarebbe necessaria dal momento che la ECJ si troverebbe a ripetere le proprie decisioni all'infinito, anche nel caso in cui la corte nazionale si fosse dichiarata pronta ad accettarle. In alternativa, la corte nazionale potrebbe ritenere il caso *Francovich* come rappresentativo di una linea ermeneutica non esatta; in tal caso, la Corte non sarebbe dunque vincolata da alcuna giurisprudenza (per lo meno non lo sarebbe nel senso in cui lo sarebbe una corte di *common law*). Piuttosto, e ciò rappresenta un carattere tipico del diritto europeo, potrebbe fare un riferimento all'art. 177 Trattato UE ed indurre la ECJ a modificare il proprio indirizzo giurisprudenziale. Questo equilibrio lascia spazio alla discrezionalità del giudice nazionale in merito alla lettura del caso come davvero stabilita dalla Corte Europea; ciò viene acuito fino in fondo dalla dottrina, citata prima, del cosiddetto *acte clair*. Nella circostanza in cui questa dottrina sia applicabile, non solo la corte nazionale potrebbe astenersi dal *reference for a preliminary ruling* (procedimento previsto dall'art. 234 Trattato

---

<sup>264</sup> *Francovich and others vs. Italy*, Cases 6 & 9/90, [1991] E.C.R.

UE), quando c'è un precedente sul punto, ma può farlo anche quando un testo legislativo è tanto chiaro nella espressione da non necessitare di alcuna speculazione ulteriore<sup>265</sup>.

La ECJ ha fatto invece espressamente ricorso all'argomento per analogia nel caso *Union Française de Céréales*.<sup>266</sup> Vediamo brevemente perché. Un'impresa che esportava beni dalla Germania al Regno Unito chiedeva alla Germania il pagamento a titolo di "accession compensatory amount" ("quota ulteriore di compensazione"). Nel periodo in cui il caso si verificò, tali pagamenti venivano effettuati a favore delle imprese che esportavano da un Paese membro da lungo tempo ad un Paese di nuova annessione. In questa fase di transizione il nuovo Paese membro poteva così mantenere i prezzi dei prodotti agricoli a un livello molto competitivo rispetto ai prezzi ordinari dei vecchi Paesi membri. L'aspetto rilevante del caso fu che le autorità tedesche rifiutarono il pagamento del "accession compensatory amount" sulla base del fatto che la nave che trasportava i beni era affondata e, dunque, non poteva provare d'aver effettivamente trasportato i beni nel nuovo Paese membro di destinazione, ciò che era richiesto dall'articolo 5 paragrafo 2 del Regolamento N. 269/73 - ai fini del recepimento del compenso ulteriore. Nel testo del Regolamento non si faceva alcun riferimento a disposizioni sulla forza maggiore. In questa zona di dubbio è stato utilizzato l'elemento analogico. Si decise nel senso dell'applicazione di un'altra norma, l'articolo 6 del Regolamento N. 192/75. Tale norma fu esplicitamente applicata in via analogica e dunque il pagamento in compensazione venne effettuato. Cerchiamo ora di osservare da vicino i passaggi logici che hanno portato all'utilizzo dello strumento analogico nel caso. Posizioni molto

---

<sup>265</sup> Hartely, *European Community law*, 3rd edition (London 1994). Per ciò che riguarda invece le restrizioni vedere C.I.L.F.I.T. , Case 283/81, [1982], Rasmussen, *The European acte clair's strategy in C.I.L.F.I.T.* (1984). Vedere anche su questo sito l'intero caso e tutta la giurisprudenza europea precedente e successiva sul problema della interpretazione del precedent: <http://www.ena.lu>.

<sup>266</sup> *Union Française de Céréales vs. Hauptzollamt Hamburg- Jonas*, case 6/78, [1978] E.C.R. 1675; altri casi in cui si fece espressamente ricorso all'argomento per analogia: Giorgio Bernardi, Case 48/70, [1970] E.C.R. I 175; *Brouwer- Cane*, Case 180/78, [1979] E.C.R. II 2111; *Carmen Mancuso*, Case 140/73, [1973] E.C.R. II 1449; *Antonio Gigante*, Case 31/71, [1973] E.C.R. II 1353; *Klensch*, Case 201 & 202/85, [1986], E.C.R. 3477; *Krohn*, Case, 165/84, [1985] E.C.R. 3997; *Milac GmbH*, Case 38/76, [1976] E.C.R. II 1639; *Giovanni Naselli*, Case 83/77, [1978] E.C.R. I 683; *Oehlman*, Case 73/69, [1970] E.C.R. I 467; *Reich*, Case 64/74, [1975] E.C.R. I 261; cf. inoltre Anweiler, *Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs des Europäischen Gemeinschaften*, pp. 309- 333; Bengoetxea, *The Legal Reasoning of the European Court of Justice- towards a European jurisprudence* (Oxford 1993), p.245.

consolidate in dottrina, in particolare nella dottrina tedesca,<sup>267</sup> descrivono la struttura e il procedimento che porta all'uso del ragionamento analogico sempre a partire dalla esistenza - evidente - di una *lacuna* nel diritto. La mia tesi è che questo rappresenti senza dubbio un presupposto, ma che concorra insieme ad ulteriori e più complessi aspetti, per cui ogni volta che entra in azione il dispositivo analogico si è in presenza di quadro di cause rilevanti nel discorso giuridico che vanno oltre la mera esistenza di una lacuna nell'ordinamento. Questo quadro è stato definito *campo analogico*. Soprattutto, dallo studio degli usi e delle modalità operative della analogia nel diritto e negli ordinamenti giuridici contemporanei, emerge quanto l'ingresso di questo strumento nella argomentazione di un caso porti sempre con sé i segni del sistema giuridico in cui lavora, con "segni" intendendosi i lati meno evidenti, le tracce di contesti precedenti e di *rationes* che vanno ben al di là della materia da decidere. In altri termini, l'analogia si rivela in quanto sonda potente che mette in chiaro, talvolta in modo indiretto, gli equilibri di un intero sistema giuridico, poiché ne comprende, di fatto, i concetti più fondativi: decisione, interpretazione, referenza, significati, intenzione e *ratio legis*. Il caso in esame è emblematico a proposito. In *Union Française de Céréales*, il primo passaggio verso il riconoscimento di un'analogia con l'articolo 6 del Regolamento N. 192/75 è stato la affermazione di una mancanza di una norma in una materia determinata. Il giudice si espresse in questi termini: "*there is an omission in regulation N. 269/73*". La ECJ analizzò i paragrafi rilevanti del Regolamento e concluse che non vi era stata, nel legislatore, la volontà di non regolare la fattispecie in questione. Confermò, più semplicemente, l'esistenza di una lacuna non prevista dal legislatore per una specifica ragione. Inoltre la Corte studiò attentamente il contenuto complessivo della disposizione normativa, obiettivo della quale pareva essere - più di ogni altro - quello di facilitare i transiti commerciali verso i nuovi Stati membri. Quest'obiettivo non sarebbe senz'altro stato realizzato se un esportatore avesse dovuto sostenere una perdita per ragioni di forza maggiore. La Corte sottolineò che il caso non era stato escluso dalle linee guida del Regolamento ma, più semplicemente, omissis. Per cui, la possibilità del caso presente è stata recuperata fra quelle temporaneamente escluse, ma non definitivamente eliminate. Peraltro, non vi erano restrizioni

---

<sup>267</sup> Katja Lagenbucher, *Argument by analogy in European Law*, The Cambridge Law Journal (1998).

costituzionali all'uso dell'analogia in quella materia, per cui la Corte procedette rilevando una vicinanza rilevante fra l'articolo 6 del Regolamento 192/75 e i fatti del caso in esame. Il giudice si espresse in questi termini: *"numerous parallels, which exist between the detailed rules for the application of exports refunds, on the one hand, and of accession compensatory amounts on the other"*. L'applicazione analogica del regolamento al caso non previsto arrivava dunque come risultato di una serie di passaggi: osservazione della portata semantica dei concetti, estendibilità di un tema a nuovi predicati, valutazione comparativa fra dimensioni disomogenee, assimilazione. Tradotto in termini di questi: *vi è un lacuna? Se esiste una lacuna, il legislatore l'ha prevista come tale oppure si tratta di una mera omissione? Vi sono in questo caso restrizioni previste dal testo costituzionale che impedirebbero l'applicazione analogica di una norma alla fattispecie in oggetto?*

Oltre a queste successive riflessioni di natura logico-argomentativa, filologica e semantica, l'ulteriore riflessione della ECJ consistette in uno studio a più ampio spettro del contenuto del testo normativo che non prevedeva il caso della forza maggiore comparato con quello che invece conteneva una specifica previsione in proposito. In definitiva, l'argomento decisivo si condensò sul piano degli obiettivi dei Regolamenti. Nel caso del regolamento che prevedeva una copertura delle spese nel caso di eventi causati da forza maggiore, la funzione della norma era quella di assicurare il mantenimento di un livello dei prezzi di esportazione simile a quello dei quelli comunitari, in modo tale da evitare una posizione competitivamente sfavorevole ai Paesi membri rispetto a quella dei Paesi terzi. Il regolamento 269/73 avrebbe dunque messo in una condizione sfavorevole gli esportatori dei Paesi già membri rispetto ai venditori non comunitari. Il livello in cui la somiglianza si è evidenziata è però esterno, almeno apparentemente, tanto ad un Regolamento tanto quanto all'altro. Il *tertium comparationis*, il vertice unificatore dei due Regolamenti era, come spesso accade per il diritto Europeo e non solo, un principio generale, in particolare noto come *"principle of Community preference"* (di cui viene accettata la seguente definizione: *"Member states will consider requests for admission to their territories for the purpose of employment only where vacancies in a Member State cannot be filled by National and Community Manpower or by non- Community manpower resident on a permanent basis in the Member state and already forming part of that Member State's regular labour market"*). Nella ricostruzione di un discorso generale è resa

possibile l'omogeneizzazione delle differenze (*homos* è d'altronde opposto a *isos*, richiamando una valutazione comparativa fra contesti non identici).

Le argomentazioni per analogia nella loro forma nota come "*principle-based*" legano, a livello europeo come negli ordinamenti di *Common law*, casi nuovi con precedenti decisioni. La Corte Europea di Giustizia, in genere, non fa esplicitamente riferimento a questa forma d'interpretazione di una norma nei termini di una "*analogy*". Tuttavia, gli esempi che seguono dimostrano che il ragionamento cui fa riferimento la Corte è, di fatto, analogico nella sua struttura più profonda.

La giurisprudenza della ECJ sull'art. 30 mostra quello che si è affermato come ragionamento per analogia "*principle-based*". Prendiamo ad esempio il caso *Gilli and Andres*,<sup>268</sup> deciso in analogia con *Cassis de Dijon*.<sup>269</sup> Il ragionamento per analogia basato sui principi richiama un valore comune contenuto in una norma. Nel caso di specie, l'art. 30 Tratt. UE stabilisce la progressiva abolizione degli ostacoli al commercio fra stati membri. In particolare, si tratta spesso di stabilire il significato dell'espressione "restrizioni quantitative o misure di effetto equivalente". Il significato del binomio "*quantitative restrictions or measures of equivalent effect*" si comprende meglio se inserito in una linea di precedenti che ne definiscono il contenuto. L'analogia, si è visto, ha spesso a che fare con la definizione del contenuto di una norma e con la gamma di referenti di un concetto. Nell'ordinamento europeo il ruolo di uno strumento come quello analogico è ancora più potente poiché lavora sul crinale di nomi e fattispecie giuridiche che si confrontano su un panorama trans-nazionale e sovra-nazionale. Partiamo dal caso *Cassis de Dijon*. La legge tedesca non permetteva la vendita di liquori della categoria "*Branntwein*", categoria nella quale rientrava il liquore francese *Cassis*, a meno che essi non avessero un contenuto alcolico pari almeno al 32 per cento. Anche se tale restrizione era applicabile tanto ai prodotti tedeschi quanto a quelli stranieri, gli importatori francesi riuscirono ad avere ragione: essa costituiva una "*measure of equivalent effect*" nella misura in cui limitava la libera circolazione di prodotti e non era, al contempo, giustificata da "*mandatory requirements*". Il caso *Gilli and Anders* presentava una trama piuttosto simile. Gli imputati importavano aceto ottenuto

---

<sup>268</sup> *Criminal Proceedings against Herbert Gilli and Paul Andres*, Case 788/79 [1980] E.C.R. 2071.

<sup>269</sup> *Rewe- Zentral AG v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, Case 120/78 [1979] E.C.R. 649.

dal sidro di mela dalla Germania all'Italia, condotta che violava l'art.2 paragrafo 6 della legge italiana n. 991 relativa alla produzione e al commercio di aceto, secondo la quale esso doveva essere ottenuto dal vino. Dove la somiglianza fra i due casi? Entrambi concernevano una misura nazionale non discriminatoria, che costituiva ostacolo al commercio interstatale, ciò che era contrario al principio promosso a livello europeo dall'articolo 30 del Trattato. Il ragionamento seguito dalla ECJ fu il seguente: nella proibizione della importazione di aceto a base di mela, non è presente nessuna caratteristica tale per cui sia suggerita o richiesta una giustificazione che è stata negata per le regole relative al contenuto alcolico dei liquori.<sup>270</sup> Nell'esempio dei due casi in questione, lo standard comune secondo cui possono essere ritenute situazioni simili è l'obiettivo dell'articolo 30 Trattato UE, ovvero la progressiva abolizione degli ostacoli al commercio interstatale.

Anche questo esempio conferma ciò che si è già rilevato all'inizio di questa descrizione del quadro giurisprudenziale e normativo europeo: le modalità operative del campo analogico si trovano declinate in materie molto diverse, per cui si può confermare uno stato di diffusione dello strumento analogico a diversi stadi dei meccanismi argomentativi e in più materie. Il fatto che spesso ricorra la sua esplicitazione in definizione relazionale con i concetti di *ratio*, volontà, obiettivi e contenuto del testo normativo, è certamente rilevante. Lo è soprattutto se si considera che tutti questi elementi del discorso giuridico hanno un carattere comune, che è la capacità di funzionare da dimensioni comuni e inclusive delle differenze.

I due casi in esame riguardano il principio generale dell'*audiatur et altera pars*, anche noto come il principio del contraddittorio. Nel caso *Hoffmann La Roche*<sup>271</sup> la Corte stabilì che il diritto al contraddittorio costituisce un principio fondamentale dell'ordinamento europeo, che deve essere rispettato a qualunque livello del giudizio, anche nei procedimenti amministrativi. Dunque alla compagnia Hoffmann avrebbe dovuto essere fornita la possibilità di far conoscere la propria posizione e di prendere visione degli atti e dei documenti allegati dalla controparte durante il procedimento. Nel caso specifico, la Commissione aveva scoperto che la compagnia controparte nel procedimento

---

<sup>270</sup> Weatherill & Beaumont, p. 495.

<sup>271</sup> *Hoffmann La Roche & Co. AG. v. Commission of the EC*, Case 85/76, [1979] E.C.R. 461.



aveva infranto l'articolo 86 del Trattato, e aveva dunque ordinato di terminare la condotta e imponendo una sanzione. La compagnia Hoffmann, dal canto suo, aveva risposto che durante il procedimento amministrativo erano stati usati dettagli, documenti e altre prove senza che fossero stati mostrati ad essa. Nel caso *Belgium v. Commission*<sup>272</sup> il Belgio portò avanti una azione fondata sull'articolo 173 paragrafo 1 del Trattato, per vedere annullata una decisione della Commissione che aveva dichiarato che una sottoscrizione da parte di una agenzia regionale costituiva un aiuto incompatibile con l'articolo 92 del Trattato e, dunque, avrebbe dovuto essere ritirato. Il Governo belga sottolineò che la Commissione non aveva reso nota l'identità delle parti che avevano protestato contro gli aiuti erogati, né tantomeno il contenuto dei loro ricorsi. Di conseguenza, il Governo non aveva potuto preparare una difesa adeguata.

Misurate con uno standard valido in molti ordinamenti, le decisioni mostravano la carenza di contraddittorio, sebbene per ragioni differenti; in entrambi i casi si era infatti verificato un accesso solo parziale per una delle parti alle informazioni in possesso della autorità. La somiglianza rilevante fra i due casi citati era ancora una volta da ritrovarsi in un principio generale. Più esattamente, nella riconducibilità di un problema al principio. Il principio che colma gli spazi fra una norma e la norma mancante; un principio che, lo si vedrà meglio nella sezione teorica, lavora come una appendice funzionale del ragionamento analogico, e al tempo stesso lo informa e lo descrive. Lo origina, e lo comanda, descrivendolo. E il gioco, d'altro canto, si rivela reciproco: anche l'analogia lavora sulla scia del principio generale informatore, si definisce con esso ed in relazione ad esso, l'uno non è esattamente se stesso se non attinge qualcosa dall'altro, e viceversa. In fondo, il principio è il livello della massima astrazione che un ordinamento come quello giuridico conosca.<sup>273</sup> Al contempo, esso lavora in spazi e dimensioni anche fra i più reconditi, interviene, lo abbiamo visto, nelle decisioni esemplari, ma fa altrettanto nelle decisioni meno emblematiche e sotto certi aspetti più "ordinarie". Il principio è *archivio* dell'ordinamento e dei suoi casi, li contiene e al tempo stesso li descrive e li

---

<sup>272</sup> Case 234/84, [1986] E.C.R. 2263.

<sup>273</sup> Il tutto a livello comunitario è moltiplicato, poiché si tratta di un ordinamento in cui convergono diversi ordinamenti.

informa secondo un criterio relazionale. Così risalendo in una lunga, infinita, scia di rinvii.

### 3.1 Principio, genere, specie

Come si è rilevato in un passaggio precedente, la ECJ ha stabilito il principio della responsabilità degli Stati membri nei confronti dei loro cittadini per il mancato rispetto del diritto comunitario. Questo principio è stato formulato per la prima volta nel caso *Francovich*, in occasione del mancato recepimento di una direttiva da parte dell'Italia. La direttiva in questione, la 80/987, prevedeva la compensazione per i lavoratori nel caso di una insolvenza da parte del datore di lavoro. Dal momento che l'Italia aveva omesso di recepire la direttiva, il lavoratore italiano si era trovato privato della tutela a livello comunitario per una negligenza del proprio Stato di appartenenza. Peraltro, non essendo sufficientemente precisa, la direttiva non era neppure potuta essere considerata direttamente applicabile. La Corte nel caso *Francovich* ritenne che il principio di piena effettività rende necessaria la responsabilità degli Stati, posto che altrimenti gli individui non avrebbero potuto godere di diritti previsti dalla direttiva. Senza questa forma di responsabilità non vi sarebbe stata alcuna sanzione per gli Stati membri che non avessero dato attuazione a una direttiva. Questa decisione è un buon punto di partenza per proseguire in questa analisi degli usi concreti del ragionamento per analogia nel diritto europeo. In *Brasserie du Pêcheur*<sup>274</sup> un caso simile a *Francovich* fu deciso in maniera analoga, seguendo la medesima linea argomentativa. In entrambi i casi era richiesta una compensazione da parte di cittadini degli Stati membri nei confronti degli Stati stessi poiché le normative nazionali erano in contrasto con le norme del Trattato. Nel tracciare un'analogia (l'espressione ricorrente nella giurisprudenza europea e internazionale è "to draw an analogy") dal caso *Francovich* al caso *Brasserie du Pêcheur*, doveva essere rilevata anzitutto una somiglianza rilevante alla luce del valore protetto nel caso *Francovich*. La Corte in quel caso aveva costruito la propria argomentazione sulla base del principio di piena effettività. La somiglianza rilevante di questi due casi stava nel fatto

---

<sup>274</sup> *Brasserie du Pêcheur v. Germany & Regina v. Secretary of State for tran sport ex parte Factortame*, Cases 46 & 48/93, C.M.L.R. 889.

che il riconoscimento di una responsabilità dello Stato promuoveva il principio di piena effettività.

Lo studio di questo caso si complica se l'interpretazione della Corte viene analizzata in una prospettiva di restrizioni costituzionali. Anche se non sono direttamente pertinenti, in questo contesto, i riferimenti ai diritti fondamentali dei cittadini, si tratta comunque del problema della sovranità degli stati, come si può rilevare dalle osservazioni svolte dal Governo tedesco:

*“a general right to reparation for individuals could be created only by legislation and (...) for such a right to be recognised by judicial decision would be incompatible with the allocation of powers as between the Community institutions and the member States and with the institutional balance established by the Treaty”*

La Corte può legittimamente sviluppare il diritto europeo; tale potere è soggetto alle limitazioni previste dal Trattato di Lisbona, ma alla Corte Europea di Giustizia spetta senz'altro la facoltà di decifrare il contenuto di una definizione contenuta nel proprio ordinamento, e anche, se del caso, di ampliarla. Ciò che si scontra, nell'equilibrio dei poteri, con i confini della sovranità giudiziale dei singoli Stati Membri. La Corte avrebbe dunque dovuto dimostrare che l'interpretazione del contenuto della disposizione non violasse il principio costituzionale della separazione dei poteri fra istituzioni comunitarie e Stati Membri. Queste letture offrono lo spunto per una riflessione ulteriore. L'uso dell'analogia a livello europeo, ma lo stesso vale a livello nazionale, porta sempre con sé le scelte della politica del diritto e del riparto delle competenze fra processo legislativo, applicazione, decisione, interpretazione. Ciò mostra fino in fondo quanto il carattere logicamente costruito e concreto della analogia ha un lato ben più oscuro, nel quale sono depositate questioni ancora irrisolte sul crinale fra interpretazione e creazione, sulla corretta e piena definizione dei poteri.

Cerchiamo ora di tracciare alcune sintetiche conclusioni sul ruolo dell'analogia come strumento di misurazione dell'equivalenza di principi e rapporti in dimensioni eterogenee. Le decisioni in cui la Corte ha fatto un riferimento esplicito all'analogia sono, in ogni caso, piuttosto poche, il che

potrebbe indurre alla conclusione secondo cui il ragionamento per analogia non sia abbondantemente utilizzato dalla Corte Europea di Giustizia,<sup>275</sup> ciò che in realtà non è vero. Lo strumento analogico è infatti presente nella giurisprudenza della Corte, anche laddove non sia esplicitamente richiamato. Accade spesso, ad esempio, che l'analogia si trovi *presupposta* in nozioni quali quella di "non discriminazione", "non commensurabilità delle fattispecie" e di "obiettiva e giustificata diversità di trattamento".<sup>276</sup> Accade spesso che la non discriminazione sia declinata quale nucleo razionale dell'uguaglianza, concetto che come vedremo a breve è intrinsecamente connesso con l'analogia. Ciò accade pure nella giurisprudenza costituzionale, ed è in effetti concretamente riscontrabile nella giurisprudenza costituzionale italiana. In altri termini: non vi è discriminazione se la diversità delle discipline è conseguente alle differenze rilevanti dei casi raffrontati.<sup>277</sup> Al medesimo ragionamento sono riconducibili i concetti di "giustificazione obiettiva della diversità di trattamento delle fattispecie" e di "non commensurabilità". In effetti, la non commensurabilità richiama quell'aspetto della semantica analogica che è uno fra i più profondi, ovvero la proporzione, l'identità di rapporti, e dunque, in questo senso, anche la possibilità di effettuare una *misurazione in comparazione*. Il concetto di misura è uno fra i più ricorrenti nel campo analogico, che nella sua naturale tendenza a mediare, a lavorare da spazio terzo per la ricomprensione delle differenze, è costantemente identificabile con l'universo che appartiene alla radice semantica *med-*;<sup>278</sup> lo conferma un'altra sentenza in cui l'analogia si definisce in rapporto all'uguaglianza, la decisione del caso noto come *Krohn Case*, in cui la Corte ha affermato che i regolamenti comunitari sono applicabili soltanto se

---

<sup>275</sup> Per una riflessione in proposito, in particolare sulle connessioni fra uso della analogia e principio di uguaglianza a livello europeo, si veda l'articolo di Vito Velluzzi *Analogia giuridica, uguaglianza e giurisprudenza della Corte Europea di Giustizia*, in *Teoria e Critica della Regolazione Sociale, Il senso del diritto. Ricordando Sergio Cotta*, Quaderno 2009.

<sup>276</sup> Cfr. pure Corte europea di Giustizia, *The Incorporated Trustees of the National Council on Ageing/Secretary of State for Business*, 388/07, 5. 3. 2009.

<sup>277</sup> Corte europea di Giustizia, *Stato Belga/ Truck Center SA*, 282/07, 22. 12. 2008, riguardante una lamentata discriminazione per ragioni fiscali. Risponde al medesimo schema anche la discriminazione cosiddetta indiretta, ed infatti anche in quel caso si lamenta che in ragione di ciò che è effettivamente rilevante e non di ciò che appare tale la normativa differenzia illegittimamente: v. tra le molte *Corte Europea di Giustizia, Commissione/Repubblica italiana*, 224/00, 19. 3. 2002.

<sup>278</sup> Come si vedrà meglio nel capitolo IX.

l'applicazione analogica consente di evitare la violazione di un principio comunitario.<sup>279</sup>

Questa rassegna di casi e usi dell'analogia nella giurisprudenza della Corte Europea di Giustizia permette di sostenere che l'analogia sia comparsa, molto spesso, nelle decisioni, non sempre essendo esplicitata. Ma ciò può essere sostenuto solo in ragione di un esame limitato alla superficie della motivazione delle decisioni, o alla logica e all'argomentazione degli ultimi passaggi svelati dalle parole del giudice. In verità il quadro appare significativamente diverso se si guarda, più che alle parole, ai concetti - diremmo parafrasando Saussure meno alla *parole* e più alla *langue*. Il campo analogico si presenta nel diritto europeo sotto due principali forme. La prima può essere definita come argomento per analogia *rule-based*, e richiama i sistemi di tradizione continentale. La seconda forma di ragionamento per analogia in diritto europeo è quella che abbiamo definito *principle-based*, ed è più tipicamente assimilabile al metodo argomentativo di *common law*. L'obiettivo del ragionamento *rule-based* è l'estensione del campo semantico di una norma al fine di includere un caso non previsto dall'ordinamento. Si è visto come questa possibilità di allargamento semantico dei referenti di un testo normativo non sia mai privo di conseguenze. Infatti, l'uso della analogia deve essere giustificato dalla necessità di decidere, ciò che permette che non siano violati gli equilibri fra i poteri a livello comunitario. Ancora una volta, i nodi cruciali della politica del diritto incontrano l'analogia a livello delle pratiche.

Si è rilevato come la ECJ, quando procede secondo quello che abbiamo definito il ragionamento per analogia *rule based*, normalmente segue tre passaggi logici consecutivi. Primo, deve stabilire l'esistenza di una lacuna. Tale lacuna deve inoltre qualificata: il giudice, prima di procedere con i passaggi successivi, deve accertarsi che non fosse intenzione del legislatore quella di

---

<sup>279</sup> European Court of Justice, *Krohn/ BALM*, 165/84, [1985]. In un caso precedente (*Corte europea di Giustizia*, *Hansa/ Hauptzollamt Landau*, 117/76 e 16/77, 19.10.1977), la Corte, pur riconoscendo una violazione dell'eguaglianza, ha concluso, con minor intraprendenza, che "L'illegittimità della norma deriva quindi da una omissione anziché da una delle sue disposizioni. Tuttavia detta illegittimità non può venir cancellata per il solo fatto che la Corte, nell'ambito di un procedimento a norma dell'art. 177 del Trattato, dichiari l'invalidità totale o parziale della disposizione litigiosa", rimettendo il punto "alle istituzioni comunitarie competenti". Per un riferimento espresso all'analogia v. *Corte europea di Giustizia*, *Hauptzollamt Neobrandenburg/Leszek Labis e Sagnol*, 310/98 e 406/98, 23. 3. 2000, altri esempi in K. Lagenbucher, *Argument by Analogy in European Law*, *infra*.

escludere il caso che si trova a decidere dal campo di applicazione della norma di cui si discute, ma che tale caso fosse semplicemente stato omissivo.

Il secondo passaggio è il controllo sull'esistenza di eventuali limiti costituzionali all'applicazione analogica di una determinata disciplina normativa. Un problema simile per esempio riguarda il principio noto come *nulla poena sine lege*, così come pure la necessità della forma di legge per ogni violazione dei diritti umani fondamentali e, in particolare per l'ordinamento giuridico europeo, per ogni violazione dell'autonomia degli Stati Membri dell'UE. Il terzo passaggio, la base del ragionamento per analogia, è la somiglianza rilevante dei due casi. La rilevanza è ordinariamente declinata come tale quando fondata sulla medesima *ratio legis*.

La seconda modalità con cui può agire la analogia come strumento della Corte Europea di Giustizia è stato definito *principle based*. Questa modalità operativa della analogia nel diritto europeo è, al contrario della precedente, da ricondursi alla tradizione di *Common law*. Anche in questo senso, il giudice europeo dovrà accertare che l'ordinamento non avesse previsto esplicitamente una lacuna, ma che si tratti di un'omissione (possibilità esclusa, ma non eliminata). Inoltre, il caso nuovo e il precedente dovranno mostrare una somiglianza rilevante.

L'argomento *rule-based* permette di tracciare analogie con disposizioni contenute nel Trattato o con la legislazione secondaria dell'Unione Europea. L'argomento *principle based* non va confuso, come talvolta è stato fatto, con il principio dello *stare decisis*. Questa modalità funzionale della analogia non è dunque utilizzata al fine di seguire un precedente vincolante, ma in maniera del tutto differente. Si tratta di un uso della analogia finalizzato a garantire la certezza del diritto; quest'uso è sviluppato attraverso l'applicazione di principi generali a casi specifici: la dicotomia genere e specie ritorna ancora una volta grazie al campo analogico. Chiaramente questo metodo è ancora più usato nei casi in cui un principio del diritto europeo oppure una norma del Trattato dispongano un obiettivo ad ampio spettro che debba essere massimizzato.<sup>280</sup>

---

<sup>280</sup> I presupposti e le modalità d'uso dell'argomento per analogia *principle-based* differiscono leggermente dall'uso che della analogia fa tradizionalmente il discorso giuridico di *Common law*. Considerato che le decisioni precedenti della ECJ non sono vincolanti per le Corti di livello inferiore, non vi è alcuna necessità di ricorrere al noto *distinguishing* o all'*overruling* rispetto ai precedenti. Il vero fulcro di questa modalità operativa della analogia in diritto europeo è la

Se le analogie sono usate per interpretare un principio generale non scritto del diritto comunitario, la *ratio* di una linea di precedenti fornisce lo standard comparativo fra due casi, proprio come i casi sono messi in comparazione negli ordinamenti di *common law* attraverso la ricostruzione di una norma generale che li includa in un luogo intermedio per tracciare l'inferenza. Se l'analogia lavora invece con lo scopo di far rientrare un caso in una linea di altri casi decisi secondo una norma del Trattato, che cerca di realizzare un obiettivo, lo standard di comparazione è piuttosto, generalmente la *ratio legis* della norma. Uguaglianza, omogeneità, equivalenza di meccanismi apparentemente differenti sono quindi i concetti centrali per stabilire un'analisi del campo analogico in un quadro giuridico come quello europeo.

### 3.2 Equi-valenza, analogia

Il campo analogico, lo abbiamo visto nella parte introduttiva di questo lavoro, è anche il luogo in cui il sapere analogico viene a definirsi, ad esempio, come predicazione analogica del nuovo in rapporto al già noto, ma non soltanto. Il campo analogico ha un potenziale più ampio: esso permette di stabilire criteri di com-misurazione fra differenze, al fine di rendere le operazioni giuriche possibili, legittime e ragionevoli anche in contesti giuridici in cui la differenza è la regola e l'omogeneità l'eccezione. Se l'ordine (meglio: l'ordinamento) è frammentato, che dimensione ha la razionalità? Di quali espedienti si dota il diritto per rispondere all'esigenza di garantire coesione anche dove l'uniformità non è realizzabile? Per rispondere a questi interrogativi ci occupiamo di un tema apparentemente specifico, il principio di equivalenza nell'ordinamento europeo, con un intento iniziale ben definito: stabilire una continuità concettuale e semantica fra l'equi-valenza come principio cardine del discorso giuridico e il campo analogico come complesso dei referenti che partecipano dell'evoluzione dello stesso discorso.

In conclusione si tenterà una spiegazione del rapporto fra uguaglianza ed equivalenza, concetti spesso confusi, ma semanticamente distinti; entrambi

---

somiglianza rilevante fra due casi, e la centralità è da attribuire alla dinamica e non necessariamente all'esito della stessa.

riconducibili all'idea di campo analogico. *Equivalente* è ciò che ha lo stesso valore (*aequus* e *valère*), l'equivalenza ciò che una corrispondenza, un'uguaglianza di valore. Va precisato, però, che il termine latino '*aequus*' ha una semantica piuttosto complessa, che viene per lo più trascurata in favore della più diffusa tendenza a far coincidere fra "equo" e "uguale". Questi due attributi, in realtà, vanno distinti per essere compresi esattamente: il latino *equus* indica anche gli attributi 'piano', 'unito', giusto', 'convenevole', e deriva dal greco *eikòs* che significa simile, o simile al giusto e al vero, la cui radice è contenuta nel termine '*eikon*', immagine, letteralmente, un'icona che rappresenta il termine rispetto al quale una similitudine viene tracciata. Di qui l'idea corretta che sia equo ciò che ha una forma di corrispondenza con un'idea, una rappresentazione. Per questa ragione, l'equivalenza si traccia fra elementi disomogenei, perché soltanto in questo tipo di relazioni ha senso cercare un modello terzo di riferimento rispetto al quale valutare similitudini e differenze.

Ciò premesso, va rilevato che anche 'uguale' viene da *aequus*, com'è piuttosto ovvio, ma è privo a differenza dell'equivalenza della desinenza '*valère*', e ciò perché sebbene in entrambi i casi sia presente una dimensione comparativa, essa è in qualche modo lasciata implicita nell'idea di uguaglianza, mentre è esplicitata in quella di equivalenza, per la quale la misurazione di compatibilità in relazione ad un modello è anche conservata in modo più chiaro dal termine stesso. Nell'equivalenza la dimensione del come se è intrinseca e compare ancora in uno degli elementi che compongono il termine, per l'uguaglianza, bisogna fare un salto logico per compensare questa assenza. Ad ogni modo, è giusto tenere distinti i due termini poiché è opportuno stabilire soltanto a posteriori le ragioni per cui il diritto faccia uso talora di uno, talora dell'altro. Quel che invece si può già anticipare è che tanto l'uguaglianza quanto l'equivalenza sono primariamente termini, secondariamente concetti, ma soprattutto sono entrambi dispositivi che mostrano la diffusione del campo analogico su diversi livelli del discorso giuridico. Torna utile ancora una volta l'esempio dell'ordinamento giuridico europeo.



Se è vero, come ha sostenuto Giordano Bruno,<sup>281</sup> che non può esistere ordine dove non esiste differenza, allora la forte disomogeneità di principio su cui si basa il diritto europeo, e in particolare il diritto amministrativo europeo, non d'ostacolo all'obiettivo di una governamentalità efficiente. Proprio nel contesto europeo il principio di equivalenza può essere analizzato per verificare la sua tenuta come dispositivo giuridico e, al tempo stesso, come mezzo e fine teorico del diritto in un senso più ampio.<sup>282</sup>

Viene definito "principio di equivalenza" quello strumento, usato per governare le differenze, che lavora sulla coesistenza, a livello inter- e sovranazionale, di regole differenti, ma equivalenti ai fini della protezione degli interessi tutelati dal diritto europeo. L'equivalenza è dunque mezzo, fine e ragione della governamentalità in ambito europeo, ed essa può essere garantita soltanto nel rispetto di alcuni parametri di compatibilità. Il principio è stato così definito: "il principio di equivalenza governa, nel diritto amministrativo europeo, la dinamica e l'interazione fra unità e diversità e riflette la natura plurale dell'ordinamento, composto di parti diverse, ma sottoposte a un parametro unitario di coerenza e di compatibilità".<sup>283</sup>

Proprio come l'analogia può, nelle forme e nei caratteri plurali del campo analogico, manifestarsi in dimensioni differenti (esempi, modelli, tipi, precedenti, standard, fra gli altri), così il principio di equivalenza assume declinazioni diverse in contesti diversi e per materie diverse (mercato, concorrenza, occupazione, ambiente, sono solo alcune dei temi in cui è dimostrata la sua operatività).

E' bene domandarsi a quale esigenza risponda questo principio, per spiegarne non soltanto l'esistenza, ma la funzionalità e le strutture applicative. Dove non c'è un modello come quello statale, cui solitamente viene connesso l'apparato amministrativo, come si organizza il governo? Dove non c'è, in altre parole, il classico "terzo" a lavorare da referente, come può un ordinamento normativo garantire ugualmente coerenza, certezza e rispetto dell'uguaglianza e delle differenze? Nel tentativo di mettere in comunicazione unità e differenza,

---

<sup>281</sup> G. Bruno, *Le ombre delle idee* (1582): "Poiché una diversità tanto grande richiede un ordine altrettanto grande, e un ordine tanto grande richiede una diversità altrettanto grande. Nessun ordine si ritrova infatti dove non esiste alcuna diversità".

<sup>282</sup> Cfr. L. Torchia, *Il governo delle differenze. Il principio di equivalenza nell'ordinamento europeo*, Bologna, Il Mulino (2006).

<sup>283</sup> Così L. Torchia, *ibidem*, p. 20.

l'equivalenza è in questo senso assimilabile all'analogia. Quest'ultima, infatti, può essere considerata come "*Identität der Identität und Nachidentität*", come ha ritenuto Hegel;<sup>284</sup> se l'analogia è l'identità fra identità e non-identità, l'equivalenza nel diritto corrisponde all'identità fra unità e differenza, quindi in qualche maniera all'unità fra unità e non-unità.

Al di là di questa suggestiva somiglianza, analogia e principio di equivalenza condividono altri, e più rilevanti aspetti. In un ordinamento, come quello europeo, ancora in evoluzione, il discorso giuridico deve misurarsi con l'assenza del paradigma statale: l'Unione Europea è qualcosa di differente, essendo prima di tutto un ordine. Come abbiamo visto, ogni ordine nasce come composizione di parti, proprio come il linguaggio nasce come composizione di termini, concetti e referenti. L'ordine può essere, dunque, altrettanto, interpretato, spiegato e compreso, esattamente come il linguaggio. Proprio perché di ordine si tratta, e proprio perché di ordine si *tratti*, la dimensione inclusiva non deve porsi come obiettivo la trasfigurazione delle parti in un tutto, ma piuttosto la convivenza delle differenze in un'unità (che non può essere mai, letteralmente, un'uniformità). All'interno dell'ordine, e nella fattispecie dell'ordine giuridico europeo, si può ristabilire una diversa configurazione del rapporto fra le parti e il tutto all'interno del discorso giuridico: la multiformità può essere tutelata dall'equivalenza e non deve, al contrario, essere piegata in un'uniformità a discapito differenze. D'altro canto, quello europeo non nasce come ordinamento uniforme, né come sistema governato da una generale e fissa concezione di uniformità, né tantomeno da una prescrizione di uniformità. L'unità nelle differenze è possibile in uno spazio in cui i fenomeni di differenziazione non sono considerati come un rischio per il mantenimento dell'uniformità, ma piuttosto come la grammatica fondamentale su cui basare un discorso in cui la commisurazione, la comparazione e la compatibilità (tutti temi del campo analogico) assumono una rilevanza centrale.

Il principio d'equivalenza, si è detto, lavora in un certo senso come fa la mediazione: esso è tanto l'obiettivo (si tenta di garantire l'equivalenza) quanto il mezzo (si garantisce l'equivalenza per mezzo dell'equivalenza): il diritto è un sistema riflessivo, che origina le questioni e che deve trovare al proprio interno le soluzioni per le questioni che esso stesso ha originato. Prendiamo ad esempio

---

<sup>284</sup> G.W.F. Hegel, *Sämtliche Werke*, Stuttgart (1927-1939).

il fatto che il governo europeo non dispone, se non in una misura limitata, del potere di attuazione: *l'indirect rule* permette di rimettere alle amministrazioni nazionali detto potere, nella misura in cui la natura e la dimensione degli interessi siano ponderate. L'unità è garantita dall'uso di strumenti già presenti nell'amministrazione nazionale, che sono stati valutati equivalenti per il fine da raggiungere (un'amministrazione il più possibile efficiente). L'equivalenza richiama ancora una volta la struttura del pensiero analogico, rappresentando "un elemento caratteristico di un'unità che non coincide con l'uniformità e che non si articola soltanto secondo un criterio di competenza ma comporta un nuovo modo di esercizio del potere amministrativo, in una dimensione integrata e plurale".<sup>285</sup>

Allo stesso modo, il principio di equivalenza è la ragione di uno sviluppo di un sistema unitario di *enforcement* a livello amministrativo in Europa: non uniforme, ma unitario. L'unità viene, anche in questo caso, garantita dalla assunzione convenzionale di un'idea unitaria di competenza, che può essere però distribuita su più soggetti. Si ripropone la dicotomia genere-specie, che abbiamo visto essere, insieme a quella parti-tutto, uno dei luoghi naturali del campo analogico. Una generale idea di competenza, *la* competenza, viene a ricomprendere le differenze, ovvero le diverse forme di attuazione della competenza nei diversi stati membri. Nell'interazione fra dimensioni disomogenee può (e, soltanto qui, deve) costruirsi l'omogeneità - che a questo punto può essere intesa come sinonimo dell'equivalenza.

Coerentemente con l'intento di questa sezione del lavoro, che abbiamo visto essere il completamento di una descrizione qualitativa e diacronica di alcuni fra i più emblematici luoghi naturali e comuni dell'analogia nel discorso giuridico (da qui il nome "topica"), il principio di equivalenza nel diritto amministrativo europeo è utile a sottolineare ancora una volta la tesi centrale di questo lavoro. Il campo analogico è multiforme, i dispositivi per mezzo di cui opera sono spesso concetti polisemici, e solo cercando di cogliere gli aspetti più suggestivi della complessità in cui esso opera è possibile spiegarne alcune dinamiche.

Equivalenza e analogia: strumenti di collegamento fra diverse parti che sono costitutive di un ordine (o di un ordinamento, come in questo caso), e che

---

<sup>285</sup> Così L. Torchia, *ibidem*, p. 26.

divengono operativi sotto forme diverse e a livelli diversi. Come l'analogia presenta, d'altro canto, diverse declinazioni nel diritto, così pure il principio di equivalenza si trova talvolta predeterminato nei testi normativi, altre volte presunto ma non esplicitato, altre volte ancora prefigurato, come una sorta di ideale da realizzare con qualunque strumento possa rivelarsi efficace a tal proposito. Tanto il principio d'equivalenza quanto l'analogia sono *Folgenorientiert*, orientati essenzialmente al raggiungimento di un risultato: questo finisce addirittura spesso per corrispondere alla ragione fondamentale di entrambi in concetti. Lo dimostra la diversità e la ricchezza degli strumenti di cui sistemi come il diritto europeo si dotano per garantire l'equivalenza (attraverso la commisurazione dell'equivalenza, sempre in un gioco riflessivo). Il *benchmarking* è uno fra questi strumenti: meccanismo di natura mutualistica, esso consente "un confronto strutturato e permanente fra le scelte nazionali e i risultati ottenuti nella loro attuazione",<sup>286</sup> attraverso l'apertura della comunicazione fra parti e tutto (come il campo analogico). Un'ulteriore, decisiva osservazione: il processo di formazione di un diritto europeo il più possibile omogeneo, non può certo replicare un'idea d'identità nazionale, finendo per essere una mera rappresentazione su scala sovranazionale di un modello nazionale. L'obiettivo è più ampio, e più complesso, dovendo sostenere il livello di complessità di un ordinamento composto da molte parti ciascuna delle quali ha al suo interno interessi da bilanciare, equilibri da garantire. Un tale principio assume dunque, nella complessità che è il codice del diritto e dunque anche, in modo anche più marcato, degli ordinamenti sovranazionali, una dimensione sistemica: "la dimensione amministrativa del principio di equivalenza opera, sotto altro profilo, come importante fattore di legittimazione del diritto amministrativo europeo. Essa richiede, infatti, a ogni amministrazione operante nell'ordinamento europeo, la capacità di considerare tutti gli interessi rilevanti ai fini dell'azione amministrativa (...)."<sup>287</sup>

---

<sup>286</sup> Così L. Torchia, *ibidem*, p. 168.

<sup>287</sup> Così L. Torchia, *ibidem*, p. 180.

#### 4. Mancanza del terzo: frammentazione del diritto internazionale e campo analogico

Operando per trovare coerenza fra le differenze, l'analogia, così come tutti i dispositivi che ne condividono la natura, stabilisce su quali piani si possono accostare elementi disomogenei. Per quanto assodata, quest'affermazione va ripresa ancora una volta, perché l'argomento che sta per essere introdotto costituisce un nuovo paradigma di questa proprietà tipica del campo analogico.

Si è detto che, nell'ordinamento europeo, la mancanza della figura dello Stato, che generalmente funziona da terzo per la "gestione" delle differenze, è affrontata per mezzo di strumenti che permettono di valutare l'equivalenza fra istituti, in modo da preservare le differenze permettendo, al contempo, di garantire una certa unità e omogeneità; proprio la figura del terzo risulta assente nel diritto internazionale, per natura frammentato.<sup>288</sup>

Come ha giustamente notato Eligio Resta,<sup>289</sup> come trovare il terzo del mondo? In altri termini, come trovare il terzo quando costitutivamente è impossibile trovarlo? I terzi sono diventati, proprio per questa ragione, moltissimi: l'ordinamento internazionale ha disposto, nel tempo, l'istituzione di moltissimi tribunali, distinti per materia: fra gli altri, il *WTO Dispute Settlement Body*,

---

<sup>288</sup> Il fenomeno della frammentazione del diritto internazionale deriva da ragioni sostanziali e procedurali. Anzitutto, il diritto internazionale è frammentato su più livelli: su un piano tematico (diritto internazionale umanitario, diritto internazionale economico, diritto dell'ambiente, diritto penale internazionale, per citare alcune delle aree), ma anche su un piano geografico e geopolitico. Oltre a quest'prima differenziazione, un'altra peculiarità dell'ordinamento giuridico internazionale consiste nella rilevanza attribuita al diritto consuetudinario, così come ai principi del diritto internazionale (J. Pauwelyn, *Fragmentation of International Law*, in: Max Planck Encyclopedia of Public International Law, OUP "2006). Per cui, oltre al livello di complessità nella gestione di un ordine stratificato e differenziato al suo interno, si deve anche tenere conto delle diverse tipologie e dei diversi livelli della frammentazione stessa. Alla luce di queste prime, sommarie, osservazioni, si può dunque ritenere che il quadro frammentato offerto dall'ordine giuridico internazionale offra un luogo privilegiato per l'analisi del campo analogico in una dimensione dinamica. In un tale quadro, infatti, vengono ad operare tutti i referenti principali del campo, che abbiamo già visto essere la predicazione, l'argomento, il concetto e il giudizio. Le ragioni della frammentazione sono molteplici e hanno natura differente. La frammentazione, peraltro, non è un fenomeno singolare e completamente svincolato da altri; infatti, alla disomogeneità che le appartiene, segue una naturale tendenza della normativa internazionale ad essere caratterizzata da una certa contraddittorietà. L'*International Law Commission*, che si occupa della promozione e del progressivo sviluppo del diritto internazionale e della sua codificazione, ha a questo proposito osservato che "*normative conflict is endemic to international law*". Questo si verifica perché gli attori sulla scena internazionale sono molti, ovviamente: ci sono infatti, in questo contesto, tanti legislatori quanti sono i soggetti, il che rende ovviamente il tutto estremamente più intricato, ma in particolare rende la mancanza di un terzo oltremodo evidente.

<sup>289</sup> E. Resta, *Diritto Fraterno*, Roma-Bari, Laterza (2005).

*l'International Tribunal for the Former Yugoslavia, l'International Tribunal for Rwanda, l'International Criminal Court, i NAFTA Tribunals.* Per ogni situazione, per ogni conflitto (o quasi), si dispone un nuovo "terzo": quindi se è vero, da un lato, che è impossibile stabilire chi sia il terzo del mondo, dall'altro proprio per compensare a questa difficoltà nascono tanti "terzi su misura". Il medio, lo si è visto a proposito della possibilità di creare omogeneità fra le differenze, non è soltanto un organo a cui si attribuisce il potere di decidere i conflitti (tanto quelli armati, quanto quelli sulla decisione degli *hard cases* e quelli che a livello più profondo riguardano il significato dei termini giuridici). Il medio è un concetto polisemico. Esso è infatti anche lo strumento per verificare la conoscenza, come mostra l'ampiezza semantica della radice *med-*. In mancanza del terzo non si può decidere perché, ad un livello più profondo, non si può sapere: il medio offre un modello, una misura, che permettono anche di stabilire identità e differenze, coerenze e incoerenze. Quando manca il medio nel quadro frammentato dell'ordine giuridico internazionale, manca dunque una dimensione di rappresentazione che serve a gestire qualunque valutazione, cognitiva, argomentativa o decisionale.<sup>290</sup>

Si è rilevato, finora, che la gestione delle differenze necessita sempre (in questo senso Hegel, e prima ancora Aristotele, lo confermano) di una dimensione terza, d'inclusione. Spiegazione e com-prensione, come si è visto nella prima parte, sono meccanismi reciprocamente funzionali nel diritto, per cui non vi può facilmente essere spiegazione, e dunque in questo senso nemmeno coerenza, o certezza, se non esiste un modello che serve da metro per la valutazione della coerenza o della certezza. Qualche espediente, è cosa ovvia, esiste: sul piano ermeneutico, ad esempio, l'Art. 31 (3,c) della *Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati* (1969), prevede che i trattati siano interpretati tenendo conto di "*any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties*". Un'interpretazione sistemica, che tenga presente l'inclusione della norma contenuta nel trattato all'interno di un più vasto sistema (l'ordinamento giuridico internazionale) deve comprendere i principi generali, le consuetudini, e talvolta

---

<sup>290</sup> Rilevato questo quadro generale, ciò che qui preme osservare è un aspetto ben preciso - certo non si punta infatti ad un'analisi completa delle fonti del diritto internazionale, né tantomeno a costruire una critica all'attuale struttura dello stesso. Alcune rapide puntualizzazioni sull'importanza del medio sono invece fondamentali per lo sviluppo e l'arricchimento del tema di questo lavoro, così come per la tesi che rispetto ad esso si sostiene.

altri trattati. Tutti questi sono meccanismi che servono, come il principio d'equivalenza a livello europeo, a tentare di mantenere un livello di omogeneità che consenta di parlare ancora di "ordine".

Il campo analogico ha, sotto questi profili, un ruolo fondamentale. Vediamo ora in che modo esso può intervenire in questo quadro così profondamente segnato dalla non omogeneità e dalla frammentazione dei soggetti, delle fonti, dei tribunali (origini, linguaggio, decisioni: una frammentazione distribuita su più livelli). In un ordinamento come quello internazionale, che si caratterizza per una densità delle fonti normative assai inferiore rispetto agli ordinamenti giuridici statuali, l'impatto e la rilevanza dello strumento analogico sono maggiori, come dimostrato peraltro dall'attività della *International Law Commission*.

L'utilità pratica dell'analogia come strumento ermeneutico può aiutare a spiegare la frequenza con cui vi si ricorre nel diritto internazionale, ma certamente essa non è sufficiente per descriverne i modi operativi, né le ragioni su cui tali usi sono fondati. Come accade per gli ordinamenti nazionali, il ricorso all'argomento analogico (ma anche al giudizio, alla predicazione e all'uso di concetti analogici) deve essere giustificato in ogni caso, in primo luogo, dall'assimilabilità fra caso regolato e caso non regolato; in secondo luogo, dalla ravvisabilità di somiglianze fra il caso regolato e il caso non regolato; in terzo luogo dalla valutazione della rilevanza delle somiglianze e dell'irrilevanza - o almeno della minore rilevanza - delle differenze. Comparazione, compatibilità, adeguatezza e misura sono parole chiave per comprendere la traccia fondamentale e i modi operativi del campo analogico.

I casi sembrano confermare la tesi secondo cui il ricorso ai meccanismi del campo analogico nel diritto internazionale costituisca una tecnica valida per estendere norme esistenti a casi nuovi non previsti o, come anche sostiene chi afferma una natura costruttivistica dello strumento analogico, di creare nuove norme. Moltissime decisioni delle Corti e dei Tribunali internazionali mostrano con evidenza che le disposizioni di diritto internazionale sono state applicate per analogia. Fra le altre, *l'Affaire des boutres de Mascate (The Muscat Dhows)*, *l'Affaire de l'indemnité russe*, il *SS "Wimbledon" Case*, il caso noto come *German Settlers in Poland* (caso relativo alle minoranze tedesche in Polonia), l'arbitrato noto con il nome di *Trail Smelter decision of an American-Canadian arbitration Court*, il noto caso delle *Military and Paramilitary Activities in and against*

*Nicaragua Case (Cameron vs. Nigeria)* e il *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria Case*. Inoltre un argomento per analogia fu utilizzato nell'*International Status of West Africa-South West Africa/Namibia (Advisory opinions and Judgments)* dalla Corte Internazionale di Giustizia. Esempi del frequente ricorso all'argomento per analogia si ritrovano anche nelle decisioni del WTO, come per esempio nel caso *US-Lead and Bismuth I* del 1994.<sup>291</sup>

Coloro che argomentano contro la validità di un'applicazione delle norme di diritto internazionale interpretano le decisioni menzionate in precedenza come semplici esempi in cui la portata di una regola di diritto consuetudinario è costruita a partire dalle norme dei trattati internazionali. Per questo, sostengono che le corti abbiano applicato una norma di diritto internazionale consuetudinario<sup>292</sup> per decidere quei casi, e non abbiano invece tracciato una analogia per la applicazione di norme esistenti. Questa critica è particolarmente rilevante, perché dimostra ancora una volta che quando interviene il campo analogico non è facile distinguere se sia prevalente il particolare o il generale. Infatti, il campo analogico comprende nella sua struttura tanto uno quanto l'altro elemento. E' improprio, se non persino inesatto, tentare di stabilire la prevalenza del particolare sul generale o

---

<sup>291</sup> Nel caso *Nicaragua Vs. United States*, in particolare, la Corte Internazionale di Giustizia (da qui in avanti denominata anche "ICJ") fece esplicitamente riferimento all'analogia come metodo del ragionamento giuridico implicante la possibilità di utilizzare immediatamente una norma prevista per un caso simile, ma non identico. L'articolo 36 dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia prevede infatti che gli Stati aderenti possano in ogni momento dichiarare di riconoscere una specifica norma come obbligatoria *ipso facto* - senza alcuna speciale convenzione - nei rapporti con qualsiasi altro Stato che accetti il medesimo obbligo. Questa norma è quella che prevede la giurisdizione della Corte su tutte le controversie giuridiche concernenti: l'interpretazione dei trattati, l'esistenza di qualsiasi fatto che, se accertato, costituirebbe la violazione di un obbligo internazionale, e altre questioni rilevanti per il diritto internazionale. L'ICJ in questo caso concluse che gli Stati Uniti non potessero ripudiare la propria dichiarazione in base all'articolo 36 dello Statuto con effetto immediato. Il percorso argomentativo fu costruito sul principio di *buona fede*, che portava "*by analogy*" - e questa connessione è interessante - all'applicazione del diritto dei Trattati. La connessione qui è particolarmente rilevante, poiché a partire al principio di buona fede viene giustificata l'inferenza per analogia. Ciò dimostra che l'analogia e i principi generali lavorano spesso su piani interconnessi, d'altronde l'analogia è intrinsecamente legata alla generalizzazione, poiché una delle sue principali funzioni è garantire congruenza e coerenza dove regnano le differenze (strutturali e funzionali). E' interessante il passaggio logico fra la buona fede e la conseguente analogia e viceversa: "*It derived such a result from the principle of good faith, which leads "by analogy" to the application of the law of the treaties, where the termination of a treaty requires a reasonable period of notice if the treaty in question does not contain a provision dealing with its duration*".

<sup>292</sup> A tal proposito si rimanda a un approfondimento successivo relativo alla funzione pratica del diritto consuetudinario, spesso relazionale al meccanismo analogico, *customary International law*.



viceversa. La ragione del campo sta proprio nell'interazione fra diverse dimensioni, come sta peraltro a dimostrare il fatto che uno degli elementi fondativi del campo, il giudizio analogico (corrispondente al kantiano giudizio "riflettente") è proprio quello che mette in comunicazione il particolare con il generale senza sacrificare nessuno dei due aspetti.<sup>293</sup>

A conferma di ciò, si richiama brevemente la distinzione fra determinante e riflettente in Kant, proprio per sottolineare che è errato sostenere che se è utilizzata l'analogia, è forse più corretto dire che si è ragionato secondo un principio generale. Ogni volta che si fa uso dell'analogia vi è un rimando al generale (si pensi anche al fatto che l'analogia mette in comunicazione non solo parti e tutto, ma anche genere e specie). Se nel giudizio determinante sono dati sia il particolare che l'universale (l'universale è già posseduto dall'intelletto, che lo applica alle intuizioni), il giudizio riflettente (introdotto nella terza critica) è quello in cui è dato solo il particolare, e l'universale è da ricercare. Ciò che rileva è che nel giudizio riflettente si arriva all'universale a partire dal particolare, che è ciò che quasi sempre accade nel discorso giuridico.

Le decisioni delle corti devono essere considerate prove della validità del ragionamento analogico nel diritto internazionale, per questo, si può- e si deve- tracciare una linea di demarcazione fra il "*reasoning by analogy*" e la "*evidence*" di una norma di diritto consuetudinario, anche se vi sono molti casi dubbi in cui risulta difficile stabilire un discrimine.<sup>294</sup>

---

<sup>293</sup> Ecco di seguito un altro caso interessante. La *Permanent Court of International Justice* nel caso *SS "Wimbledon"* ha applicato le regole del trattato sul diritto di passaggio riguardanti il Canale di Panama (Panama Canal) e il Canale di Suez (Suez Canal) al Canale di Kiel, il quale fu internazionalizzato dal Trattato di Pace di Versailles (1919). Il genere è lo stesso (si tratta in tutti i casi di un canale), ma la specie è differente, poiché varia il canale (e non il fatto che si tratti di un canale). Le caratteristiche del genere restano invariate, e su questo può fondarsi l'inferenza. Variano invece alcuni caratteri della specie (nome, localizzazione). Ma dato che la *ratio* è di regolare il diritto di passaggio attraverso un canale (e non questo o quello), allora è possibile ragionare per analogia. Meglio: allora diventa operativo il campo analogico, perché il concetto di canale può essere applicato analogicamente a più cose, perché il caso specifico può essere ricondotto ad una regola general sui canali attraverso un giudizio analogico. Spesso, infatti, gli elementi del campo sono coesistenti in una decisione (in questo caso si è chiaramente fatto ricorso anche all'argomento analogico).

<sup>294</sup> Per quanto riguarda il diritto dell'Unione Europea è prassi consolidata della Corte Europea di Giustizia che le omissioni nella legislazione comunitaria possano essere risolte nei singoli casi mediante l'applicazione analogica del diritto dell'UE, qualora ciò si renda necessario in osservanza di un *principio generale* del diritto comunitario [*John Friedrich Krohn vs. Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung*, noto anche come *Krohn case*, paragrafi 13-14; *Krigs GmbH vs. Oberfinanzdirektion number paragrafi 35- 38*]. Il fatto che nell'ordinamento giuridico europeo la applicazione analogica di una norma sia spesso legata al rispetto di un principio generale è

Fra gli studiosi di diritto internazionale, è prassi consolidata fare ricorso al campo analogico in diverse materie.<sup>295</sup> Queste includono, per esempio, l'applicazione delle regole relative alla condotta degli Stati rispetto alle organizzazioni internazionali, l'applicazione delle regole di "land warfare" (guerra combattuta a terra) ai casi di controversie relative a "air warfare" (guerra combattuta in aria); inoltre, il ragionamento analogico è stato anche utilizzato in riferimento a norme sulla applicabilità di alcuni trattati di pace durante la guerra ad altri trattati di pace.<sup>296</sup>

Inoltre, le norme di diritto internazionale hanno un obiettivo e uno scopo che le differenziano profondamente dalle norme di diritto interno; la *ratio* fondativa di alcune di esse è la soluzione di conflitti fra interessi contrastanti; in altri casi la *ratio* potrebbe essere la promozione di un certo bene o di un certo interesse (protezione dell'ambiente, promozione della pace, si rimanda ad una digressione dedicata al tema del *Community Interest* approcciato teoricamente). Ciò mostra come, così come avviene nei sistemi nazionali, anche

---

molto significativo. Ciò è tipico, senz'altro, di un ordinamento in cui le fonti normative non sono complete come nel caso degli ordinamenti nazionali. Le decisioni cui la ECJ usa il metodo analogico nella gran parte dei casi hanno a che fare con la applicazione della legislazione secondaria. Come per esempio per il caso seguente. La questione riguarda l'interrogativo se un regolamento si possa applicare per analogia. Nel *Krohn case*, ad esempio, la Corte Europea di Giustizia giunse alla conclusione che i commercianti potevano contare su un regolamento comunitario che normalmente non sarebbe stato applicabile al loro caso, dal momento che, primo, il loro caso era molto simile ad uno che invece veniva previsto dal regolamento, e, secondo, sarebbe stato contrario al principio del *equal treatment* se le norme del regolamento non si fossero applicate anche alla loro fattispecie. La Corte fece dunque esplicito riferimento al metodo della "application by analogy", dopo aver sostenuto che un regolamento può essere esteso solo in casi eccezionali a situazioni altre rispetto a quelle per le quali esso era stato previsto. In altri casi la ha invece tracciato analogie senza nominare esplicitamente il metodo della applicazione analogica (caso che si potrebbe definire con una espressione curiosa di "analogia presupposta" - tra l'altro assai frequente nella giurisprudenza della Corte Europea di Giustizia), come per esempio è avvenuto in *Dirección General de la defensa della competencia vs. Asociación española de Banca Privada and Others*, paragrafi 50-55.

<sup>295</sup> Vista la diffusione, nel diritto internazionale, dei dispositivi che fanno parte del campo analogico, ci si potrebbe domandare: la analogia può essere considerata un principio generale del diritto internazionale? Alcuni studiosi (fra cui Simma e Verdross) sembrano credere il contrario, e giustificano la loro posizione sostenendo che vi sia una presunzione nel diritto internazionale per cui gli Stati possono agire come preferiscono, nel caso in cui si trovino di fronte ad una fattispecie non prevista. Questa posizione della generale "freedom of action" è stata sostenuta in riferimento, ad esempio, alla decisione della PCIJ nota come il caso *SS "Lotus"*, dove è stato deciso che le "restrizioni relative alla indipendenza degli Stati non possono essere [...] presunte". Sul fatto che l'uso dell'analogia sia conseguenza della libertà dei singoli soggetti, o che sia invece indice della presenza di un principio generale d'analogia che sta alla base dell'ordinamento giuridico internazionale, si dovrebbe discutere (ma non è questa la sede per farlo, rilevando qui piuttosto il fatto che il campo sia così diffuso in un ordinamento frammentato).

<sup>296</sup> A tal proposito si rimanda all'approfondimento di questo tema fatto da Siljia Vöneky, *Die Fortgeltung des Umweltvölkerrechts in internationalen bewaffneten Konflikten*, Springer (2001).

nell'ordinamento internazionale non vi sia un solo criterio che stabilisca la rilevanza delle somiglianze. Dal momento che le regole di diritto internazionale hanno scopi così differenti si deve innanzitutto estrarre l'obiettivo e lo scopo preciso di ciascuna norma in questione. Questo primo passaggio aiuta a identificare la base che indica quali fra le somiglianze possibili siano rilevanti e quali differenze siano irrilevanti.<sup>297</sup>

#### 4.1 *Homoiosis* e rappresentazione: l'ana-logica

Parlare delle forme della proporzione che si originano e lavorano all'interno del campo analogico nel discorso giuridico richiede uno sguardo attento agli usi ermeneutici dell'analogia. D'altronde, il quadro delle pratiche finora descritto

---

<sup>297</sup> A questo proposito è utile aggiungere qualche osservazione, sebbene sommaria, sulla natura dei limiti che il ragionamento per analogia incontra nell'ordinamento giuridico internazionale. In alcuni casi vengono sostenute speciali limitazioni per la applicazione analogica delle norme dei trattati di diritto internazionale e del diritto consuetudinario. Esistono limitazioni se l'applicazione analogica è contraria allo *ius cogens* o ad altre regole dell'ordinamento internazionale, come, ad esempio, nel campo del diritto penale internazionale la regola *nulla poena, nullum crimen sine lege*. Le limitazioni vanno quindi nel senso della tutela di una coerenza e coesione interna del sistema. È stato talora sostenuto che l'applicazione analogica di una norma non sia possibile nell'ambito del diritto internazionale se il risultato dell'applicazione non dovesse corrispondere con le reali intenzioni delle parti, dove il consenso deve essere trovato attraverso un percorso interpretativo del trattato in questione. Primato della interpretazione e primato della volontà dei firmatari sono rispettivamente messi in luce come elementi determinanti nella scelta dell'utilizzo dello strumento analogico e delle modalità con cui esso è utilizzato. In ogni caso, sembra che il risultato del ragionamento analogico debba necessariamente corrispondere con le ragionevoli intenzioni o con il ragionevole consenso delle parti. Il che invita a una riflessione ed una digressione teoriche sulla metodologia nel diritto internazionale legata alla dimensione ermeneutica ad essa collegata. Vi sono studiosi del diritto internazionale che sostengono che non sia possibile applicare analogicamente le norme di diritto consuetudinario, poiché una tale analogia non sarebbe coperta dal consenso degli Stati. Questa opinione si basa sulla presunzione che, rispetto al diritto internazionale consuetudinario, la volontà dei singoli soggetti sia determinante. In ogni caso esistono alcuni limiti alla fruibilità del ragionamento analogico nel diritto internazionale a causa delle norme fondamentali (*substantive rules*) che fanno parte dell'ordinamento giuridico internazionale. In primo luogo, se l'applicazione analogica delle regole di diritto internazionale può avere effetti contrari alle regole dello *ius cogens*, l'analogia non deve essere tracciata. Lo stesso vale nel caso in cui l'argomento per analogia sia proibito da qualche regola specifica di diritto internazionale. Una limitazione così specifica al ricorso al campo analogico si basa sul principio *nulla poena sine lege*. Queste regole sono parte del diritto consuetudinario e lo *ius cogens* le ha incorporate nel diritto di guerra (art. 87 e 99 della Convenzione di Ginevra relativa al trattamento dei prigionieri di guerra del 1949), nei trattati sui diritti umani in quanto non derogabili neanche in caso di guerra o di emergenza (artt. 6 e 15 della *International Convention on Civil and Political Rights*, 1966; art. 7 *European Convention for the Protection of Human rights and Fundamental Freedoms*, 1950; art. 9 *American Convention on Human Rights*, 1969; art. 7 *African Charter on Human and People's Rights*, 1981; come principi generali di diritto penale, artt. 22 e 23 dello *Statuto di Roma della International Court (ICC)*- l'articolo 22 dello Statuto recita espressamente: "the definition of a crime shall be strictly construed and shall not be extended by analogy").

dimostra chiaramente che quando si parla di analogia si parla di ermeneutica (ma non soltanto), e il riferimento frequente all'idea di *discorso* giuridico è utile, fra le altre cose, anche a ricostruire questo spazio pluridimensionale in cui i concetti, le relazioni fra essi, i giudizi, i meccanismi di ragionamento e le forme di predicazione interagiscono.

Per aprire il campo analogico alla dimensione ermeneutica una volta per tutte è necessaria una premessa: l'aspetto interpretativo e quello della conoscenza sono strettamente collegati. Come si vedrà anche nel prossimo capitolo, il discorso giuridico, interagendo con la dimensione interpretativa, coinvolge di fatto anche molti dei problemi che riguardano la conoscenza degli oggetti. Ogni forma di interpretazione è intrinsecamente legata alla conoscenza, e viceversa: „(...) naturalmente, anche il problema della conoscenza presenta un aspetto interpretativo. La conoscenza è ciò in cui si condensa (fissandosi in „ontologia“) una speciale interpretazione dell'esperienza“.<sup>298</sup>

Questo lavoro sui casi mostra che per interpretare bisogna sempre risalire alle origine dei processi cognitivi: soltanto in questo modo si può stabilire l'ampiezza semantica di un concetto, svelando quali e quanti possibili referenti esso ha (o ha avuto). Delimitando il tema del campo analogico, per il momento, ai problemi che hanno natura gnoseologica, si rileva che a ogni diverso modo di interpretare la realtà, quando il processo è condotto in maniera coerente, omogenea e uniforme, corrisponde una differente modalità della conoscenza. Il sapere analogico è intrinsecamente ed essenzialmente connesso ad ogni dimensione ermeneutica, la quale a sua volta non va pensata indipendentemente dalla rilevanza gnoseologica dell'analogia: questa è anzitutto la ragione per cui lo studio del campo analogico finisce per avere come approdo, molto spesso in questo lavoro, il concetto di sapere analogico. Perché attraverso la costruzione di proporzioni - e, come vedremo nel prossimo capitolo, di simmetrie, il campo analogico mette in connessione diversi piani del discorso giuridico, mostrando come l'interpretazione non è mai interamente sconnessa dalla conoscenza del nuovo. In questo potenziale polisemico e multiforme si realizza il *campo* analogico, e soltanto nella polisemia e nella multiformità lo si può cogliere.

In che modo sono connesse interpretazione e conoscenza attraverso il campo analogico, per realizzare il sapere analogico? Entrambe hanno un rapporto

---

<sup>298</sup> Melandri (1968), p. 549.

rilevante con la simpatia e la simmetria, attraverso questi „meccanismi“ infatti stabiliscono relazionalità fra gli elementi che compongono la realtà giuridica. Dove non vi può essere una generale e comprensiva *melodia*, perché le differenze sono maggiori delle identità, allora l'ordine deve essere trovato nell'*armonia* (e non più, appunto, nella melodia). Se la melodia esprime una cadenza regolare e omogenea, da un lato, l'armonia dall'altro indica la connessione, la proporzione, il collegamento, l'accordo dove la regolarità di fondo invece manca. La melodia è, inoltre, un concetto assoluto, per cui o c'è o non c'è. L'armonia, al contrario, può svilupparsi a diversi livelli, a richiama quell'idea cartesiana della conoscenza intesa come *homoiosis, adaequatio* fra dimensioni apparentemente incompatibili. Simmetria e armonia sono dunque le premesse per stabilire la compatibilità e l'adeguatezza dove l'uniformità è impossibile, ma si vuole tentare di realizzare almen o l'unità nelle differenze.

Nella mentalità primitiva (e anche biblica) conoscere significa prima di tutto possedere, assimilare, fare proprio. In questo senso, interpretare un elemento del discorso giuridico significa anche incorporarlo, o comprendere i meccanismi attraverso cui esso è stato giuridificato. Ancora una volta, conoscere e interpretare mostrano una familiarità molto forte con la rappresentazione. L'*homoiosis* si trova dove le differenze possono essere confrontate in uno spazio terzo di rappresentazione; dove manca la dimensione rappresentativa, perciò, viene anche a mancare la possibilità di interpretare o di conoscere un concetto, sia esso giuridico oppure no. Interpretare, dunque, per trovare il terzo che manca: soltanto un meccanismo rappresentativo può, ancora una volta, supplire all'assenza del terzo nell'ordine giuridico (abbiamo visto come ciò accada nel diritto internazionale in modo quasi sistematico).

Lucien Lévy-Bruhl, studiando il ruolo della rappresentazione per le società primitive, ha osservato che nelle rappresentazioni collettive nella mentalità primitiva, gli oggetti, gli esseri, e i fenomeni possono essere, allo stesso tempo, se stessi e una qualcosa di diverso da se stessi. Attraverso la rappresentazione, infatti, tutti questi elementi ricevono qualità, capacità e collocazioni, che li rendono se stessi ma anche qualcos'altro. Il contrasto fra uno e molti, fra parti e tutto, fra il simile e il differente, si gioca tutto in questa dimensione eidetica, in cui

sono possibili le valutazioni, le misurazioni, dove è dunque possibile la conoscenza e anche l'interpretazione.<sup>299</sup>

Interpretare un concetto giuridico significa risalire dalla gnoseologia all'ermeneutica: questo è anche un viaggio a ritroso che riporta ai rimossi del linguaggio (ciò che nel diritto accade quotidianamente, come hanno dimostrato i casi analizzati all'inizio di questo capitolo). Quali significati sono compresi nel campo semantico di un determinato concetto? Per quale ragione essi sono stati eliminati, o rimossi? Seguire un tracciato mostrato dal campo analogico vuol dire quindi anche ricostruire i significati esclusi, ma non eliminati.

Come l'interpretazione, così anche ogni forma di *gnosis* ha origine da un rapporto affettivo (*philia*): questo a sua volta presuppone la somiglianza o la l'assimilabilità reciproca di due o più termini del discorso. Dove non c'è un terzo, deve cercarsi una forma qualsiasi di armonia, è qui che interviene la proporzione: non solo quindi come premessa (spesso si fanno confluire analogia e proporzione nello stesso concetto), ma anche come mezzo e come fine del campo analogico. Il terzo deve consistere per forza in una rappresentazione, poiché soltanto in essa può realizzarsi la partecipazione dei membri di un ordine all'ordine stesso.

Perché vi sia conoscenza, si deve stabilire una qualche assimilazione con un concetto noto, è infatti molto più agevole ricostruire e definire un concetto avvicinandolo simmetricamente ad un discorso già noto e già acquisito: „la teoria dell'assimilazione reciproca - *adaequatio rei et intellectus*, nel duplice senso di *adaequatio intellectus ad rem* e di *adaequatio rei ad intellectum*, quest'ultimo possibilmente *divinum* - non cambia molto col tempo. Come le api suggono il nettare volando di fiore in fiore, così fa l'intelletto con le essenze“.<sup>300</sup>

La rappresentazione, che abbiamo visto essere naturalmente connessa con l'*homoiosis*, è dunque un elemento fondativo del campo analogico, essendo centrale tanto per la comprensione del concetto, quanto per la predicazione analogica, quanto per il ragionamento e soprattutto per il giudizio analogico. Il giudizio è infatti sintesi per eccellenza degli opposti, per cui in esso più ancora che negli altri elementi del campo si ritrova la dimensione rappresentativa, che è il luogo in cui gli elementi del giudizio possono essere valutati per le loro differenze o similitudini.

---

<sup>299</sup> L. Lévy-Bruhl, *Les fonctions mentales dans les sociétés inférieures*, Parigi (1928).

<sup>300</sup> Melandri (1968), p. 553.

Nella ricerca dell'armonia si inserisce la rappresentazione: abbiamo visto, il problema è stabilire come gestire i contesti in cui manca il terzo. La ricomprensione, soprattutto dove il terzo manca in concreto (qual è, infatti, il terzo del mondo?) può essere tentata prima di tutto per mezzo della rappresentazione. Cosa si deve intendere per „rappresentazione“? Melandri ha detto che „la rappresentazione non è un calco o una fotografia della realtà; ma è una proiezione riduttiva di questa, o, meglio, una *Abbildung*: dove il significato che per noi assume il *Bild* e le leggi che ne giustificano la *Bildung* sono indipendenti dalla natura dell'*Abgebildete*. In altri termini, la rappresentazione è una metafora o un tropo di nuovo genere; nel senso di Blumenberg, è una „metafora assoluta“.<sup>301</sup> L'idea di rappresentazione è spiegata anche dalla geometria cartesiana, ma non soltanto: già per Aristotele spazio fisico e spazio geometrico sono concetti differenti, ma sovrapponibili in base a qualche principio di corrispondenza. Per mezzo della rappresentazione si può traslare un concetto da una dimensione in cui lo si conosce concretamente ad un'altra in cui lo si raffigura secondo i caratteri che in esso sono dominanti (selezionati attraverso diversi criteri di rilevanza). Realtà e rappresentazione sono dimensioni che nel diritto devono naturalmente essere somiglianti, fra le quali deve esserci una forma di familiarità, ma naturalmente non saranno mai identiche. La sovrapponibilità è infatti la conseguenza della corrispondenza, che però è un concetto diverso dall'identità.

Ed è proprio sull'idea di corrispondenza che si può tracciare la più rilevante connessione fra proporzione e metafora. Dire che „la fanciulla è un giunco“ significa dire che la fanciulla e il giunco condividono alcuni aspetti rilevanti - entrambi sono molto flessibili, esili, slanciati - e, tracciando la somiglianza fra questi due elementi in una dimensione terza in cui è possibile stabilire l'*homoiosis* proprio grazie alla rappresentazione, l'analogia (nella forma, in questo caso, di una metafora) può essere tracciata.

Grazie ad un principio di corrispondenza (che altro non è che un precipitato del campo analogico a livello teoretico), si possono rappresentare le figure, i movimenti della realtà attraverso criteri geometrici convenzionali (con l'uso delle coordinate cartesiane). Questa operazione è possibile però soltanto ricorrendo all'adozione di un criterio metodico di „ordine“ e „misura“. Il che conferma ciò che è stato detto a proposito della stretta connessione fra terzo, medio,

---

<sup>301</sup> Melandri (1968), p. 556.

raffigurazione, e misura: questi concetti vanno compresi insieme, non l'uno senza gli altri. E' possibile mediare perché è possibile conoscere e governare una situazione: tutti hanno infatti in comune l'elemento della misura, dell'adeguatezza. Tutti, inoltre, hanno in comune una finalità, che è mantenere un ordine dove vi sono differenze (tanto nella dimensione cognitiva, quanto per la governamentalità, quanto nel linguaggio, in cui si tracciano connessioni fra le parti di un discorso).

#### **4.2 Fra *adjudication* e *codification*, o fra giudizio e predicazione**

Il campo analogico lavora dunque per creare omogeneità, e lo fa anzitutto per mezzo della rappresentazione. Soltanto accettando questa premessa è possibile comprendere la ragione per cui si tratterà ora un parallelo fra due dinamiche tipiche del discorso giuridico, la decisione e la codificazione, e due meccanismi del campo analogico, il giudizio e la predicazione. Fra decisione e giudizio, la familiarità è scontata; la codificazione è sempre, d'altro canto, una dinamica che include anche la definizione, la descrizione, e in questo senso l'accostamento di predicati ad oggetti (quel che fa anche la predicazione). In più, la codificazione ha un carattere ulteriore: attraverso questo meccanismo, non solo si può predicare qualcosa di qualcos'altro, ma si include un elemento nel discorso giuridico. Dunque, la codificazione è una predicazione con un potenziale più ampio, comprendendo anche la giuridificazione.

Per questo carattere, ogni processo di codificazione ha evidentemente delle conseguenze anche sulla dimensione del giudizio, poiché si giuridifica proprio avendo a mente la possibilità che vi possano essere conflitti da mediare. Ciò detto, prima di passare all'analisi di un ultimo, rilevante aspetto dell'ordinamento giuridico internazionale, soffermiamoci per un momento sul fatto che tanto la cosiddetta *adjudication* (che noi abbiamo qui tradotto con decisione, mettendola in parallelo con il giudizio - e con quello analogico in particolare), quanto la *codification* sono processi che coinvolgono tanto la prassi quanto la teoria. In questo senso, essi sono elementi che si inseriscono ed agiscono nel campo analogico in maniera coerente, posto che sia ormai dato per assodato che nel campo analogico ogni meccanismo lavora proprio sullo spazio di comunicazione fra prassi e teoria. Come giustamente ha osservato Melandri,



“da ‘quel che conta è la prassi, non la teoria’ consegue forse che ‘la prassi deve fare a meno della teoria’? No di certo. La fallacia del praticismo consiste nella pretesa di vole teorizzare un atteggiamento che resta valido solo finché non se ne faccia una regola di comportamento. Anche la teorizzazione è una prassi, e non si può decidere a priori se sia più utile farne uso o no”.<sup>302</sup>

Sempre adottando come prospettiva il diritto internazionale, l’attenzione si focalizza in questa sezione su una questione ben precisa, che riguarda il ruolo del pensiero analogico nel lavoro della *International Law Commission* (da qui in avanti anche “ILC”). Il ruolo di questa Commissione per il diritto internazionale è centrale, ma altrettanto fondamentale è il suo campo di operatività per il discorso sul campo analogico nel diritto internazionale che è stato finora sviluppato in questa sezione. La ILC ha, come si è anticipato in un passaggio precedente, due principali obiettivi: “*the promotion of the progressive development of international law and its codification*”. L’art. 15 dello Statuto ICL definisce il progressivo sviluppo del diritto internazionale come “*the preparation of draft conventions on subjects which have not yet been regulated by international law or in regard to which the law has not yet been sufficiently developed in the practice of States*”. La codificazione viene invece definita “*the more precise formulation and systematization of rules of international law in fields where there already has been extensive State practice, precedent and doctrine*”. Definire il nuovo (preparazione dei draft per le convenzioni su materie ancora non regolate) e fissare e sistematizzare i concetti già elaborati dalla dottrina, dai precedenti, e dalle pratiche, questi i due obiettivi principali della Commissione. Un tale lavoro, vista la frammentazione del diritto internazionale, deve essere svolto in una dimensione inclusiva tanto dell’attenzione per il momento decisionale, quanto per quello di produzione di fonti dell’ordinamento, in un contesto in cui i soggetti che possono “fare” e “dire” il diritto sono moltissimi e spesso estremamente differenti e disomogenei. Nel quadro del diritto internazionale, la quantità di fonti è comunque inferiore rispetto a quella degli ordinamenti interni. Ci sono meno riferimenti, e quelli che ci sono non sono omogenei. Qui la funzione del campo analogico diventa massima. Il lavoro della ILC mette infatti in rilievo una questione teoreticamente strutturale del campo analogico: l’interazione fra concetto, argomento, predicazione e giudizio si manifesta nella

---

<sup>302</sup> Melandri (1968), p. 558.

differenza fra *adjudication* (processo decisionale) e *codification* (processo di codificazione). Fra decisione e codificazione si inserisce anche l'aspetto autoritativo: dalle pratiche messe in atto dalla *International Law Commission*, infatti, emerge tutto il ruolo della analogia nel processo di rafforzamento (o anche di indebolimento) della autorità delle codificazioni che non hanno una natura non-legislativa, che sono tipiche dell'ordinamento internazionale. In effetti, nel diritto internazionale esiste tutta una parte delle fonti che è definita "*non-legislative codification*": si discute sul ruolo che l'analogia possa giocare rispetto a questo genere di fonti - le rende più efficaci o al contrario le indebolisce? Questo interrogativo è rilevante poiché tocca una questione centrale della teoria del campo analogico, la relazione fra analogia e giustificazione - che vista in una prospettiva più ampia è connessa pure con il rapporto fra giudizio e argomento analogico. La questione riguarda, da un punto di vista più astratto, il problema seguente: come si viene a costituire l'autorità di una fonte normativa non formata da un organo preposto esattamente alla formazione della stessa? Questo interrogativo, a sua volta, implica un metodo che ponga il *focus* sulla possibile coesistenza di diverse forme di normatività (potremmo definirla di "*normatività comparata*").

Ponendo la questione in altri termini, ci si chiede se vi possano essere fonti extra-legislative, che abbiano lo stesso valore delle fonti codificate, nell'ordinamento giuridico internazionale. Si consideri a proposito che talora nella storia della cultura giuridica si è assistito a processi di codificazione (come il *Corpus Iuris Civilis*) in cui sono state raccolte fonti di natura anche molto differente, come la consuetudine, e che sono state incorporate (da qui "*corpus*") in un testo che ha sviluppato una propria autorità nonostante la sua natura originale estranea a un processo legislativo "classico".

La ragione dell'emersione ed affermazione nel diritto internazionale delle codificazioni "*non-legislative*" va ricercata in diversi fattori: anzitutto, il modo in cui si forma il diritto consuetudinario e la capacità che esso ha di funzionare da norma; è stato fondamentale, a questo proposito, il ruolo giocato dalle organizzazioni internazionali, che ha ovviamente reso il quadro della produzione più complesso. Questi organismi non hanno una capacità legislativa, ma hanno comunque rilevanza, per cui il punto diventa garantire che anche la produzione normativa o quasi-normativa di questi soggetti di

diritto internazionale venga compresa nel *corpus* dell'ordinamento, e come integrarla con le fonti ordinarie?

Questo quadro ha creato ovviamente un alto livello d'incertezza: un diritto parzialmente formato anche dalla consuetudine soffre, è stato osservato, di una "*endemic uncertainty*". Oltretutto, il livello di incertezza e di confusione fra dimensione definitoria-predicativa e dimensione decisionale aumenta a causa del fatto che la ILC si occupa anche di armonizzare lo sviluppo del diritto internazionale (e di tutti questi tipi di fonti normative anche "parallele") con i processi di codificazione. La distinzione fra questi due processi è difficile, e il livello di confusione fra i due meccanismi è molto alto.

E' in questo quadro di assoluta frammentazione e disomogeneità che viene ad inserirsi la capacità sistematica e strutturale del campo analogico. Si noti bene: quella sistematica e strutturale viene in un tale contesto anche prima di quella funzionale. L'analogia gioca qui, più ancora che nel diritto interno, un ruolo fondamentale; vediamo ancora brevemente per quali ragioni, prima di passare ad analizzare un altro tema. Quando ha dovuto portare avanti progetti sui trattati e sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali, la ILC non aveva a disposizione del materiale di riferimento, perché la tipologia di soggetti con cui trattava era relativamente nuova. Si è dovuto dunque trovare un espediente. La Commissione lo ha trovato nel ricorso al lavoro e al materiale normativo che già faceva parte dell'ordinamento internazionale: tracciando una similitudine fra organizzazioni internazionali e Stati, fu facile sviluppare un nuovo discorso sull'ignoto a partire dal noto, secondo una dinamica che abbiamo visto essere caratteristica del campo analogico.

Chiamata a codificare il diritto delle organizzazioni internazionali, ma consapevole di non poter liberamente legiferare e di non poter dunque nemmeno ri-immaginare e rappresentare con un nuovo linguaggio la struttura del sistema giuridico internazionale, la Commissione ha preferito attenersi ai progetti e alle pratiche già esistenti e già convenzionalmente accettate dalla comunità internazionale. In questo senso, ancora una volta, nel tentativo di garantire un certo livello di omogeneità il diritto (nella fattispecie, la ILC) ha scelto di regolare il nuovo e l'ignoto facendo riferimento al già noto, secondo un classico meccanismo di analogia domestica che permette di mettere in connessione predicazione e giudizio analogici.

Di fronte ad un sistema giuridico che comparato a quelli interni è fondamentalmente primitivo, la forza del campo analogico emerge nettamente. Stabilendo che sussiste una somiglianza rilevante fra le organizzazioni internazionali (e inter-governamentali) e gli Stati, la Commissione per rendere il processo di codificazione più agevole, (per cui agendo a livello del giudizio), sia per tentare di creare omogeneità nel sistema del diritto internazionale (per cui agendo a livello del concetto, ma anche dell'argomento), ma soprattutto nell'intento di rendere i vari elementi del discorso giuridico a livello internazionale coesi, creando così un piano in cui mettere in connessione anche le nuove parti (organizzazioni) e il tutto (ordinamento), ha replicato la struttura del giudizio analogico. Non soltanto, però: la questione del giudizio così intesa riguarda un livello teoretico. Ma se si considera che tutto il lavoro della ICL ha avuto come obiettivo centrale anche quello di definire in che modo codificazione e decisione sono meccanismi interconnessi, si rivela in modo ancora più chiaro la polisemia intrinseca dell'idea di giudizio. A livello del diritto internazionale, infatti, questo concetto è stato soprattutto intenso in contrapposizione alla codificazione, nel senso di un'alternativa fra prassi (decisionale) e teoria (predicazione, codificazione, giuridificazione).

Non bisogna però lasciare che questo aspetto della *adjudication* sembri, come spesso accade nel discorso dei teorici del diritto internazionale, limitato alla sfera della decisione in senso stretto. Non si tratta soltanto di questo: ritorniamo un momento a Kant, per anticipare una questione che sarà affrontata più dettagliatamente nella terza parte. Il giudizio non è soltanto la decisione, o per lo meno non è soltanto la decisione nel senso dell'applicazione di una norma ad un fatto (grazie all'astrazione della fatti-specie).

Il giudizio riflettente può infatti essere di due tipi, e questa distinzione può risultare decisiva per osservare come i livelli su cui il campo analogico agisce siano in effetti molteplici. Esistono un giudizio riflettente estetico e un giudizio riflettente teleologico. Lasciando per un momento da parte il giudizio estetico, che riprenderemo meglio a proposito dell'esempio e del paradigma nella terza parte, va detto che il giudizio teleologico afferma la finalità come principio regolativo. Kant ne parla a proposito della natura, ma proviamo per un istante ad astrarre questo discorso dal linguaggio kantiano per provare a metterla in connessione con quanto detto fino ad ora sulla relazione fra decisione e codificazione a

nell'ordinamento giuridico internazionale. Cosa sia in sé la natura non lo sappiamo, perché la conosciamo solo fenomenicamente; tuttavia non possiamo fare a meno di considerarla come finalisticamente organizzata: "per la particolare struttura della mia facoltà conoscitiva io non posso giudicare della possibilità di quelle cose [naturali] e della loro produzione se non pensando ad una causa che agisce intenzionalmente". La considerazione teleologica ha un uso regolativo, euristico, ossia valido "per ricercare le leggi particolari della natura". Proprio come avviene in quei sistemi in cui le fonti normative codificate sono poche e disomogenee: l'unica soluzione è andare a ricercare quale sia il fine ultimo dell'intero ordinamento, poiché soltanto in questo modo, attraverso una forma di generalizzazione che tenga presente la causa finale dell'ordine intero, è possibile ricondurre ad una logica - seppure euristica o entimematica - la relazione fra parti e tutto, e fra genere e specie.

## **5. Forme di analogia domestica**

Si è dunque visto che quando in un sistema manca un riferimento "terzo" in grado di mediare fra gli elementi di disomogeneità, nella dimensione ermeneutica del discorso giuridico si apre un varco per il campo analogico. Attraverso l'analogica, nel diritto si ricercano livelli di com-misurazione che siano applicabili dove altrimenti i codici sono estranei. Se ciò è vero in linea di principio per il diritto in senso lato, su tutti i livelli, è particolarmente pregnante in contesti nei quali, a causa della tipologia dei soggetti o delle fonti, l'interazione è ancora più problematica: il diritto dell'Unione Europea e l'esperienza della *International Law Commission* per il diritto internazionale lo hanno confermato. Le dimensioni e le forme che il campo analogico può assumere sono molte, come già è stato mostrato in diversi passaggi, e questo lavoro di ricognizione - qualitativamente orientata - nelle pratiche serve precisamente ad ampliare lo sguardo sui modelli di sapere analogico che il diritto ha sviluppato.

Per chiudere questa sezione, è utile introdurre qualche considerazione su un processo fondato sull'analogia, che è stato studiato e applicato a discorsi anche molto differenti: l'analogia domestica (o "*domestic analogy*"). Questa espressione indica diverse procedure, che appartengono a campi del sapere apparentemente anche piuttosto distanti, ma la base su cui queste poggiano è la medesima.

Attraverso l'analogia domestica si stabilisce una simmetria (possibile perché si è in un contesto in cui la proporzione è sullo sfondo) fra il noto e l'ignoto, e si applica il modello noto alla situazione ignota, nuova. È "domestico", in effetti, tutto ciò che appartiene alla casa, alla domus: tutto ciò che, dunque, permette di ricondurre ad un codice familiare ciò che si osserva e si tenta di conoscere, spiegare, comprendere. Lo scarto, ma anche il movimento, fra "familiare" e "non familiare", è un altro dei fulcri su cui fondare questa tesi per cui esistono diverse dimensioni dell'analogia (fra le quali, appunto, anche quella predicativa e cognitiva); nel prossimo capitolo, una sezione apposita sulla familiarità rimanda al dibattito teorico che intorno a questo concetto è venuto sviluppandosi. *Domus* è tanto la casa, come oggetto, quanto il processo di costruzione della stessa, per cui è "domestico" quanto si riferisce all'intero campo semantico, e non solo ad un'idea statica di un'abitazione; lo spazio cognitivo e linguistico del domestico è infatti ben più esteso, e si trova per l'appunto in tutti quei processi ermeneutici in cui ci si muove sulla linea noto-ignoto. Che il campo semantico dell'attributo 'domestico' sia da considerare in una prospettiva ampia è confermato dal fatto che il sanscrito *damah* e il greco *domos* significano appunto anche "costruzione" in un senso più ampio.

Tutto ciò che si conosce, d'altra parte, viene acquisito (in questi termini anche filtrato, elaborato) all'interno di una prospettiva che influenza in modo netto il processo cognitivo, che non può mai essere completamente sterile alle infiltrazioni del bagaglio di conoscenze di cui il soggetto dispone. In questa sezione vedremo come l'analogia domestica vada a confermare questa tesi, mostrando anche come, attraverso i dispositivi del campo analogico, la struttura analogica del sapere si riproduce nel tempo proprio grazie all'uso di schemi, modelli, ed esempi. In particolare, si prende qui un esame un campo specifico che è quello dell'antropologia, in particolare dei due rami dell'antropologia culturale e cognitiva, che sono sensibili in modo peculiare all'azione dell'analogia nella forma dell'analogia domestica.

Lo sguardo dell'antropologia e della storia sul discorso giuridico e politico contemporaneo offrono per molti versi una prospettiva privilegiata per comprendere quanto il pensiero proceda attraverso connessioni tipicamente analogiche ed inferenze che somigliano molto, quando non sono del tutto identiche, a quella struttura paradigmatica del sapere già enucleata da Aristotele

(e discussa nella prima parte del lavoro). Partiamo dalla considerazione di un grande intellettuale Isaiah Berlin, a proposito del rapporto che l'uomo, in ogni processo cognitivo e di scoperta, ha con le differenze: *"If we are to hope to understand the often violent world in which we live (and unless we try to understand it, we cannot expect to be able to act rationally in it and on it), we cannot confine our attention to the great impersonal forces, natural and man-made, which act upon us. The goals and motives that guide human action must be looked at in the light of all that we know and understand; their roots and growth, their essence, and above all their validity, must be critically examined with every intellectual resource that we have. This urgent need, apart from the intrinsic value of the discovery of truth about human relationships, makes ethics a field of primary importance. Only barbarians are not curious about where they come from, how they came to be where they are, where they appear to be going, whether they wish to go there, and if so, why, and if not, why not"*.<sup>303</sup> I processi politici e culturali vanno quindi letti alla luce dei modelli precedenti e già noti, e non si può fare a meno di farlo anche volendo tentare un approccio completamente "neutrale", lasciando da parte gli schemi di riferimento di cui già si è in possesso. Non a caso, quando Berlin parla dello sviluppo delle culture (come dinamica in senso assoluto, e non come ideale di un miglioramento verso la civilizzazione) riprende le idee di Vico sull'uso del pensiero metaforico nella conoscenza della diversità: che il traslato sia di origine corporea o meno, attraverso il linguaggio (e quindi il pensiero) metaforico si porta avanti una forma di conoscenza che "alle cose insensate dà senso e passione". Nel percorso dalle dense tenebre alla modernità, alla cosiddetta "età della ragione spiegata", l'umanità ha conosciuto - secondo Vico - il mondo proprio attraverso il filtro di uno dei referenti del campo analogico, la metafora: il mondo è stato conosciuto, definito attraverso i cosiddetti "trasporti del corpo umano". Prima di essere elegante ornamento del discorso, la metafora è una forma di conoscenza, sensibile e pre-logica. Ogni società ha la propria visione della realtà, del mondo in cui vive, delle proprie relazioni con il passato, con la natura: è qui che subentra la relazione fra un'idea di fondo della funzione dell'analogia domestica come dinamica diffusa nel pensiero umano su più livelli, e la funzione dell'analogia domestica e delle sue forme nel discorso antropologico. Vedremo più avanti le ragioni per cui questo è di particolare

---

<sup>303</sup> I. Berlin, *On the Pursuit of Ideal*, The New York Review of Books, Lecture for the Agnelli Prize (1988).

interesse per il diritto. Anzitutto però occupiamoci del tema in rapporto all'antropologia culturale, per passare all'analisi dell'antropologia cognitiva solo in un secondo momento.

Fra le domande centrali dell'antropologia culturale vi è senz'altro il problema della comprensione di culture e società diverse, che nel periodo delle grandi conquiste degli europei verso l'America ha rappresentato una necessità per trarre dai rapporti di dominazione i massimi vantaggi, in termini economici e politici. L'approssimazione verso una differenza, in questo caso una differenza su cui ci si vuole appropriare, è divenuta in quel contesto storico la spinta per sviluppare la comprensione dei popoli conquistati, essendo il controllo e il governo degli stessi il fine principale da raggiungere. Spesso quindi la figura dell'antropologo è corrisposta ad un funzionario governativo (spagnolo, portoghese, francese) che si reca sul campo, il territorio delle colonie, per studiare i caratteri delle organizzazioni sociali locali, così come delle relazioni familiari e sociali. Va inoltre precisato che in altri contesti, come l'Italia, la Germania e in alcuni paesi dell'Europa centro-orientali, l'antropologia ha invece dato voce ad una spinta intellettuale verso la raccolta e la catalogazione dei dati riguardanti usi, rituali e pratiche locali. Ciò che accomuna le esperienze, ad ogni modo, è la ragione per lo sviluppo di questo sapere: la scoperta, la conoscenza, la spiegazione e infine la comprensione dell'altro. Al di là dei propositi specifici, è bene infatti concentrarsi sull'aspetto logico che fa da sfondo al discorso antropologico culturale, prospettiva che ci permette di scavare nelle connessioni fra questo e l'idea di campo analogico, attraverso il dispositivo cognitivo dell'analogia domestica.

I membri di una determinata cultura possono capire (Vico avrebbe detto "entrare"), attraverso la forza della rappresentazione e dell'immaginazione che permettono di stabilire traccati di somiglianza e regolarità fra il nuovo contesto e quello familiare ("domestico", appunto), al fine di comprendere i valori, gli ideali, le forme sociali di un'altra cultura, anche di quelle che sono più distanti alla propria. La dimensione estetica del pensiero umano, attraverso la ricostruzione di "terzi", permette di stabilire simmetrie fra il noto e l'ignoto, poiché soltanto immaginando il quadro di comparazione fra dinamiche differenti è possibile la spiegazione dell'analogia, e dell'analogia domestica in modo particolare. Molte sono in effetti le dimensioni possibili in cui stabilire delle connessioni, il vero



problema è trovarle, e accettarne la validità; sempre Berlin ha rilevato che *"forms of life differ. Ends, moral principles are many. But not infinitely many: they must be within the human horizon. If they are not, then they are outside the human sphere"*.<sup>304</sup> Se è quindi comunemente accettato che le forme di vita differiscono fra loro, allora ne segue che il sapere deve per forza essersi sviluppato (e continuare a svilupparsi) a partire dalla premessa della differenza, sulla base della quale si può lavorare per stabilire connessioni fra piani disomogenei. Proprio sulla collisione fra diversi valori, l'analogia domestica permette di stabilire un equilibrio fra prospettive divergenti riguardo, ad esempio, a valori fondamentali (come ad esempio la libertà).

Ecco perché l'analogia domestica è così rilevante: essa riguarda la possibilità di creare un ordine al di là delle differenze, considerato che non è possibile trovare un'idea di bene o verità supremi che siano validi in culture molto diverse fra loro; se è dunque vero, da un lato che *"we are doomed to choose"*, cioè che a un certo punto siamo comunque costretti a scegliere un valore comune, nella scoperta dell'altro anche la scelta dei termini con cui vengono denominati istituti e relazioni diventa centrale: *"We are doomed to choose, and every choice may entail an irreparable loss. Happy are those who live under a discipline which they accept without question, who freely obey the orders of leaders, spiritual or temporal, whose word is fully accepted as unbreakable law; or those who have, by their own methods, arrived at clear and unshakeable convictions about what to do and what to be that brook no possible doubt"*. Dove non esiste, in altri termini, un concetto universale di "bene", o di "libertà", o di "famiglia", "matrimonio": è qui che lo sguardo dell'antropologia, culturale da un lato e cognitiva per gli aspetti che vedremo a breve, deve ripiegare sull'acquisizione analogica del sapere, attraverso una commisurazione delle differenze per stabilire quanto i modelli disomogenei siano in effetti compatibili. Ma è la dinamica di fondo ad avere qui un ruolo preminente: dal noto all'ignoto. E' la riproposizione del problema della mancanza del terzo, sotto certi aspetti.

Passiamo ora ad analizzare brevemente la prospettiva dell'antropologia cognitiva, nel cui contesto rilevano prima di tutto i modi di concettualizzazione che gli individui assumono in dimensioni in cui non hanno a disposizione i riferimenti che normalmente avrebbero in un contesto familiare. Concentrandosi, sul rapporto fra la cultura e le forme del pensiero umano, questo discorso si

---

<sup>304</sup> I. Berlin, Op. cit. (1988).

occupa proprio delle modalità con cui gli individui procedono a definire i concetti, specificamente nel quadro antropologico in cui culture differenti si incontrano. Si tratta dei modi in cui si sviluppa la comprensione, la catalogazione e l'analisi del mondo in cui si agisce. Ciò che spesso accade è che nella catalogazione e nell'analisi di ciò che accade intorno a sé si condensino forme di conoscenza dell'ignoto in cui è proprio l'analogia domestica a giocare un ruolo decisivo.

Per l'antropologia cognitiva, più che ciò che fa la gente, o come si comporta e si mette in relazione con gli altri, è importante comprendere come sono elaborati i concetti e come viene compresa e catalogata la realtà, in particolare quegli spazi di realtà che sono ignoti. Molti sono i temi che in questo discorso si sono consolidati nel tempo come centrali: la comprensione, è stato affermato, è profondamente legata alla memoria, ma anche (e per quel che qui ci interessa, soprattutto) agli schemi. L'idea dello schema è di fondamentale importanza per l'antropologia cognitiva: la mente umana costruisce degli schemi di pensiero definiti, che vengono usati per trovare delle relazioni (rapide) tra quello che vediamo e quello che fa parte della nostra esperienza e del bagaglio di informazioni che cataloghiamo come "memoria". E' sulla base di questi schemi, o organizzazione di dati presenti in memoria, che siamo in grado di rispondere prontamente a stimoli esterni, integrando il nuovo nel nostro bagaglio di saperi attraverso il filtro degli schemi (che altro non sono se non modelli, o paradigmi). Lo schema, come vedremo più dettagliatamente nella terza parte, lavora all'organizzazione dell'esperienza e allo sviluppo dei processi necessari ad attivarla. Permettendo di partire da considerazioni di natura universale, lo schema è lo strumento attraverso cui queste vengono applicate al concreto, nel caso dell'antropologo facendo da sfondo all'osservazione del nuovo sotto le forme di ciò che è già dato per acquisito. Attraverso le considerazioni di natura universale è possibile stabilire commisurazioni. Il pensiero analogico, però, lavora su diversi piani: questo della conoscenza di una nuova cultura attraverso i "propri" modelli è senz'altro uno fra questi. All'antropologia si deve non soltanto l'utilizzo critico della dinamica analogica nella forma che storicamente ha caratterizzato la comprensione dell'ignoto da parte dei conquistatori (come visto finora), ma anche un contributo importante alla teoria del pensiero umano nelle società primitive in quanto pensiero principalmente pre-logico e fondamentalmente ana-logico.

Lévy-Bruhl ha osservato che il modo di pensare degli individui analfabeti nei popoli primitivi è molto distante dai criteri e dalle strutture della logica formale, e può in realtà essere compreso se si considera il potenziale mistico ed espressivo delle emozioni. Ciò è dimostrato, tra l'altro, dalla tendenza a personificare gli elementi dell'universo, chiaramente troppo distanti per essere conosciuti a fondo, e per questo inquietanti. Per mezzo della personificazione si può ricomprendere l'ignoto in una dimensione cognitiva familiare. Anche Piaget ha notato che la schematizzazione e la catalogazione nel pensiero dei popoli primitivi sono principalmente basate su una forma di analogia domestica: i popoli primitivi pensano attraverso sistemi complessi, e di conseguenza spesso il loro linguaggio fa uso di somiglianze di famiglia *à la* Wittgenstein. I singoli termini sono quindi riconducibili a gruppi organizzati come campi semantici, cui il singolo termine appartiene prima di tutto per l'uso concreto che di esso viene fatto. A questo proposito, è stato inoltre rilevato un uso frequente di immagini concrete per sostituire i concetti astratti, il che è stato letto come uno dei tratti principali del pensiero fra dei popoli primitivi. Quindi l'analogia, sotto queste diverse forme, è presente in modo significativo nel pensiero umano proprio al livello più elementare.

Lévi-Strauss ha sottolineato che *"The savage mind deepens its knowledge with the help of images mundi. It builds mental structures that facilitate an understanding of the world in as much as they resemble it. In this sense savage thought can be defined as analogical thought. (...) Mythical thought always progresses from the awareness of opposition toward their resolution"*.<sup>305</sup>

Il pensiero dei selvaggi, che si contrappone al pensiero "addomesticato", è esso stesso in origine un pensiero che tende a ricondurre al familiare ciò che non lo è; quindi, attraverso un percorso riflessivo, possiamo affermare che i livelli di azione dell'analogia (e anche dell'analogia domestica) sono molteplici e vanno tenuti tutti a mente. Per Franz Boas, teorico dell'antropologia diffusionista,<sup>306</sup> ogni cultura è costituita da un insieme di modelli di pensiero convenzionalmente accettati da una determinata società in un determinato momento storico; attraverso la lingua, gli usi, i costumi e le credenze si possono, secondo questa

---

<sup>305</sup> Lévi-Strauss, *The Savage Mind*, ed. francese *La Pensée sauvage*, Librairie Plon, (1962).

<sup>306</sup> Corrente nata a fine Ottocento, che sosteneva che una cultura o alcuni tratti culturali possono diffondersi geograficamente; da qui la spiegazione alle somiglianze di alcuni tratti culturali simili appartenenti a civiltà anche molto distanti dal punto di vista spaziale.

prospettiva, ricostruire lo sviluppo e la diffusione di ogni cultura. I modelli raccolgono alcuni elementi paradigmatici e per questo possono facilmente circolare ed essere diffusi (il che ha rappresentato l'argomento principale contro l'evoluzionismo antropologico).

E' attraverso l'osservazione del modo in cui i modelli e gli schemi sono circolati, storicamente, fra le diverse culture che si può allora acquisire uno sguardo d'insieme sulla funzione dell'analogia domestica nel pensiero umano e nei processi di colonizzazione culturale. Va aggiunto, peraltro, che anche lo strutturalismo ha contribuito in modo rilevante a confermare questa prospettiva. Tanto Lévi-Strauss, quanto Malinowski, non hanno cercato di descrivere le logiche di funzionamento delle relazioni sociali e delle organizzazioni, ma, sulla base di alcune riflessioni sul linguaggio, hanno tentato di ricostruire i rapporti di parentela e i modi per definirli, rilevando come proprio queste modalità mostrassero fino in fondo alcuni caratteri innati e alcune categorie universali del pensiero umano. Questo tanto nelle relazioni familiari, quanto per la comprensione e l'elaborazione del mito: ad esempio, Lévi-Strauss suggerisce che l'uso di termini differenti in relazione ai ruoli ed alle funzioni dei membri di uno stesso gruppo di parentela ha delle spiegazioni universali fondate sulla presenza del tabù incestuale. Se un uomo deve ottenere una donna da un altro uomo, è necessario stabilire la discendenza e i legami di sangue tra questi due. Per questa ragione, in alcune culture sono utilizzati termini uguali per definire il fratello o lo zio, a sottolineare che il grado di consanguineità comunque negherebbe la possibilità di un legame matrimoniale.

E' dunque a partire da considerazioni di carattere linguistico che si può osservare la traslazione di schemi e modelli fra diverse culture, a riprova del fatto che nel linguaggio si sedimentano le scelte sull'applicazione, anche per mezzo di analogie domestiche, di schemi noti a contesti ignoti. Ma è con l'avvento dell'antropologia cognitiva che la riflessione sull'analogia domestica raggiunge davvero il compimento, per cui è opportuno richiamare gli aspetti più rilevanti sul piano metodologico al fine di stabilire, in conclusione, quale sia il nucleo fondamentale di questo discorso.

A partire dagli anni Quaranta e Cinquanta del secolo scorso alcuni antropologi (e antropologhe, come Margaret Mead) hanno iniziato a porsi domande che hanno aperto nuovi orizzonti rispetto a quelli fino a quel momento

sondati dal discorso antropologico. Per la prima volta, si mise al centro del dibattito la relazione fra culture e forme di conoscenza, per cui venne posto un tassello ulteriore a supporto della tesi secondo cui si conosce il mondo attraverso i modelli già noti (in questo caso, i modelli culturali). E' infatti certo che sin dall'infanzia ogni essere umano ripete determinate abitudini improntate sui richiami culturali del popolo in cui è nato e a cui appartiene, per cui la personalità stessa dell'individuo sarebbe in questo senso l'internalizzazione di una cultura, penetrando quest'ultima nelle scelte e nei processi cognitivi dell'individuo già in età giovanile. I modelli, gli esempi, i paradigmi che ci circondano già a partire dall'infanzia avrebbero dunque, secondo questa prospettiva, un ruolo decisivo nella formazione della personalità e del modo di pensare, per cui comprendere la funzione che questi modelli (attraverso dinamiche come l'analogia domestica) hanno nella sfera cognitiva diventa centrale. Ma come fa il comportamento degli individui a determinare la loro cultura? Una risposta è data dall'uso di modelli di condivisione comuni. La personalità, per esempio, è vista come il risultato interattivo di predisposizioni biologiche ed esperienza. Un Balinese, per essere nato a Bali, possiede un set di modelli di riferimento che lo porterebbe a comportarsi in un determinato modo, costruendo proprio in rapporto a questo tutte le simmetrie finalizzate all'acquisizione di conoscenze. Questo insieme di strumenti (che sono in fondo alcuni dei dispositivi del campo analogico) può essere rafforzato o indebolito dalle sue esperienze di vita e dalla cultura che esso condivide col proprio gruppo (costumi, abitudini, immagini, significati, ma anche relazioni sociali ed economiche).

Nel quadro dell'antropologia della conoscenza, e in rapporto alla funzione dei modelli di cui un individuo dispone (e che possono analogicamente essere applicati a contesti nuovi e ignoti), la cultura diviene un elemento anche interno ai soggetti e al loro pensiero. Quello che vediamo ci appare come tale non soltanto perché lo vediamo, oppure per *come* lo vediamo, ma perché la nostra esperienza ci dice che quell'immagine corrisponde a una determinata cosa (quindi anche la modalità con cui l'oggetto ignoto viene osservato è influenzata dalla dinamica dell'analogia domestica). A questo punto, acquisito il concetto di "analogia domestica" come meccanismo diffuso a più livelli nel discorso antropologico, vediamo in che modo, concretamente, questo dispositivo è stato utilizzato in un

contesto piuttosto differente da quello in cui ci siamo mossi nelle ultime riflessioni, ma al contrario omogeneo con il resto dei temi affrontati nel capitolo.

### 5.1 Rilevanza teorica della *domestic analogy*: fra *source* e *target*

La *domestic analogy* è il motore di tantissime dimensioni della conoscenza: data questa premessa, è a questo punto utile domandarsi se l'inferenza analogica, sotto forma di *domestic analogy*, ragionamento per analogia, predicazione, giudizio o concetto analogici, sia sempre un percorso utile, o se invece alcuni tentativi di costruzione di un sapere analogico si siano invece rivelati relativamente fallimentari. In altri termini, vale la pena di chiedersi se esistano analogie "buone" e altre "cattive", pur tenendo conto del fatto che, al di là della validità (come peraltro di è anche detto per la *dis-analogy*) o della esattezza del ragionamento, quel che importa è che si sviluppino saperi sulla base di comparazioni, e valutazioni sulla compatibilità fra elementi che presentano aspetti non omogenei.

Un esempio interessante è costituito dall'uso della *domestic analogy* nella teoria del diritto internazionale, in rapporto alla descrizione di alcuni concetti: le organizzazioni internazionali *come se* fossero stati, la sovranità degli stati nel contesto internazionale *come se* si trattasse di soggetti.

Questo sulla *domestic analogy* nel diritto internazionale deve essere affrontato come esempio che mostra efficacemente come i referenti del campo analogico spesso interagiscano contestualmente: vedremo infatti che il concetto di sovranità è, da un lato, fondamentalmente analogico, essendo applicabile a diversi quadri di riferimento, e, dall'altro lato, che proprio questo carattere è ciò che ha permesso di immaginare un'applicazione analogica della sovranità attraverso un'inferenza dai soggetti individuali al soggetto "Stato". Ciò conferma che alcuni meccanismi del campo analogico possono coesistere, all'occorrenza: lo stesso concetto può essere applicato a diversi campi semantici (diritto nazionale, diritto internazionale), e intorno a questo carattere del concetto si può costruire un ragionamento attraverso cui analogicamente si inferisce qualcosa di qualcos'altro perché i due elementi hanno un attributo rilevante in comune.

Il problema dell'uso dell'analogia domestica nel diritto internazionale tocca diversi interrogativi: quanto è utile, in senso lato, e quanto invece è teoreticamente coerente nell'ottica di uno spazio giuridico globale, la traslazione di principi

giuridici su cui si basano i sistemi giuridici nazionali al quadro delle relazioni internazionali?

Il problema è ancora una volta quello dello slittamento o della traslazione di modelli da un campo a un altro. La questione teorica, relativa alla coerenza e alla utilità dell'uso di modelli noti in contesti ignoti nel diritto internazionale, è una delle questioni centrali della teoria del diritto internazionale, e forse la più rilevante da un punto di vista teorico, rilevando prima di tutto a proposito del problema della definizione della personalità giuridica dei soggetti coinvolti.

Prima di vedere quali problemi teorici sono posti dal tema, vediamo anzitutto quale sia la più diffusa definizione dell'analogia domestica; con l'espressione '*domestic analogy*' s'intende un "*presumptive reasoning which holds that there are certain similarities between domestic and international phenomena; that, in particular, the conditions of order within states are similar to those of order between them; and that therefore those institutions which sustain order domestically should be reproduced at the international level*";<sup>307</sup> un ragionamento entimematico, si potrebbe dire (a questo si fa riferimento quando si definisce l'analogia "*presumptive*") che permette di riprodurre i caratteri di un concetto ed applicarli anche ad un altro concetto. L'applicazione e l'adattamento – secondo compatibilità – delle esperienze giuridiche nazionali al diritto internazionale è stato, per esempio, uno dei momenti fondamentali dello sviluppo delle teorie del diritto internazionale contemporaneo, e il ruolo del campo analogico in questo sviluppo è stato decisivo a livello teorico, anche quando lasciato sullo sfondo sotto forma di premessa generale.

L'analogia ha conosciuto una certa fortuna, come si è anticipato, su più livelli nel discorso giuridico e politico internazionale, uno fra i quali è il campo semantico della sovranità. Costruire un concetto globale di *governance* che muova dal modello della comunità, e che, passando per lo Stato, venga trasferita (attraverso un meccanismo analogico) alla dimensione mondiale, significa confermare la tesi per cui la pace a livello globale può essere realizzata soltanto per mezzo di una soggezione ad un potere comune, esattamente come avviene nelle dimensioni più locali. In altri termini, il tema del campo analogico incrocia

---

<sup>307</sup> H. Suganami, *The domestic analogy and the world order proposals*, Cambridge University Press (1989), *Introduction*, p. 1.

qui ancora una volta il tema dell'ordine, da intendersi prima di tutto come luogo della connessione fra le parti e il tutto, e fra il genere e le specie.

Per tentare di comprendere i due piani di operatività del campo analogico in rapporto alla sovranità, è utile riprendere la questione a partire anzitutto dal campo in cui questa s'inserisce. La sovranità è un concetto analogico in sé, oppure è il suo modo di operare a essere analogico? Vedremo che queste due alternative non si escludono, ma anzi coesistono.

Il discorso politico, inteso come gli organi della politica, ma anche come l'insieme dei fenomeni che li coinvolgono, incluse le opinioni pubbliche e le teorie politiche, introduce nuovi e interessanti elementi di complessità nel tema del pensare analogico (e della costruzione del sapere analogico). Quello politico è infatti un quadro molto ricco di differenze e diseguaglianze, nel quale il bilanciamento e la commisurazione (strumenti chiave del campo analogico) giocano ruoli fondamentali.

Dal momento che l'analogia viene sempre tracciata fra due situazioni simili, ma pur sempre differenti, chiunque voglia argomentare in favore dell'applicazione di una analogia domestica deve assumere, in realtà, che i due domini – nel caso del quadro politico internazionali, il dominio “*domestic*” e quello internazionale - siano distinti, ma possano essere accostati in qualche modo. Come ha finemente osservato Goethe mediante un'immagine molto suggestiva, fino ad un certo punto l'analogia regge, ma quando le differenze fra i due campi sono ridotte al minimo, quasi l'analogia rischia di svanire nell'identità, e lo stesso accade se si dà al contrario troppo peso agli aspetti di differenza. Da ciò segue che esiste un momento negativo nel pensiero analogico (non soltanto nell'inferenza seguente al ragionamento) per cui se viene rimosso quello spazio, tutta l'analogia viene a sua volta rimossa. Se si riconosce che due casi ricadono sotto lo stesso principio (sono *inclusi* nello stesso spazio), allora come ha fatto notare Perelman non vi è più alcuna separazione fra il campo della *source* (quello da cui l'inferenza parte) e il *target* (quello in cui l'inferenza “termina”). Detto altrimenti, perché si possa mantenere viva l'operazione analogica è necessario che una certa dose di differenza sia conservata: d'altronde, ciò va solo a rafforzare l'idea secondo cui il campo analogico opera dove vi siano differenze fra cui stabilire omogeneità, perché altrimenti non avrebbe neanche senso considerare la compatibilità o la commisurazione.



La sovranità, essendo un tema che mette in relazione, per le ragioni introdotte, tanto la dimensione concettuale quanto quella argomentativa del campo, costituisce un esempio utile a mostrare come l'analogia lavori sempre su una o più *soglie*: segnando il confine fra due domini differenti, separando, verso l'interno, lo spazio di esercizio del potere sovrano (che è dunque *domestic*) e, verso l'esterno, lo spazio più complesso dello scontro fra stati-nazione che sono ugualmente sovrani, l'analogia permette di assimilare, o quantomeno comparare.<sup>308</sup> La definizione della sovranità come concetto che vive e si evolve sul crinale fra spazio "domestico" (nazionale) e spazio internazionale è il riflesso di una tendenza tipica della teoria politica, diretta a sviluppare i concetti dicotomicamente per metterne in rilievo gli attributi distintivi così come quelli comuni.

La sovranità costituisce un concetto analogico perché si colloca su una soglia, nello stesso modo in cui Giorgio Agamben ha concepito l'analogia come un dispositivo archeologicamente connesso con la transizione: in fondo, finora è stato mostrato che, per mezzo della comparazione, della commisurazione, della valutazione sulla compatibilità o dell'adattabilità, il campo analogico mette in moto dinamiche che permettono il trasporto (davvero, a questo punto, in senso vichiano) di caratteri da un campo a un altro. La soglia è dunque un meccanismo che, proprio per la sua capacità di mettere in comunicazione elementi di un discorso attraverso somiglianze, o caratteri rilevanti, proprio mettendo in rilievo le differenze e i caratteri comuni, (e quindi, come questa, anche i referenti del campo analogico) gioca un ruolo determinante al fine di strutturare proporzioni, simmetrie, ed inferenze: senza la verifica delle differenze in un quadro di comparazione non sarebbe infatti possibile stabilire un discorso analogico, considerato che in assenza di diversità l'analogia svanisce.

Ritornando quindi al tema di questo paragrafo, la possibilità di pensare analogicamente uomini e stati, la separazione fra dominio nazionale e dominio internazionale acquisisce valore sistematico nello stesso momento in cui ad essa è riconosciuto un ruolo legittimante. Ma è davvero legittimo inferire che gli stati devono essere trattati come individui, poiché vi è una somiglianza rilevante fra

---

<sup>308</sup> C. Bottici, *Men and States. Rethinking the Domestic Analogy in a Global Age*, MacMillan, Palgrave (2009).

due relazioni, quella fra individuo e comunità e quella fra stati e comunità internazionale? Questa somiglianza è una ragione sufficiente per stabilire che la stessa norma debba applicarsi alle due situazioni, che sono per molti altri aspetti profondamente differenti? Kant in *Per la pace perpetua* ha ritenuto che non si possa fondare un argomento *soltanto* su un'esperienza passata, dal momento che tale esperienza presenta sicuramente elementi di contingenza che possono forse illustrare (*erläutern*), ma non dimostrare (*beweisen*) come ci si debba comportare nell'esperienza nuova. In altri termini il mero riferimento al passato non è sufficiente a legittimare un'inferenza fra due campi disomogenei; serve qualcosa in più, ma proprio qui si colloca la questione: i meccanismi della spiegazione e della comprensione, tipici dell'ermeneutica, sono rilevanti per il ruolo che assumono all'interno del campo analogico, ciononostante non bastano per fondare l'inferenza. Un "salto", come si vedrà più avanti, è comunque presente nelle dinamiche del campo analogico: proprio perché ci si muove fra scarti, su connessioni, su *soglie*, è molto difficile stabilire esattamente il grado di rilevanza di un attributo in un determinato contesto - elementi simili possono avere infatti un peso differente a seconda dei casi.

In rapporto all'inevitabile carattere, parzialmente "oscuro", del salto logico su cui si fonda l'ana-logica, è stato rilevato che il discorso analogico abbia un legame profondo con la dimensione prudenziale in senso aristotelico, ovvero con la *fronesis* (la saggezza o intelligenza pratica). Proprio perché il pensiero analogico è fondato su accostamenti, assimilazioni e passaggi logici cui segue una conclusione, la prudenza assume in questo quadro un ruolo fondativo; soltanto facendo ricorso alle logiche prudenziali è possibile cogliere le modalità attraverso cui l'ana-logica è alla base di ogni ordinamento normativo, in cui il bilanciamento degli interessi e la commisurazione delle situazioni sono dinamiche coesenziali al concetto stesso di "ordine" e del suo derivato, "ordinamento". L'uso dell'analogia domestica offre un esempio di questo utilizzo della ragion pratica nel discorso giuridico e politico.

La proporzione che riporta Kant per giustificare l'uso dell'analogia nella teoria del diritto internazionale è la seguente: gli stati stanno alle relazioni internazionali come gli individui stanno allo stato di natura. Questo rapporto permette di applicare la teoria contrattualistica alle relazioni fra stati (e non più fra gli individui, o meglio non più soltanto alle relazioni fra gli individui), secondo

una dinamica tipica del campo analogico, che permette di inferire la validità anche di una teoria o più semplicemente di un assunto a partire da una somiglianza rilevante. Sempre in ragione di questo rapporto, l'intero apparato della dottrina del diritto naturale è applicato al contesto internazionale. Usando la grammatica della teoria contrattualistica e applicandola alla teoria delle relazioni internazionali, Kant sostiene che gli stati possano essere giudicati in quanto individui nello stato di natura e che, proprio come gli individui, debbano entrare in una condizione legittima per mezzo di un contratto sociale. Nella prospettiva kantiana, il contratto sociale funziona come un concetto (vasto, relazionale) analogico che mostra la sua capacità di essere applicato validamente a situazioni disomogenee (la teoria dello stato, la teoria delle relazioni internazionali); questa possibilità di mettere in comunicazione dinamiche apparentemente estranee è ciò che caratterizza la capacità del campo analogico di mettere in relazione funzione e struttura.

All'analogia (e dunque pure all'analogia domestica) è stato attribuito un carattere euristico, poiché essa favorisce l'accesso a nuovi sviluppi teorici e a ricerche empiriche affidandosi all'intuito o alle condizioni temporanee di una circostanza. Circostanza che, peraltro - come più volte in questo lavoro è stato sottolineato - tiene conto sia della dimensione da cui la conoscenza viene attinta (*source*, in questo caso le relazioni fra individui nel processo che dallo stato di natura porta alla creazione dello stato), sia della dimensione a cui la forma di conoscenza viene trasferita o applicata (*target*, in questo caso le relazioni internazionali): nel parlare dello *ius gentium*, Kant afferma infatti che questo non coinvolge soltanto le relazioni fra stati, ma anche, e insieme ad esse, le relazioni fra gli individui, per cui il livello dell'inferenza è bidirezionale, un carattere non è trasferito al *target* (relazioni internazionali) e viene escluso per la fonte (*source*). Al contrario, l'elemento su cui viene a fondarsi l'analogia rimane elemento integrante dello spazio ermeneutico di cui i due elementi del pensare analogico sono parte.

Un altro aspetto pregnante dell'uso analogico dell'idea di sovranità nel progetto kantiano è che, in esso, è presente una questione metodologica fondamentale per il campo analogico, che qui emerge in tutta la sua pragmaticità: la prospettiva kantiana è cosmopolita su tutti i fronti e in rapporto a tutte le dinamiche relazionali fra individui, per cui non deve necessariamente intendersi nel senso di un'applicazione del cosmopolitismo come ideale delle relazioni fra

individui, poi applicato alle relazioni fra stati. Attraverso un tipico meccanismo di generalizzazione, Kant ritiene piuttosto che il cosmopolitismo sia una struttura per la comprensione *sia* di una dimensione *quanto* dell'altra: per questo, essendo anch'esso un concetto passibile di essere applicato a dimensioni diverse, il cosmopolitismo è inclusivo. Se la prospettiva è cosmopolita in generale, come approccio metodologico al problema, senza una valutazione aprioristica degli attori, allora sarebbe controintuitivo credere che Kant muova dalla sfera domestica a quella globale. Invece, egli muove da una tesi *a priori*, generale e astratta, ed applica quel modello a più situazioni, sempre tenendo presente la loro interconnessione. Per questo, si può dire che proprio grazie alla validità della forma di generalizzazione Kant realizza la sua teoria del cosmopolitismo.

D'altra parte, però, adottare in questa prospettiva la teoria cosmopolita non significa automaticamente supportare l'analogia domestica, dando quindi validità all'inferenza analogica fra gli individui e gli stati; l'approccio Kantiano, come si è detto, poggia prima di tutto su una deduzione e un'applicazione di un principio *a priori*; la bontà e l'esattezza di questa scelta sono tuttora in discussione. Un'osservazione di fondo può essere fatta: al di là delle considerazioni sulla correttezza dell'estensione del modello di sovranità fra gli individui alla dimensione inter-statale, è comunque molto importante rilevare la presenza di meccanismo generalizzato che è applicato a contesti disomogenei, il che corrisponde ad un carattere tipico degli elementi che compongono il campo analogico, il quale non mette soltanto in relazione il particolare con il particolare. Esso può farlo, infatti, perché fra i due particolari è presente una dimensione terza, che permette di ricomprenderli (includerli, appunto): per cui l'inferenza dal particolare al particolare è possibile perché esiste una generalizzazione intermedia a mettere in comunicazione i due discorsi particolari, il che è confermato sia sul piano semantico dalla polisemia di *aná-*, che oltre alla proporzione richiama anche la generalizzazione (dal basso vero l'altro, come si è detto nella prima parte), sia sul piano filosofico dalla costanza con cui i referenti del campo analogico rimandano ad una dimensione estetica, ovvero ad una dimensione che letteralmente riguarda la percezione o la cognizione attraverso la mediazione del senso (αἴσθησις).

## CAPITOLO QUINTO

### *SIMMETRIE*

*“L’atteggiamento di  
Colombo verso gli indiani si  
fonda sulla percezione che  
egli ne ha”<sup>309</sup>*

*“Vivere la differenza  
nell’eguaglianza: è cosa più  
facile a dirsi che a farsi”<sup>310</sup>*

#### **1. Scoprire, conquistare, conoscere**

L’analogia, condividendo parte della propria storia concettuale con la proporzione, non può che misurarsi anche con la simmetria. Generalmente, il termine ‘simmetria’ indica l’omogeneità nella misurazione.<sup>311</sup> Essendo composto da *syn* (con, dentro, insieme) e *metria* (da *metron*), il termine indica ordine e proporzione fra le parti di un tutto. Eppure l’idea di simmetria non va fatta automaticamente coincidere con quella di proporzione. La commensurabilità, seguente alla simmetria, è il risultato dell’assunzione di una prospettiva che comprenda le differenze per misurarle insieme, per com-misurarle. Dovendo decidere casi non previsti, il diritto lavora sulla simmetria per stabilire proporzioni, per scoprirle. Ancora una volta, scoperta, comprensione e spiegazione vengono a interagire proprio nella fase decisionale, e in particolare

---

<sup>309</sup> Todorov, *La conquista dell’America* (1982).

<sup>310</sup> Todorov (1982).

<sup>311</sup> Si rimanda al capitolo IX per le considerazioni sul carattere polisemico della radice *med-* nelle lingue indoeuropee; è stato sostenuto che tale radice rimandi tanto al concetto di governo, quanto a quello di cura (da cui medicina, e medico), quanto ancora all’idea più generale di misura. Questi concetti condividono tutti, attraverso la comune radice *med-* una familiarità con l’idea di “senso della misura”, che partecipa tanto dell’attività di governo, quanto dell’anamnesi e della cura del corpo come struttura le cui parti devono essere in equilibrio secondo misura, quanto certamente e in modo anche più evidente dell’atto del misurare in senso proprio.

(ciò che più ci interessa) proprio per mezzo del pensiero analogico.

Todorov ha descritto egregiamente la conoscenza dell'altro attraverso le nozioni di cui si è in possesso;<sup>312</sup> proprio come, attraverso l'analogia, i sistemi giuridici incorporano il *nuovo* per mezzo del *già noto*. A proposito del ruolo centrale giocato dall'altro nei processi cognitivi, lo studioso russo Michail Bachtin ha detto "tutto ciò che tocco - a cominciare dal mio stesso nome - perviene alla mia coscienza dal mondo esterno, passando attraverso la bocca degli altri, con la loro intonazione, la loro tonalità emozionale, e i loro valori. Inizialmente non prendo coscienza di me se non attraverso gli altri!".

Prospettivismo lascasiano - un tipo di approccio sviluppatosi lungo tutto il corso della storia dell'umanità, e per il quale la dimensione dialogante fra un *qui* e un *là*, fra un *già* e un *non ancora*, è quella in cui il processo si costruisce.<sup>313</sup> Centro e periferia (norme codificate e dimensione "poietica" del diritto) - questo assume rilevanza rispetto al contesto di questo capitolo, intitolato appositamente "simmetrie" per sottolineare un carattere determinato degli ordinamenti normativi. Perché i verbi 'scoprire', 'conoscere', e 'conquistare' acquisiscono un significato peculiare nel discorso giuridico. Certo il parallelo fra Colombo e il diritto può apparire azzardato, ma le ragioni per tracciarlo ci sono, e anche diverse. Lo scopritore è colui che avanza nell'ignoto per ottenere conferme, e non si vuole appropriare di ciò che troverà. Colombo muove alla ricerca del "nuovo" con un obiettivo preciso: trovarvi la conferma della sua "vecchia" cultura, del *già noto* - come lo abbiamo definito.

Altro atteggiamento nei confronti dell'altro è quello rappresentato da Cortés, il quale, al contrario di Colombo, "conquista" invece di scoprire. In cosa differisce questo meccanismo da quello della scoperta? Il conquistatore si insedia al centro del nuovo universo, ne studia il linguaggio, osserva i segni e le dinamiche di interazione fra questi ed i significati, interpreta l'ignoto (che è

---

<sup>312</sup> T. Todorov, *La conquista dell'America: Il problema dell'"altro"* (prima ed. 1982, *La Conquête de l'Amérique : La Question de l'autre*), Milano, Einaudi, 1992.

<sup>313</sup> D'altronde questo è un meccanismo altrettanto noto alla storia della scienza, che in altri passaggi di questa tesi viene evocata, si pensi per un istante alle parole di Giordano Bruno: "Cossi non è più entro la terra che qualsivoglia altro corpo mondano, e non son più certi determinati poli alla terra che la terra sia un certo e determinato polo a qualch'altro punto dell'etere e spacio mondano; e similmente de tutti gli altri corpi; li quali medesimi, per diversi riguardi, tutti sono e centri e punti e zenithi ed altre differenze. La terra, dunque, non è assolutamente in mezzo all'universo, ma al riguardo di questa nostra reggione" (*De l'infinito, universo e mondi*).

presente costitutivamente nel *nuovo*) e tenta al contempo degli slanci comunicativi verso l'altro nel tentativo di conquistarlo. Il conquistatore vuole anzitutto comprendere il nuovo territorio, e vuole soprattutto capire come muoversi al suo interno per poterlo "prendere" dopo averlo "compreso" (*Verstehen*). Comprendere è funzionale al conquistare un'area ignota. Ad esempio, il diritto comprende le nuove tecnologie, o almeno tenta di farlo, in modo da poter poi procedere all'incorporazione di nuovi concetti nel proprio codice (giuridificandoli). Quindi nel dover decidere come trattare internet, se assimilarlo totalmente allo spazio non virtuale o se procedere per differenziazioni, il diritto (inteso come sistema complesso) deve anzitutto comprendere a fondo le funzioni, le ragioni e le modalità operative dell'oggetto "nuovo" (internet, il GPS). Fra scoprire e conquistare ci sono dunque divergenze importanti, ma anche punti di contatto: certo la scoperta è in qualche modo funzionale alla conquista e alla "comprensione". Questa, a sua volta, è la logica conseguenza della scoperta, in particolare se si considera il livello di accelerazione che caratterizza il momento decisionale. Scoprire non basta, perché una volta che si è scoperto il nuovo, la relazionalità fra dimensione normativa e dimensione fattuale rende la scoperta immediatamente propedeutica alla conquista, una conquista molto peculiare perché essenzialmente linguistica, ma non per questo meno rilevante. Todorov direbbe "comprendere" per meglio "prendere" e, se del caso, "distruggere": fra una enfattizzazione delle differenze fra contesti disomogenei (come abbiamo rilevato anche nel caso del diritto europeo, con l'espedito dei diritti equivalenti - che sono fenomeno delle procedure di valutazione della simmetria) e, altre volte, della "eguaglianza". Così procede la conquista dell'*altro*. Così accade in tutti quegli ambiti non ancora giuridificati ma che già dialogano con il diritto. Non possono essere ignorati, non possono essere conosciuti interamente e subito: anche qui si dovrà dunque procedere secondo differenze e omologie. L'*altro* può rivelarsi persino ostile: non è detto che comprenderlo (senso di capirlo) per poi ri-comprenderlo (per incorporarlo, giuridificandolo) sia possibile senza alcun sacrificio.

Perché si scopre e cosa si scopre? Per cupidigia o per necessità? Se per Aristotele tutti gli uomini tendono per natura alla conoscenza (*Metafisica*), la cupidigia non è il vero movente di Colombo: certo la ricchezza gli interessa, ma

soltanto perché essa rappresenta il riconoscimento del suo ruolo di scopritore. La scoperta è dunque un processo necessario per l'essere umano, essendo questo il presupposto per la presenza della dimensione dell'*inventio* anche nel diritto, che si genera nella società e in essa si evolve.

Esistono diversi, e rilevanti, punti di contatto fra l'esperienza di Colombo e il diritto, tanto che un sottotitolo per questa sezione potrebbe anche essere "cos'hanno in comune Colombo e il GPS"? La convinzione che muove un meccanismo cognitivo verso l'ignoto è spesso legata alla necessità di agire nel contesto cui l'oggetto ignoto appartiene. Spesso, la convinzione di agire correttamente è necessaria e funzionale ad attivare il processo di incorporazione. Per decidere come definire il tracciamento tramite GPS (caso che è discusso nel prossimo paragrafo di questo capitolo), la Corte Suprema americana ha discusso argomenti intorno ad alcune premesse sui significati dei termini usati nella Costituzione; nel farlo, ha dovuto dunque rivedere le premesse e le ragioni della norma da analizzare, per procedere soltanto successivamente alla valutazione della compatibilità fra la norma ed il fatto (*US v. Jones*). Come ha osservato Todorov "su tre argomenti si fonda dunque la convinzione di Colombo: l'abbondanza d'acqua dolce; l'autorità dei libri santi; l'opinione di altri uomini da lui incontrati. Ora è evidente che questi tre argomenti non si possono mettere sullo stesso piano, ma rivelano l'esistenza di tre sfere in cui si articola il mondo di Colombo (...)"<sup>314</sup> C'è una peculiarità da osservare nell'atteggiamento di Colombo che può tornare utile per tentare una valutazione sull'ermeneutica del caso che a breve sarà analizzato. Colombo pratica una strategia dell'interpretazione dell'altro essenzialmente finalistica (simile a quella dei Padri della Chiesa per la Bibbia). Quel che cerca, e che cerca di dimostrare, Colombo con il suo viaggio verso l'ignoto è segnato da un percorso che collega il senso iniziale (ciò da cui Colombo proviene) con il senso finale (ciò che vuole arrivare a provare, a se stesso e ai regnanti in Spagna). Per questa ragione l'atteggiamento dello "scopritore" Colombo è ben lontano dal moderno empirismo (invece, sotto certi aspetti, incorporato in Las Casas):

"Egli sa in anticipo ciò che troverà; l'esperienza concreta non viene interrogata - secondo certe regole prestabilite - per la ricerca della verità,

---

<sup>314</sup> Todorov, p. 17.



ma serve ad illustrare una verità che si possiede già prima”<sup>315</sup>

La strategia *finalistica* in Colombo è la base della sua ermeneutica: ciò che trova di nuovo non ha nome, ed egli gli attribuirà nomi spagnoli per confermare la riuscita della sua impresa. Non cerca la verità, ma le conferme di una verità già conosciuta:

“(...) nel corso della sua prima traversata (...), egli è alla ricerca di indizi che denotino la vicinanza di una terra; e ne trova subito alcuni, appena una settimana dopo la sua partenza”<sup>316</sup>

In cosa consiste il parallelo fra Colombo e l’ermeneutica giuridica? A parte la considerazione superficiale (ma non troppo) secondo cui per taluni il giudice spesso prima decide, e poi argomenta, si può in primo luogo rilevare che il diritto, cercando di denominare oggetti nuovi (frutto dell’avanzamento della tecnica) deve spesso fare ricorso ad un atteggiamento finalistico. Non soltanto, ma il prospettivismo è un concetto con cui da sempre la scienza giuridica ha dovuto misurarsi; non si cerca *la* verità assoluta, ma una verità che possa *servire* a decidere. Il mondo, le cose, i fatti e le azioni, sono catalogati dal diritto secondo una funzione (e certo anche un’idea di struttura) orientata in modo ben preciso: si dovrà decidere. Così come le considerazioni sugli uomini fatte da Colombo sono viziate dal fatto che egli ha deciso tutto a priori, anche la discussione intorno alla descrizione di nuovi dispositivi della tecnologia, come internet (e tutti i suoi derivati), o gli strumenti che si servono di sistemi satellitari, subirà per certi versi l’influenza di una conoscenza già acquisita, si un bagaglio di saperi già presenti. Anzi, in un certo senso per la scienza giuridica questo meccanismo è ancora più determinante, considerato che ciò che il diritto persegue non è una verità ultima e assoluta (altrimenti si farebbe della teologia giuridica), ma piuttosto una verità processuale.

---

<sup>315</sup> Todorov, p. 20.

<sup>316</sup> Todorov, p. 24.

## 1.1 Come il Tago

E' a questo punto che si possono fare alcune considerazioni sulla portata del pensiero (e con esso del sapere) analogico per Colombo e nel diritto. Il genovese riconosce nell'ignoto, in questa terra da scoprire, tutta una serie di segni che permettono, come abbiamo visto, di confermare le sue opinioni. Qui subentra l'analogia, poiché dalla somiglianza fra noto e ignoto Colombo inizia a tracciare inferenze:

“Un fiume gli ricorda il Tago. ‘Si ricordò che nel fiume Tago, alla foce, vicino al mare, si trova l'oro; e gli sembrava che ce ne dovesse essere anche qui. (...) ‘In una casa trovarono un pezzo di cera che l'Ammiraglio prese per i Sovrani, e dice che dove 'è la cera, dovrebbero esserci migliaia di cose buone.” (p. 25)

Sempre su questa scia, Colombo si ricorda che un suo conoscente gli aveva detto che le cose buone di solito provengono da luoghi in cui il clima è caldo, e in cui abitano “negri e pappagalli”; incontrando sia “negri” che pappagalli, Colombo si crea l'aspettativa di una ricchezza, tanto che nei suoi diari descrive con un'enfasi particolare e con evidente entusiasmo la presenza sia di pappagalli che il colore nero della pelle degli indigeni e il calore dell'aria che lo circonda. Lo sa, conosce già ciò che va cercando, sa di poterlo trovare, anzi sa proprio che lo troverà. Spesso impediva persino la navigazione notturna perché sapeva che di lì a breve avrebbe incontrato la terraferma, e non voleva perdersi la conferma dell'aspettativa.

Colombo scopre, secondo questi meccanismi, ciò che vuole scoprire e che ha detto a tutti che scoprirà; è convinto che, per ragioni di *simmetria*, ci debbano “essere sul continente terracqueo quattro continenti: due a nord e due a sud” (p. 27). Con l'analogia, dunque, si *scopre* e si *conquista*, ma si conosce anche, come si vedrà a breve. Tutti i meccanismi analogici, siano essi esemplari, precedenti, modelli, tipi o standard, servono tanto alla scoperta quanto alla conquista di un territorio nuovo. Una conquista che è fondamentalmente corrispondente alla denominazione. Si conquista per dare nomi alle cose, e perché dare nomi alle

cose è segno di conquista.

Nella scoperta del nuovo, uno dei momenti più coinvolgenti per Colombo (che qui è metafora di tutti gli uomini) è quello in cui assegna nomi ai luoghi e cose che incontra nel suo percorso:

“Come Adamo nel paradiso terrestre, Colombo si appassiona alla scelta dei nomi per il mondo vergine che ha sotto gli occhi (...). I nomi degli altri, tuttavia, lo interessano poco, e vuol ribattezzare i luoghi in funzione del posto che essi occupano nel quadro della scoperta, vuol dare a loro dei nomi *giusti*” (p. 32)

Nominando le cose e i luoghi che incontra nel suo percorso, Colombo ne prende possesso; questa sua convinzione si fa tanto forte che il bisogno di nominare ogni elemento nuovo diviene tanto forte che una sorta di “furia nominatrice” (p. 33) si impossessa del curioso viaggiatore. Tanto è forte il bisogno, e tale diviene il piacere, che in certi giorni addirittura egli dà due nomi alla stessa cosa. Nominare è in un solo momento la chiave per provare la scoperta, e per mostrare a se stesso, agli altri e ai regnanti di Spagna che si sta prendendo possesso della novità in senso lato. Attraverso la cerimonia dell’atto di nomina delle terre scoperte, si compie una dichiarazione secondo cui quelle terre fanno ormai parte del regno di Spagna, e ne fanno parte anzitutto perché portano nomi spagnoli. Fra linguaggio e potere la connessione è dunque molto forte, e questo è mostrato in maniera evidente dal processo di denominazione. La novità, attraverso la denominazione, viene conosciuta per mezzo di alcune operazioni: essa viene infatti classificata (questo luogo è un promontorio e non un’isola, questo corso d’acqua è un fiume e non un torrente, etc.). Attraverso la collocazione degli oggetti fino ad allora ignoti all’interno di categorie note (fiume, torrente, promontorio, isola, etc.), che sono le stesse usate nel linguaggio conosciuto, nel *proprio* linguaggio, Colombo (e come lui, l’intera umanità) può muoversi senza troppa incertezza. La riconduzione dell’ignoto al noto costituisce dunque, come sostenuto anche in altri passaggi, un meccanismo fondamentale della conoscenza, dell’interpretazione, della comunicazione, e dunque del linguaggio in un senso molto generalizzato. Qualcosa di simile accade nel diritto.

Un ordinamento giuridico, è cosa ovvia, prevede alcune, ma non tutte le possibilità che nella realtà possono effettivamente realizzarsi. La previsione delle eventualità è uno dei meccanismi centrali su cui si fonda la logica del diritto, poiché proprio stabilendo un livello di normatività in cui norme generali e astratte possono comprendere il caso si può tentare di garantire una forma, per quanto imperfetta, di certezza. Ora, il cuore della questione sta nel rapporto fra momento decisionale e interpretazione del testo giuridico. Precisamente, il problema rilevante si pone nel momento in cui la dimensione della previsione delle possibilità nel normativo non è sufficiente a coprire la varietà dei casi che si sviluppano nella realtà extra-testuale (perché sembra difficile immaginare uno spazio di realtà che sia interamente estraneo al diritto). L'imprevisto, l'extra-ordinario, sono elementi con cui il diritto, che per definizione deve tentare di stabilire una regolarità, deve necessariamente coesistere. Questi sono infatti aspetti interni alla società, e meccanismi come l'equivalenza, l'approssimazione - tutti riferibili ad un campo cui anche l'analogia appartiene - sono necessari per mantenere equilibrio e misura anche quando il rapporto fra fattualità e normatività è incerto e deve muoversi in contesti disomogenei.

## **2. *Heimlich, Unheimlich***

*“Presque tous les exemples qui sont en contradiction avec ce que nous attendions à trouver, sont empruntés au domaine de la fiction, de la poésie. Ainsi, nous en voilà avertis: il y a peut-être une différence à établir entre l'inquiétante étrangeté qu'on rencontre dans la vie et celle qu'on s'imagine simplement ou qu'on trouve dans les livres”.*<sup>317</sup> Nello scoprire e nel conoscere l'altro, abbiamo visto, il campo analogico riemerge in modo netto. L'altro, ben inteso, è un concetto ambiguo, che può comprendere l'ignoto, il nuovo, l'inatteso, lo straordinario. Nel processo di scoperta dell'altro forse il momento più rilevante è l'acquisizione della consapevolezza dell'esistenza di una dimensione diversa e fino ad allora completamente ignorata. Non è dunque di approssimazione o di avvicinamento che ci stiamo occupando, ma proprio di quel preciso frangente in cui un discorso, costruito su determinati criteri, incontra una dimensione differente,

---

<sup>317</sup> J. Derrida, *La double séance*, Tel Quel, n° 42, p. 41.

*altra* per l'appunto. Ciò si verifica naturalmente nella realtà e nelle dimensioni più concrete dell'esistenza umana, e per questo la scoperta dell'altro si riflette anche nel discorso giuridico (che abbiamo visto essere intrinsecamente relazionale con la società). La citazione in apertura, tratta da un testo di Jacques Derrida, è rilevante perché mette in comunicazione il testo, la rappresentazione e l'esperienza (*Erlebnis, Vorstellung, das Lesen*). Le tre dimensioni intersecano i loro piani d'azione nella scoperta dell'altro, e per dimostrarlo è utile richiamare un discorso ulteriore sulla scoperta dell'altro, di un altro inquietante, ignoto, che è contenuto nella dicotomia freudiana *Heimlich-Unheimlich*.

Per Freud, *Das Unheimliche* è l'opposto di ciò che è familiare; si tratta di un concetto piuttosto ambiguo per cui limitandoci alle traduzioni italiane è stato tradotto come "il perturbante", "il sinistro". Partiamo anzitutto dalla semantica dell'*un-heimlich*: si scopre immediatamente che esso è l'inverso dell'*heimlich* (ciò che è familiare). *Heim* è la casa, ma anche ogni altra dimensione confortevole, di tranquillità: *un-heimlich* è per questo l'inconsueto, l'estraneo, ciò che non è familiare. Solitamente, ciò che non è familiare suscita terrore, ma certo non tutto ciò che è insolito provoca spavento o perturbamento: per Freud, risulta propriamente perturbante l'oggetto che ha caratteri poco frequenti (per un soggetto determinato). Certo è che il perturbante ha un carattere ambivalente, poiché difficilmente ci fa paura qualcosa di cui non riusciamo a immaginare proprio nulla. In altri termini, è più facile che ci spaventi qualcosa che richiama alla memoria un ignoto che abbiamo accantonato e rimosso, piuttosto che un oggetto (o un individuo, un gesto o una frase) che per la prima volta vediamo, incontriamo, o ascoltiamo. Un'esperienza completamente nuova può provocare inquietudine, certo, ma ancor di più può muovere l'animo umano verso un'esperienza inattesa che riporta in superficie un rimosso. A tal proposito Freud ha notato che alcuni dizionari di lingua tedesca riconoscono un ulteriore significato attribuibile all'*un-heimlich*: esso può anche indicare ciò che è tenuto in casa, che viene nascosto perché non si mostri all'esterno. Per cui *unheimlich* è non soltanto una dimensione di non familiarità in genere, ma anche (e forse soprattutto) un luogo di scarsa familiarità con se stessi. E' un esterno all'interno della casa, l'elemento estraneo in un discorso forse eccessivamente familiare. Non si tratta dunque di un significato antitetico, ma piuttosto di un significato che va ad aggiungere un livello di ambiguità

inatteso nel discorso. *Heimlich* presenta dunque una curiosa ambivalenza di significato, il secondo dei quali, quello meno usato (cioè misterioso, nascosto) quasi coincide col suo contrario *un-heimlich*. *Un-heimlich* - perturbante - significherebbe anche non celato, venuto alla luce, affiorato. Il perturbamento nasce quando in un oggetto o in una situazione si uniscono caratteristiche di estraneità e familiarità in una sorta di doppio legame, che spesso si manifesta nei processi di denominazione dell'ignoto, come abbiamo visto ad esempio con la denominazione dei luoghi appena scoperti da Colombo attraverso l'uso di nomi noti e risalenti ad una tradizione, appunto, "familiare". Ciò che è familiare porta dunque con sé sempre un luogo di non familiarità, e al tempo stesso il non-familiare è perturbante perché qualcosa in esso ha la capacità di rievocare discorsi noti. Nel riconoscere una presunta ambivalenza al non familiare (così come, specularmente, al familiare), Freud riporta alla luce un tema che aveva affrontato tempo prima Schelling a proposito dell'ontologia: "è detto *unheimlich* tutto ciò che potrebbe restare [...] segreto, nascosto, e che è invece affiorato".<sup>318</sup> Il non familiare tende dunque a coincidere con il rimosso: esso riemerge se richiamato da un segno che ad esso è riconducibile, secondo un meccanismo che somiglia molto alla continuità discontinue che caratterizzano la storia dei concetti, e il linguaggio più in generale. *Heimlich* e *unheimlich* sono concetti relazionali, come il conscio e il subconscio, o come appunto il rimosso che altro non è se non un elemento accantonato e messo da parte ma mai eliminato.

Ecco perché allora l'*Unheimlich* è anzitutto il luogo delle possibilità. Delle possibilità rimosse ma non eliminate, secondo uno schema che ricalca l'ermeneutica dei casi finora analizzati (e di quelli che verranno analizzati in questa sezione). Nell'andare alla ricerca dei significati possibili del termine "*vehicle*", il diritto non fa altro che riportare in superficie possibilità rimosse, che possono essere utili per la decisione. Il nascosto, il rimosso, ritorna attraverso il perturbante, generando una sensazione di angoscia particolare (*unheimlichkeit*). Il perturbamento è un accesso "all'antica patria" (in tedesco "*Heimat*" è appunto la patria) di ogni uomo. Diventa *Unheimlich* tutto ciò che un tempo fu patrio (*heimish*) e familiare; il prefisso *un-* è il segno della rimozione che in sostanza è un processo interno di negazione. Il perturbante dunque insorge quando viene

---

<sup>318</sup> Schelling, *Filosofia della mitologia*, Mursia Editore (1999).

mostrato ciò che era tenuto nascosto, quando il rimosso ritorna a ridestare complessi infantili sopiti. Il ritorno del rimosso inteso come ritorno del noto attraverso l'ignoto si sviluppa in una dinamica per cui continuità e discontinuità tendono a confondersi.

Un nuovo parallelo con il diritto: tipiche situazioni perturbanti sono gli atti ripetitivi, i quali non sono spiegabili facilmente, eppure si verificano, esistono. L'altro è anche l'inspiegabile, ciò che essendo stato rimosso rimane nell'inconscio (in qualche modo rimane "piegato", e non viene s-piegato). I meccanismi ripetitivi sono prodotti al di fuori di un'attività ordinaria, e per questo nella loro anomalia sono estranei e misteriosi, perché esistono (proprio come il perturbante) ma non riusciamo a spiegare esattamente il perché. Secondo Freud la ripetizione di un gesto, o di un comportamento, può divenire perturbante poiché evoca idee rimosse dall'adulto e presenti in età infantile (e negli uomini primitivi) quali il pensiero magico che comanderebbe le azioni eseguite automaticamente, il cui fine è a noi ignoto (o sembra tale).

In che rapporto sta l'analogia con la dicotomia *heimlich/unheimlich*? Il perturbante riporta in superficie significati accantonati, ma non eliminati una volta per tutte, riferendosi ad una dimensione complessa, stratificata, ad un mondo sotterraneo e allusivo che è un'immagine tipica della psicanalisi, ma può essere anche letto nel senso delle possibilità semantiche che i concetti giuridici (spesso analogici) rimuovono ma non cancellano. Abbiamo visto che tali possibilità spesso riemergono durante il processo decisionale, quando la necessità di pervenire ad un giudizio richiede spesso di andare a cercare gli aspetti più remoti dei concetti. L'estraneo, che ha carattere perturbante rispetto ad una dimensione comunicativa in cui vi sono enti noti, è inserito in una rete di riferimenti, per cui esso a sua volta è ricompreso in campo. Il concetto di perturbante richiama quanto si è detto a proposito dei concetti analogici: riporta in superficie qualcosa.

*Das Unheimliche* è quindi per eccellenza il luogo delle possibilità, condividendo in questo senso un aspetto decisivo con il campo analogico, in particolare con i concetti analogici (che sono una via di mezzo fra i concetti univoci e quelli equivoci). Di più, provando a tracciare un parallelo fra il discorso giuridico e le forme di narrazione, si nota che l'inquietudine provocata dal perturbante si diffonde anche nel discorso critico: nel testo letterario,

diviene inquietante qualunque elemento che esuli dalle norme tradizionali della narrazione. Un elemento fantastico, il desiderio, il magico, il meraviglioso o il miracoloso: queste forme di rappresentazione condividono con l'ermeneutica giuridica una decisiva dimensione estetica e diventano i luoghi privilegiati per l'emersione dell'*unheimlich*.<sup>319</sup>

L'accostamento fra l'altro perturbante e la narrazione giuridica fa emergere un altro aspetto rilevante: il rapporto fra il non familiare e il testo. Il testo normativo presuppone un interprete che v'interagisca. Anch'esso, come il testo letterario, può celare delle dimensioni di *Unheimlichkeit*: deve essere interpretato, dalla parte si deve risalire al tutto e dalla specie si deve ricostruire il genere. Fra familiare e non familiare c'è spazio per una ricomprensione in una dimensione terza, di mediazione, che può essere ad esempio l'inconscio. Nella finzione del testo, necessaria perché il diritto possa comprendere un numero infinito di possibilità, si ripropone il tema della finzione, e in particolare di quella forma di finzione che si sviluppa attraverso la narrazione: si tratta di una rappresentazione che possiede i caratteri del reale ma al tempo stesso che li duplica in un discorso che non è la realtà, ma è *come se fosse* tale.

Il diritto, come la narrazione, deve - per sopravvivere - replicare questo rapporto fra *Unheimliche* e realtà, ma anche quello fra vivere e scrivere, e il campo analogico. Attraverso gli elementi del campo analogico, il diritto crea connessioni fra realtà e finzione attraverso i processi di denominazione e di definizione: con essi, vengono messe in azione valutazioni sull'uguaglianza, sull'equi-valenza, sulla differenza. Con un esempio, uno standard, un tipo, con una semplice inferenza analogica o con una forma implicita di predicazione analogica dell'ignoto attraverso il noto, l'inatteso del linguaggio si manifesta nella realtà, e viceversa la realtà può manifestarsi nel linguaggio: "*l'Unheimliche apparait chaque fois que l'on s'eliegne du lieu commun de la réalité. On décolle. Le contraire apparait dans un rapport dialectique. En un mot, l'impossible surgit*".<sup>320</sup> Proprio come l'*effet de réel* di cui parla Barthes, il perturbante mette in gioco il reale di cui si occupa la psicanalisi, ma anche il reale di cui si occupa il diritto, che sono entrambi effetti non di una focalizzazione, ma di un decentramento.

---

<sup>319</sup> Cfr. Mérigot Bernard, *L'inquiétante étrangeté. Note sur l'Unheimliche*, in: *Littérature*, n°8, 1972, *Le fantastique*, pp. 100-106.

<sup>320</sup> Cfr. Mérigot Bernard, *ibidem*.



Il perturbante mette in azione le continuità discontinue che sono tipiche del linguaggio, perché attraverso un dettaglio, un segno, un evento qualsiasi, riporta in superficie predicati esclusi ma non eliminati, conferendo così al tema centrale del discorso un potenziale che sembrava perduto. In questo modo, altri significati vengono riacquistati attraverso la descrizione di simmetrie fra parti e tutto, fra genere e specie, fra un “ora” e un “prima”; i significati vengono così riscoperti attraverso le operazioni del campo analogico (ma in questo caso non soltanto), confermando l’idea secondo cui soltanto il linguaggio è la vera casa dell’essere, e “nella sua dimora abita l’uomo”.<sup>321</sup>

## 2.1 Analogo e familiare

La familiarità è un elemento centrale del campo analogico, e della costruzione del sapere analogico nel diritto. Come ha osservato Niklas Luhmann, la familiarità è un fatto inevitabile della vita, essa è infatti necessaria per diversi processi che appartengono alla sfera della conoscenza e a quella della convivenza. Ad esempio, agire in una dimensione familiare è la premessa per stabilire un quadro comunicativo in cui possa svilupparsi la fiducia.<sup>322</sup>

La familiarità è ovviamente imparentata con l’analogia: entrambe sono legate tanto alla conoscenza quanto alla denominazione del *nuovo* e dell’*altro* in rapporto al *già noto*. Vediamo per quali ragioni e in che modo. La familiarità è intrinsecamente legata alla naturale tendenza umana a tracciare distinzioni, che si coagula in maniera particolare nel linguaggio e, in questo contesto, nei processi di denominazione. Ritiene infatti Luhmann che “noi cominciamo a operare distinzioni appena nati. (...) Giungiamo in uno spazio non marcato (e ci troviamo compresi in esso), indi eseguiamo il primo ordine: traccia una distinzione!”.<sup>323</sup> In questo modo, dobbiamo indicare quale parte della distinzione scegliamo, cosa intendiamo scegliere quando scegliamo e cosa intendiamo distinguere quando distinguiamo. D’altra parte, come ha fatto notare Foucault e com’è stato ripreso nella prima parte di questo lavoro, il

---

<sup>321</sup> M. Heidegger, *Lettera sull’“umanismo”* (1947), in Id., *Segnavia* (1976), a cura di F. Volpi, Adelphi, Milano (1987).

<sup>322</sup> Per un’analisi completa, si veda N. Luhmann, *Familiarità, confidare e fiducia*, in: *Le strategie della fiducia. Indagini sulla razionalità della cooperazione*, a cura di D. Gambetta, Torino, Einaudi, 1989, pp. 123-137.

<sup>323</sup> Luhmann, *ibidem*, p. 124.

linguaggio nasce per tracciare distinzioni. Questa naturale tendenza si specifica in molti meccanismi, basati anche sulla somiglianza, l'adeguatezza, la compatibilità, l'analogia. Ci si muove dunque nello spazio di comunicazione fra distinzioni e familiarità. Nell'esercizio delle distinzioni, per forza di cose si guarda a ciò che già si conosce: questo è noto, questo meno, questo assomiglia a qualcosa di già noto, questo anche ma differisce per alcuni aspetti. Effettuando distinzioni, si tende a ripeterle, in questo modo assecondando i processi per mezzo dei quali si condensano le forme.

La familiarità, così come l'analogia, è legata alla conoscenza. Tutta la conoscenza procede infatti per distinzioni, se osserviamo attentamente, e ogni definizione lavora sui crinali. Allora l'analogia è ovunque nei processi di conoscenza e in quelli di denominazione, anche se emerge in maniera più forte nella fase decisionale perché in essa la necessità di approdare ad una definizione è ovviamente maggiore. In questo modo si condensano le forme - una volta che le definizioni si sono condensate, "la parte indicata assumerà non solamente la qualità logica dell'identità, ma anche la qualità metalogica della familiarità. La distinzione si sviluppa fino a sfociare nella distinzione tra familiare e non familiare".<sup>324</sup>

Nei processi di conoscenza, ma anche nell'interpretazione, è necessario ricondurre la non familiarità alla familiarità: le due dimensioni coesistono, tanto a livello della mente, del linguaggio, quanto (con alcune distinzioni) nel discorso giuridico: "non appena una parte si riempie di condensazioni, la distinzione rafforza la propria struttura asimmetrica e cominciamo a vivere in un mondo familiare popolato da pericoli familiari, entro confini che delimitano il non familiare."<sup>325</sup> La familiarità è per queste ragioni anche il crinale su cui si stabiliscono le simmetrie (il che spiega anche, in parte, la scelta dell'etichetta data a questo capitolo).

Familiare e non familiare sono concetti interconnessi; per certi versi, sono anche relazionali. Si può vivere nel contesto di un mondo familiare e si possono reintrodurre elementi di non familiarità attraverso diversi processi. Viceversa, il non familiare è perturbante perché porta sempre con sé il segno di qualcosa di

---

<sup>324</sup> Luhmann, *ibidem*, p. 124.

<sup>325</sup> Luhmann, *ibidem*, p. 124.

già noto, o familiare. La familiarità allora in questo senso genera la non familiarità.

E' molto interessante il modo in cui Luhmann spiega questa relazionalità attraverso il ricorso al simbolo: il *symbolon*, distinto dal *diabolon* non è soltanto un segno che rimanda oltre se stesso o che indica qualcos'altro: esso presuppone la dialettica familiare-non familiare, operando per permettere il reingresso della differenza nel discorso familiare. Il simbolo rappresenta anche, allora, un elemento perturbante, poiché reimmette nel familiare alcuni elementi del non-familiare. Il simbolo è un elemento tipicamente analogico per il suo carattere riflessivo: come fa l'analogia, richiama una parte del tutto di cui fa parte, essendo esso stesso parte di questo. Ancora una volta, lo studio del campo analogico deve includere la dialettica parte-tutto, questa volta attraverso la dialettica familiare-non familiare. I simboli sono forme di autoriferimento, come anche gli esempi, i modelli, i tipi, gli standard. Sono parti del tutto che richiamano il tutto cui appartengono, ma di cui fanno anche parte (in questo doppio legame consiste l'autoriferimento). L'autoriferimento è un meccanismo che serve a spiegare gli aspetti più complessi di un sistema, come l'ignoto, la novità, e tutte quelle dimensioni perturbanti che sono tipiche tanto del sapere umano quanto della scienza giuridica.

Il simbolo, condensando familiarità e non-familiarità, è per eccellenza l'elemento che reimmette il perturbante nella normalità che crea il *limen* nel quale il discorso giuridico fa uso di analogie, esempi, tipi, standard. Tutti questi meccanismi, incluse le dinamiche su cui sono basati, portano con sé una parte di noto e una d'ignoto.

Un nuovo, importante parallelo fra diritto e linguaggio emerge a questo punto: la dialettica familiarità- non- familiarità riporta l'attenzione su un carattere fondamentale del linguaggio giuridico, che finora è stato analizzato in rapporto all'ambiguità, alla natura analogica dei concetti, ma che in verità attraversa diffusamente tutto il campo analogico. All'interno del linguaggio giuridico i concetti mutano di significato rimanendo gli stessi, e mantengono la propria identità pur sviluppando aspetti nuovi. Letteralmente, il linguaggio e il diritto sono luoghi in cui si originano e sviluppano le cosiddette *continuità discontinue*: autoriferimento e riflessività sono le premesse e le conseguenze di questo carattere.

Non solo di riflessività si tratta: la familiarità è anche un meccanismo di auto-rassicurazione dei sistemi. Volgendosi a qualcosa che è familiare ci si sente, per qualche intrinseca ragione dell'animo umano, più sicuri rispetto a quello che si scopre, o che si dice, o che si denomina. Si può dire lo stesso del pensiero analogico nel discorso giuridico? In che misura l'analogia nel diritto è un elemento rassicurante? Per rispondere a queste domande si deve prima di tutto pensare all'enorme dibattito fra i teorici del diritto (Bobbio su tutti) a proposito del ruolo e della funzione dell'analogia nel diritto. Se, da un lato, esso non può fare a meno di usarla, infatti, dall'altro una tipica critica contro l'analogia è che essa, proprio per la tendenza ad essere euristica, e dunque quasi-logica, è tutt'altro che "rassicurante" per la coerenza del discorso giuridico. E' stato sostenuto che il pensiero analogico sia spesso fonte di un'eccessiva morbidezza nella razionalità giuridica, che trova invece nella corrispondenza normativa la sua ragione coesenziale.

Stabilita la relazione fra familiarità e analogia, è opportuno rilevare che entrambi i concetti dipendono da una più astratta idea di simmetria. Stesso "metro", stessa misura (*syn* e *metron*, "con" oppure "anche" e "misura"): per dire cosa è familiare e cosa non lo è, così come per stabilire cos'è simile e cosa no, se deve ragionare in un'ottica di confronto, basata sulla com-misurazione rispetto ad un *metron*. La familiarità, da un lato, presuppone relazioni di simmetria fra sistema e ambiente di provenienza: soltanto con questo presupposto è possibile stabilire cosa sia proporzionato e cosa non lo sia. La simmetria è quindi in una certa misura anche lo sfondo su cui poggia la familiarità. La familiarità è anche dunque, un dispositivo per tracciare simmetrie e per valutare se vi siano asimmetrie (sono concetti relazionali, non si può): "la familiarità traccia la relazione (asimmetrica) tra settori familiari e non familiari e si limita al familiare. Il non familiare rimane opaco. Non c'è bisogno di un'autoriflessione cosciente: io mi sono familiare".<sup>326</sup> Nella stessa maniera, autorassicurazione, riflessività e autoreferenzialità sono concetti che ritornano quando si osservano i modi in cui opera il campo analogico nel discorso giuridico: vengono stabilite corrispondenze fra parti e tutto e fra genere e specie, e questo è ovviamente anche un meccanismo riflessivo.

Un'ulteriore, conclusiva, osservazione contribuisce a completare questo

---

<sup>326</sup> Luhmann, *ibidem*, p. 130.

sintetico quadro del tema della familiarità in rapporto al campo analogico. Luhmann ha osservato che già nella retorica antica, arte per la quale ricordare i brani era importantissimo, inventare, inserire nuovi elementi inattesi nel discorso divenne presto una tecnica per sorprendere il pubblico, che era preparato sui brani imparati ormai a memoria. Si può essere quindi anche familiari con un ordine del discorso, e l'introduzione di una figura nel quadro dello stesso funziona da elemento perturbante, richiamando attraverso un dettaglio, una parte, il tutto.

L'opposizione fra sintagmatica del discorso giuridico e paradigmatica, richiamata a proposito dell'omogeneità nella prima parte di questa tesi, ritorna ad acquisire rilevanza, in vista anche della terza ed ultima parte che sarà invece dedicata alla questione dell'esemplarità (e della paradigmaticità). La familiarità ha dunque anche a che fare con la dimensione argomentativa del campo analogico, con quello che è stato finora chiamato "argomento", che di fatto altro non è se non un estratto esemplare che rappresenta un ordine sottostante, e che può essere usato tanto per persuadere.

Allo stesso modo, attraverso il richiamo analogico a qualcosa di noto (esempio, tipo, modello, standard convenzionalmente accettati) è più facile mantenere aperta la comunicazione con un pubblico. Si ripropone così, nella connessione fra familiare ed analogo, la polisemia del campo analogico e insieme un elemento che ha ancora più rilevanza per la tesi centrale di questo lavoro: il campo analogico ha nelle forme di rappresentazione una dimensione essenziale, siano esse generalizzazioni, paradigmaticità, esemplarità, o tipicità.

### **3. *Law and Technology*, o diritto e scoperta**

Viste queste brevi premesse sull'interrelazione fra familiarità e analogia, è bene slittare leggermente il focus del discorso su un argomento affine, ovvero la scoperta dell'altro: un meccanismo in cui - come vedremo - tanto la mente umana quanto il discorso giuridico fanno uso, costantemente, dei dispositivi del campo analogico. Anche in questo caso, come per la questione della familiarità, la simmetria fa da sfondo teoretico alla questione. L'esempio analizzato è stato per lungo tempo uno dei temi preiletti da linguisti ed antropologi per l'analisi del rapporto fra identità e alterità: si tratta della scoperta dell'America.

La storia della scoperta dell'America è rappresentativa per diverse ragioni, tutte importanti. Alcune fra queste spiccano per la rilevanza che possono acquisire se osservate dalla prospettiva del discorso giuridico. Ogni percorso che porta dal noto all'ignoto soffre di una profonda e necessaria ambiguità; la scoperta svela una nuova dimensione, a prescindere dal fatto che si fosse consapevoli oppure no di cercarla (il dibattito epistemologico a proposito è immenso), dando luogo dopo lo svelamento a diverse reazioni. Anzitutto, però, è necessario fare una precisazione semantica: "svelare" e "rivelare" sono concetti alternativi, e non sinonimi come spesso si tende a pensare. "Svelare" corrisponde all'operazione inversa a "velare", porre un velo su qualcosa; svelando dunque si porta allo scoperto ciò che era coperto. "Rivelare" tipicamente è usato per indicare l'operazione con cui si porta allo scoperto ciò che era conosciuto e segreto; ma più esattamente l'atto del rivelare comporta una nuova copertura, un'ulteriore "velatura". Le sfumature di significato di questi due verbi sono particolarmente rilevanti nel discorso che lega l'esperienza di Colombo al diritto. Nell'avvicinarsi al nuovo si possono assumere atteggiamenti diversi: il nuovo può essere svelato, nella sua autenticità, tentando di mantenere la sua identità. Esso può essere anche rivelato, nel senso che nell'atto della scoperta si sceglie piuttosto di descrivere l'oggetto sconosciuto secondo i propri codici. Anche la storia della scoperta dell'America ha sofferto di quest'ambiguità, poiché alla scoperta, conquista e conoscenza di luoghi e persone "nuovi", sono corrisposte forti ambiguità. L'alterità è stata in effetti al tempo stesso rivelata e rifiutata: Colombo stesso partecipa dell'ambiguità, non riuscendo a percepire l'altro fino in fondo e imponendo i propri valori e il proprio dizionario (che corrisponde, come abbiamo visto, anche all'imposizione dei valori). In maniera analoga, il diritto spesso procede incorporando oggetti sconosciuti alla sua grammatica richiamando modelli già giuridificati e integrati nella dimensione normativa.<sup>327</sup> L'avanzamento nella tecnologia provoca naturalmente delle conseguenze nella percezione e nella gestione della vita quotidiana, e fra queste possono verificarsi anche lesioni di diritti (libertà, *privacy*). E' a questo punto che il

---

<sup>327</sup> Come accade quando una nuova tecnologia viene sviluppata: da essa si generano nuove possibilità nella realtà sociale (come ad esempio una tipologia di danno legata alla *privacy* nella rete, oppure una questione legata all'uso di nuovissimi dispositivi per tracciare i movimenti di una persona, come GPS o anche gli *smartphones*).

diritto deve intervenire per scoprire, conoscere e in un certo senso anche conquistare il *nuovo*. Anche se esso non è ancora stato giuridificato, o se non vi sono stati precedenti che hanno stabilito come trattare un tipo di caso, il processo decisionale deve procedere. La necessità della decisione comporta un'accelerazione: il nuovo deve essere classificato perché si possa procedere allo sviluppo di un'argomentazione pertinente intorno ad esso. Si può decidere soltanto su quello che si conosce?

Torniamo per un momento alla scoperta dell'America. Il tema della scoperta dell'altro - nel senso di un altro ignoto in particolare - si descrive in una dimensione complessa; nella scoperta dell'altro si distinguono diversi passaggi: all'inizio, un giudizio di valore (buono o cattivo, superiore o inferiore). In un secondo momento, ci si può allontanare o avvicinare all'altro (può avvenire un'identificazione, un'assimilazione, o un rifiuto); in un terzo e ultimo passaggio, più strettamente epistemologico, l'identità dell'altro può essere conosciuta o ignorata. L'avvicinamento all'altro è fatto dunque di una serie di momenti e stati conoscitivi, in cui la valutazione delle differenze e degli aspetti di omogeneità è chiaramente centrale; i piani sono inteconnessi, ma non in modo rigoroso: una cosa può infatti avvenire prima dell'altra. Questo è vero anche nel discorso giuridico, dove talvolta la descrizione di un oggetto ignoto è seguente alla necessità di una decisione, mentre altre volte può essere la conseguenza di una determinata situazione storica o politica.<sup>328</sup> Las Casas rappresenta la differenza fra lo scopritore e il conoscitore. Colombo scopre, per trovare conferme di ciò che già sa; Las Casas vuole conoscere, non parte da alcuna certezza indiscutibile, muovendosi per questo con una maggiore cautela nei confronti della novità. Se Colombo aveva un atteggiamento finalisticamente orientato a confermare ciò che egli già aveva appreso ed elaborato dalla tradizione cristiana e dalla propria cultura (mantenendo per questo motivo un elemento forte di pre-modernità), Las Casas introduce nel discorso sulla scoperta: la giustizia degli indiani, invece di essere giudicata o misconosciuta (o persino, spesso, disconosciuta) deve essere intesa prospetticamente. Rinunciando, in questa maniera, al desiderio di assimilare ogni pratica dell'ignoto (gli indiani) al noto (ovvero le pratiche della giustizia in madrepatria):

---

<sup>328</sup> Todorov, p. 226.

“Ecco come la giustizia ‘distributiva’ e ‘prospettica’ di Las Casas lo porta a modificare un’altra componente della sua posizione.” (p. 235)

La conoscenza del nuovo può anche essere, quindi, una dinamica *comprensiva* - seppure attraverso i filtri del già noto - che non esclude la conferma ma neppure il ribaltamento delle aspettative. Ciò che preme rilevare sopra ogni altra cosa è il ruolo giocato dal campo analogico in questo discorso. Come si è già anticipato, il campo analogico è un concetto che ci permette di pensare l’analogia come meccanismo che agisce su diverse dimensioni: a livello dei *concetti* (che possono essere analogici, se intermedi fra quelli univoci e quelli equivoci), a livello degli *argomenti* (ragionare per analogia), a livello del *giudizio* (connettere fatti e norme non secondo un giudizio determinante, ma secondo un giudizio riflettente), e infine a livello della *predicazione*. L’idea del campo permette di lavorare su un piano che tenga insieme queste dimensioni senza sacrificarne nessuna; ciò diventa particolarmente importante per quanto si è detto a proposito della scoperta dell’ignoto attraverso il noto: nel nominare i luoghi Colombo usa un meccanismo di predicazione analogica fondato su un’inferenza di base per cui ciò che lui già conosce ha una sua validità, per cui chiamare con gli stessi nomi ciò che lui non conosce significa attribuire anche validità all’ignoto. Significa accettarlo (forse più che conoscerlo). Il campo analogico, con tutti i suoi componenti, permette di vivere la differenza nell’uguaglianza, proprio come hanno fatto gli Spagnoli per la scoperta dell’America, hanno “affermato (l)‘esteriorità dell’altro che va di pari passo col suo riconoscimento come soggetto”.<sup>329</sup>

---

<sup>329</sup> Todorov qui si serve ancora una volta di Bachtin, p. 303.



### 3.1 *United States v. Jones*: la novità svelata o ri-velata?

Si può decidere soltanto su quello che si conosce? Questo interrogativo è centrale per una comprensione profonda del discorso giuridico; esso corrisponde, per certi versi, a un'altra classica questione - nell'ambito della medesima questione giuridica, una nuova decisione rappresenta un cambiamento nel diritto, una novità, oppure costituisce semplicemente l'applicazione di una vecchia norma a nuove situazioni? E' ovvio che questo problema interessi il campo analogico direttamente. Interpretazione estensiva di una norma e applicazione analogica sono alternative facilmente confondibili, se non persino già confuse. Al di là del dibattito giuridico-politico sulla differenziazione fra questi due metodi (che richiede una trattazione autonoma e molto approfondita), qui ci interessa piuttosto discutere la portata del pensiero analogico in un tipo ben determinato di casi. Per questa ragione, il corpo centrale della presente sezione è costituito dalla descrizione completa di un caso, *United States v. Jones* (2012). Ricostruendo i fatti centrali e la questione giuridica di fondo, ripercorreremo anche genealogicamente la costruzione giurisprudenziale del concetto di "search" da parte della Corte Suprema americana nel corso degli ultimi ottanta anni (1928-2012). L'analisi del caso si dimostra particolarmente utile alla ricostruzione dell'evoluzione semantica di un concetto giuridico in relazione agli avanzamenti nel campo delle nuove tecnologie. Il rapporto fra noto e ignoto riemerge con chiarezza e diviene così anche qui lo sfondo per decifrare i modi operativi del campo analogico in azione. Il discorso generalmente individuato con l'espressione "law and technology" è particolarmente rilevante per comprendere, oltre al potenziale argomentativo del diritto, anche quello predicativo, in cui la dimensione cognitiva coincide spesso con il giudizio. Bisogna decidere, insomma, e per farlo si deve stabilire convenzionalmente come descrivere un oggetto nuovo. Qui ritorna fortemente la logica della scoperta.

Il ramo del diritto che riguarda le connessioni fra diritto e nuove tecnologie offre moltissimi spunti di riflessione. Primo fra tutti, il legame con diversi ambiti della scienza in cui, nel tempo, nuovi strumenti vengono creati grazie all'avanzamento della conoscenza: per questa ragione si tratta di un

campo *simbolico* - in un modo del tutto peculiare - da cui si trae *case law* in supporto della tesi secondo cui nel pensiero analogico, oltre applicazione e interpretazione, c'è tutto uno spazio di descrizione e definizione del *nuovo* da esplorare. Peraltro, non soltanto il caso *Us v. Jones*, ma molta giurisprudenza sulle nuove tecnologie offre spunti per una riflessione rilevante sulla dimensione epistemologica del diritto. Osservando i diversi livelli d'inclinazione alla "flessibilità" (o adattabilità) analogica, fra *internet law*, *law of the cyberspace*, e tutte le infinite possibilità ricomprese nell'espressione "*law of the...*", emergono infatti i nodi in cui interpretazione e decisione si intersecano, con l'ulteriore elemento della scoperta della novità attraverso le categorie note, in una dimensione piuttosto estesa che va - ad esempio - da questioni di diritto pubblico (sicurezza pubblica - libertà privata) alle tensioni fra diritto e tecnica.<sup>330</sup> Un campo così vario, e in continua evoluzione, offre inoltre la possibilità di rilevare funzioni e potenziali disfunzioni del pensiero analogico, nel senso che non sempre i meccanismi del campo analogico offrono la soluzione esatta per i casi in questione. Distinguere fra i casi nei quali il campo analogico ha avuto un ruolo decisivo e quelli in cui invece proprio ragionando per *disanalogy* si è arrivati a decidere, è utile per una ragione: lungi dal voler procedere ad un'apologia dell'analogia contro gli attacchi ricevuti (in nome della certezza, *in primis*), è importantissimo stabilire invece che, sia lavorando da base legittimante un argomento, sia servendo da elemento "negativo" intorno al quale costruire una nuova linea argomentativa, l'analogia stabilisce comunque uno spazio per la comparazione in cui ragionare. Che si mettano in rilievo le similitudini più che le differenze, o viceversa, è rilevante nel contesto del singolo caso, ma meno nella più vasta analisi della dimensione complessa del campo analogico. Ad esempio, un recente lavoro di Pamela Samuelson<sup>331</sup> mostra come la concorrenza e la rapida innovazione nell'industria dei *software* potrebbero essere minacciate dalla estensione analogica della *copyright protection* prevista per i programmi informatici ai linguaggi di programmazione, ai sistemi di raccolta dati, alle interfacce deputate allo sviluppo della cosiddetta

---

<sup>330</sup> In particolare su questo aspetto si rimanda, per un'analisi molto completa e approfondita, a E. Resta, *Diritto vivente*, Roma-Bari, Laterza (2012).

<sup>331</sup> *Does Copyright Protection Under the EU Software Directive Extend to Computer Program Behaviour, Languages and Interfaces?*, disponibile online su <http://ssrn.com/abstract=1974890>. Pamela Samuelson è Richard M. Sherman Distinguished Professor of Law presso la University of California, Berkeley.

“*interoperability*”. Senza entrare troppo addentro le questioni tecniche che non competono a questo discorso, preme invece rilevare come in questo contesto l’uso dell’analogia potrebbe rivelarsi pericoloso per la protezione dei diritti d’autore, poiché dall’estensione di una norma ad altri casi, questi ultimi potrebbero esserne danneggiati. Ancora una volta, dunque, il bilanciamento fra *analogy* e *disanalogy* diventa centrale per mantenere equilibrio nelle decisioni, nelle politiche del diritto (qui gli interessi economici in gioco sono immensi), e nella dimensione concettuale in cui i nuovi oggetti vengono categorizzati. Nella scoperta dell’altro, quindi, non può sempre esserci un atteggiamento che tenda all’assimilazione. Colombo e la sua pre-modernità hanno mostrato che svelare, rivelare e rifiutare il nuovo in nome di una tradizione sono meccanismi pericolosamente vicini, ma la semantica, si sa, è determinante proprio perché così delicata, ed è delicata perché diventa determinante, nel diritto in modo particolare.

Qualcosa di simile accade per il diritto dell’*internet*: che modello usare? Si può applicare il concetto di proprietà a uno spazio o a un oggetto virtuale? Che ne è del diritto di libertà nel mondo virtuale? Tutto deve essere ricostruito sui modelli noti? Vedremo nel prossimo capitolo che queste domande hanno segnato il dibattito negli ultimi decenni.

La varietà della casistica sul tema della scoperta del nuovo o dell’altro sta a dimostrare qualcosa: sia che il campo analogico serva a provare quale sia il modello o l’esemplare da imitare, sia che invece mostri con evidenza che certi modelli non si adattano più alla realtà in mutamento, perché gli interessi sono mutati, comunque il campo analogico è la base su cui i meccanismi di scoperta ed approssimazione all’ignoto si basano.

### **3.2 Evoluzione di un concetto giuridico (*search*) e campo analogico**

Scoprire è dunque un’attività connessa al conoscere, e ciò è dimostrato dall’importanza che le definizioni acquisiscono nel processo di conoscenza del *nuovo* (in senso lato). L’analisi di un caso specifico e della giurisprudenza a esso connessa contribuiscono a completare il discorso.

Il signor Jones viene condannato nello US District of Columbia per aver contribuito allo spaccio - e per il possesso con finalità spaccio - di cinque Kg. o

più di cocaina e di 50 gr. di base pura. Jones propone appello contro la decisione in prima istanza, e la US Court of Appeals per il District of Columbia ribalta la decisione; in seguito, viene accordato accordato *writ of certiorari*. La Corte Suprema stabilisce che il fatto di attaccare un dispositivo GPS (Global-Positioning-System) ad un veicolo, e il conseguente uso del dispositivo per monitorare i movimenti del veicolo nelle strade pubbliche, costituisce una “*search*” (perquisizione) compresa nel significato del Quarto Emendamento alla Costituzione Americana (che è compreso nel Bill of Rights). Il testo del Quarto Emendamento prevede che

*“The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.”*

La norma protegge dunque i cittadini da perquisizioni, arresti e confische irragionevoli (quando messe in atto senza mandato del giudice o senza rispettare le condizioni previste dal mandato - “*warrant*”). I due aspetti fondamentali discussi dalla Corte riguardano il significato di due termini, il che conferma che spesso il processo decisionale (se non sempre) riguarda le definizioni e l'accordo su di esse. Nel determinare cosa concretamente costituisca una “*search*” secondo il testo del Quarto Emendamento, la Corte deve infatti sempre assicurare di garantire il grado di privacy previsto quando l'Emendamento fu adottato (circa il 1789). Il criterio generalmente utilizzato per verificare se un caso richiede una perquisizione per cui serve un mandato corrisponde a verificare se l'intrusione interviene fisicamente su un'area costituzionalmente protetta. Allo stesso modo, anche la “*seizure*” (confisca) non si verifica necessariamente nel caso di *trespass*, ma in qualunque situazione in cui vi sia un'interferenza rilevante nell'interesse possessorio di un individuo. I criteri sono piuttosto discrezionali e da sempre molto spazio è lasciato all'interpretazione della Corte. Quando, ad esempio, un'interferenza può considerarsi “significativa” (*meaningful*)? Ciò dipende dalle circostanze del caso, dalle politiche del diritto e dall'idea di privacy prevalente in un contesto storico

determinato. Non solo, ma l'interpretazione riguarda anche il termine "effect": un veicolo può essere considerato un effetto, oppure no? Ancora una volta il testo normativo contribuisce parzialmente ad indicare un orientamento, che però deve essere fissato ed integrato con il processo interpretativo-decisionale. La Corte, in *US v. Jones*, ha deciso che la macchina è un effetto nel senso del Quarto Emendamento e che il tracciamento per mezzo di GPS costituisce una "search": per queste due ragioni, il *warrant* era richiesto quando l'attività di tracciamento è stata portata avanti, e dal momento che invece la polizia aveva un mandato scaduto e valido per un altro stato (Maryland), quindi di fatto non l'aveva, la *search* è stata dichiarata illegittima e Jones è stato scagionato.

Un breve *excursus* genealogico nella formazione giurisprudenziale dei concetti rilevanti per la decisione, insieme all'analisi degli argomenti adottati da alcuni dei giudici della Corte, chiariscono le ragioni in favore o contro la validità della perquisizione tramite GPS, mettendo anche in rilievo come il campo analogico ritorni in diversi passaggi, con una certa evidenza. Prima del caso *Jones*, c'erano infatti diverse buone ragioni per credere che il Quarto Emendamento stesse tramontando. Come si è anticipato, questa norma garantisce il diritto di ciascun individuo ad essere al sicuro nella propria casa, per i propri documenti ed i propri effetti, contro perquisizioni irragionevoli, e nessun mandato può essere emesso senza una causa probabile, supportata da giuramento o da dichiarazione solenne, e in particolare senza una descrizione del luogo da perquisire, e delle persone o delle cose da sequestrare. Negli ultimi anni, però, lo sviluppo delle nuove tecnologie ha seriamente modificato le aspettative di *privacy*: strumenti quali *smartphones* e la rete (fra gli altri, numerosi, come ad esempio i *tablets*) hanno provocato una svolta importante, anche nel rapporto fra discorso pubblico ed aspettative di *privacy* del singolo individuo, le aspettative per cui si sono abbassate, pur essendo per certi versi stata semplificata la vita quotidiana (si pensi in particolare alla facilità di accesso alle informazioni). La *ratio* del Quarto Emendamento era originariamente legata alla proprietà (come intesa alla fine del XVIII secolo, quindi senza alcun collegamento a concetti come "proprietà intellettuale" o proprietà di uno spazio sulla rete). Il testo stesso dell'Emendamento riflette una forte connessione alla proprietà, altrimenti la frase "*in their persons, houses, papers and effects*" sarebbe stata superflua. Coerentemente con tale orientamento,

per decenni la giurisprudenza su questo Emendamento è stata principalmente collegata a casi di *trespass* (concetto che corrisponde a un'intera area della *tort law* dei sistemi di Common Law e che generalmente è suddiviso in tre categorie: *trespass to persons*, *trespass to chattels* - beni mobili -, *trespass to land*).

Nella decisione *Kyllo v. United States* (2001), la Corte aveva stabilito che l'uso di un dispositivo rilevatore di calore (*thermal imaging device*) per monitorare le radiazioni provenienti dalla casa del signor Kyllo costituiva una "search" secondo il significato del Quarto Emendamento, per cui sarebbe stato necessario il mandato di perquisizione, che invece la polizia non aveva, e per cui la Corte ribaltò la condanna per la coltivazione di marijuana nel proprio appartamento. Questa decisione era d'altronde coerente con l'argomentazione seguita in un celebre precedente, *Katz v. United States* (1967), decisivo per l'evoluzione del campo semantico del Quarto Emendamento, avendo esso di fatto ribaltato l'orientamento prevalente. La Corte, in *Katz*, aveva in effetti ampliato e specificato la protezione della privacy a tutte quelle aree in cui gli individui hanno una "ragionevole aspettativa" di *privacy* ("*a reasonable expectation of privacy*"), anche nel caso di un'intrusione immateriale per mezzo di uno strumento tecnologico (in quel caso si trattava di un apparecchio telefonico). Con la decisione *Katz*, il prevalente orientamento giurisprudenziale era stato modificato. Fino a quel momento la giurisprudenza aveva seguito lo standard ermeneutico di *Olmstead v. United States* (1928), in cui la Corte aveva dovuto decidere se l'utilizzo di intercettazioni telefoniche come prove costituisse una violazione dei diritti protetti dal Quarto Emendamento. All'epoca, la Corte aveva stabilito che non vi era violazione, poiché non si era verificata alcuna intrusione nell'abitazione o negli uffici degli imputati ("*[t]here was no entry of the houses or offices of the defendants*").

La successiva decisione *Katz*, come mostrato, è stata decisiva poiché ha stabilito uno standard che ancora attualmente rappresenta un modello di riferimento in materia, precisando che "*the Fourth Amendment protects people, not places*": proteggendo le persone e non le cose o i luoghi, il raggio d'azione del concetto si espande in maniera decisiva. Dopo questa decisione, il criterio decisivo sul tema è divenuto l'aspettativa individuale di *privacy* che la società riconosce come ragionevole, e non più l'intrusione fisica in una qualsiasi dimensione della proprietà.

La costruzione giurisprudenziale di uno standard (qui in particolare con la decisione *Katz*, che dipende anche dall'orientamento precedente e evidentemente ha ripercussioni nel futuro) è rilevante perché mostra come spesso il bilanciamento, in questo caso in una questione di diritto pubblico, si costruisca anzitutto dalla comparazione fra modelli leggermente disomogenei ma rilevantemente connessi da una qualche attributo.

Come hanno notato, fra gli altri, i giudici Alito e Sotomayor, gli sviluppi di nuove tecnologie che hanno reso possibile il tracciamento dei movimenti degli individui avranno verosimilmente un'influenza sul cosiddetto *Katz* standard per la valutazione delle aspettative di *privacy*, nel senso che non è soltanto la realtà ad incidere sulla giurisprudenza, ma anche quest'ultima ha delle conseguenze sulla gestione della vita privata. I casi *Katz* e *Jones*, in particolare, hanno significato molto per la percezione diffusa della *privacy* nella vita quotidiana degli individui statunitensi. In particolare, Sotomayor ha rilevato come il "test" dell'aspettativa ragionevole di *privacy* sarà d'ora in avanti (la decisione è infatti recente, del 2012) condizionato da una concezione maggiormente pervasiva della vita privata legata all'uso di dispositivi come il GPS, per cui un medesimo criterio dovrà essere applicato anche in casi futuri analoghi, come ad esempio quelli riguardanti gli *smartphones*.

In che modo si manifesta il campo analogico in questo contesto? In primo luogo, nella natura analogica dei concetti descritti dal Quarto Emendamento. Essi sono infatti passibili di interpretazioni differenti in contesti disomogenei, e per questa ragione soltanto una mediazione (intesa anche come misurazione) a livello ermeneutico. Rilevante da un altro punto di vista è l'opinione di Justice Alito. Rispondendo all'osservazione secondo cui in *US v Jones* non si è verificata alcuna intrusione nella proprietà di Jones, e in particolare nessuna intrusione riconducibile allo standard adottato all'entrata in vigore della norma. L'obiezione di Alito è costruita su una *disanalogy*: "*it is almost impossible to think of late-18th-century situations that are analogous to what took place in this case*" (è impossibile immaginare che una situazione analoga potesse verificarsi nel tardo XVIII secolo). L'unico modo per immaginare una situazione assimilabile consiste nel far coincidere il dispositivo GPS con un individuo in carne ed ossa, un *constable* (poliziotto): se si fosse posto un poliziotto nel portabagagli della macchina di Jones per tracciare i suoi movimenti, questo avrebbe

ragionevolmente costituito una *search* secondo il campo di significato del Quarto Emendamento. In un simile caso, certamente le informazioni ottenute sarebbero state frutto di *trespass* e dunque di una perquisizione illegittima. Al di là delle analogie e disanalogie con possibili casi simili verificatisi (o rappresentabili) in contesti storici precedenti, le parole conclusive di Alito sono molto incisive:

*“In any case, it is quite irrelevant whether there was an 18th-century analog. Whatever new methods of investigation may be devised, our task, at a minimum, is to decide whether the action in question would have constituted a “search” within the original meaning of the Fourth Amendment. Where, as here, the Government obtains information by physically intruding on a constitutionally protected area, such a search has undoubtedly occurred”*

Per cui, l’analogia e le differenze (entrambe ricomprese nel campo analogico, per cui rileva anzitutto la comparazione, e solo in secondo luogo l’effettiva assimilabilità) sono rilevanti per comprendere e spiegare il problema giuridico che viene discusso, ma sono soprattutto funzionali alla decisione finale: la costruzione dello standard e l’usi dello standard per la valutazione della rilevanza giuridica dello stesso modello sono meccanismi ugualmente importanti.

### 3.3 “*Law of the...*”

Nel processo di “scoperta” del nuovo, abbiamo visto che anche il diritto (un po’ come Colombo, Cortés e Las Casas) deve spesso scegliere se svelare, o rivelare (e dunque in un certo senso anche rifiutare) la novità. Lo scarto si gioca fra una scelta in favore della continuità rispetto a un codice e una *ratio* già esistenti, e l’alternativa - che protende invece per la ridefinizione del nuovo oggetto nel rispetto della sua identità, al di là della continuità o discontinuità con il *già noto*. Un altro esempio rilevante nel discorso giuridico, sempre attinente alle nuove tecnologie e all’approssimazione alle novità attraverso la decisione o la codificazione, riguarda la regolazione dello spazio virtuale (i.e. “*cyberspace*”). Un noto giurista statunitense, non molto tempo fa, in occasione di una conferenza dedicata proprio al “*Law of the Cyberspace*”, ha dichiarato che se



si deve pensare nei termini di un diritto per lo spazio virtuale (qui si fa riferimento soprattutto ad internet), allora dovrebbe esserci anche un “*law of the horse*” (letteralmente, un “diritto dei cavalli”).<sup>332</sup> Come a dire: se si vuole iniziare un discorso sulla giurificazione dello spazio virtuale (l’espressione “*law of the...*” sta proprio a rappresentare la *Verrechtlichung*) si deve fare altrettanto per tanti, troppi campi della realtà in cui interviene una qualche forma di giuridificazione. Secondo Easterbrook, il modo migliore per comprendere il diritto ed essere dei buoni giuristi, consiste piuttosto nel familiarizzare con principi o regole generali: ogni discorso può essere infatti ricondotto a problematiche generali, che in un certo senso funzionano da tracciati indicativi per molti campi del diritto, anche disomogenei fra loro (la discussione di questioni problemi dovrebbe limitarsi a temi che possano illuminare davvero tutto il diritto, con le sue parole “*should be limited to subjects that could illuminate the entire law*”). Quindi, al contrario, la declinazione in termini di “*law of the ...*” delle questioni giuridiche che riguardano nuovi campi d’intervento dei processi di giuridificazione potrebbe risultare pericolosa, poiché tentando di declinare, in termini mai discussi prima, le problematiche nuove, si rischierebbe di non garantire la coerenza a cui invece ogni ordinamento normativo deve puntare. La questione che si pone agli interpreti del diritto è se quest’ultimo debba mutare di fronte ai mutamenti, e in che misura; ad esempio, sempre a proposito di una creazione di un diritto per lo spazio virtuale, ci si è chiesti:

*“Should the law change in response to that different feature? Or should the law try to change that feature, to make it conform to the law? And if the latter, then what constraints should be there on the law’s effort to change cyberspace’s “nature”? What principles should constrain the law’s mucking about this space?”*

Lavorando sull’esempio del *cyberlaw*, si pongono questioni rilevanti sulle modalità operative del diritto anche al di fuori di questo campo. Il dibattito sulla regolazione dello spazio virtuale, incentrato essenzialmente intorno all’interrogativo “come trattare giuridicamente la novità, guardando indietro o

---

<sup>332</sup> Easterbrook, Frank H. (1996), *Cyberspace and the Law of the Horse*, University of Chicago Legal Forum.

creando una nuova dimensione normativa?” diventa emblema del problema della giuridificazione nell’epoca contemporanea. Questo esempio è, peraltro, particolarmente efficace nella misura in cui permette di ridiscutere concetti centrali per il diritto, quali lo spazio e la proprietà (fra gli altri).

In particolare, è il carattere della spazialità ad assumere rilevanza nella prospettiva del campo analogico: si può procedere ad una predicazione dello spazio virtuale come se esso fosse spazio reale, o bisogna trovare nuovi nomi per una cosa simile? Può funzionare, in questo caso, una assimilazione finalizzata alla predicazione del *nuovo* in relazione al *noto*? In cosa differiscono questi due “oggetti”? Lo possiamo vedere immediatamente con qualche esempio. E’ noto che nello spazio “reale” (che qui contrapponiamo alla sua rappresentazione “virtuale”), la pornografia è generalmente inaccessibile per i minori, infatti per legge non si possono vendere materiali pornografici ai minori, e il mercato stesso limita l’accesso dei minori alla pornografia poiché spesso questi non dispongono di risorse economiche. In ogni caso, a prescindere dalle singole ragioni che rendono l’accesso particolarmente difficile nello spazio reale, ciò che rileva è che i minori incontrano difficoltà se vogliono acquistare materiale pornografico. Lo stesso non si verifica nello spazio virtuale: è praticamente impossibile, a meno che il dispositivo informatico usato dal minore venga munito di filtri, impedire ad un minore di avere accesso a materiale pornografico *online* (dunque all’interno dello spazio virtuale). Gli sforzi per limitare l’accesso (*zoning*) dei minori a materiale pornografico online si sono spesso rivelati inconcludenti, poiché non è così semplice creare un meccanismo di auto-identificazione nello spazio virtuale, sebbene alcuni tentativi siano stati fatti, dopo l’emersione di questa problematica nel discorso pubblico. Resta comunque molto più difficile verificare se ci si trovi davanti ad un bambino in uno spazio, come quello virtuale, in cui la dimensione rappresentativa costituisce praticamente l’unico riferimento, per cui la finzione diventa più semplice.

Il diritto del cyberspazio pone anche alcune questioni di privacy. Se si entra in un negozio “reale”, spesso una telecamera registra i nostri movimenti, anche che tipo di prodotti cerchiamo. Se un impiegato in carne ed ossa ci segue, può controllare cosa acquistiamo, e leggerà il nostro nome alla casa se usiamo una carta di credito per il pagamento. Nello spazio virtuale, non si nota così

facilmente d'essere monitorati, perché la sorveglianza e il tracciamento delle attività di un individuo non si autenticano facilmente, essendo impercettibili. Nulla rivela che siamo controllati e non c'è un meccanismo per cui si può autorizzare la sorveglianza e il monitoraggio delle attività. Semplicemente accade, ma con dinamiche diverse, più "sfuggenti", di quelle che si verificano invece nello spazio reale:

*"these examples fit a pattern a feature of the environment of cyberspace that differs from an analogous feature in real space; the question for law is how to respond. Should the law change in response to that different feature? Or should the law try to change that feature, to make it conform to the law?"<sup>333</sup>*

Il carattere della *spazialità* nella dimensione virtuale non è limitabile così semplicemente come invece lo è nella realtà: la divisione e la limitazione dello spazio su internet sono infatti estremamente costose. L'anonimato e la presenza di più giurisdizioni, rendono il controllo dello spazio virtuale particolarmente difficoltoso. Come istituire, dunque, una regolazione dello spazio virtuale? Attraverso il pensiero analogico, il diritto traccia identità e differenze, poiché tutti gli elementi del campo analogico lavorano principalmente sulla comparazione. Nel tentativo di stabilire delle regolarità, il ruolo dell'analogia è essenziale, perché essa permette di richiamare modelli già accettati e validi, e di usarli per descrivere nuove dimensioni. Nell'istituire le proprie regolarità, il diritto lavora su differenti livelli, tramite meccanismi d'interazione fra questi. Diversi concetti il cui contenuto va definito contribuiscono a rendere il quadro complesso: spazio, limite, modalità di limitazione. E' attraverso la ricerca del contenuto di espressioni come queste che il diritto si misura, scoprendo quando necessario concetti nuovi espressi dagli stessi termini, o nuovi termini per esprimere vecchi concetti. Lo fa, abbiamo visto, inseguendo domande molto astratte: cosa fare una volta scoperto lo spazio virtuale? Come trattarlo? Come attribuire allo spazio virtuale uno statuto? A partire da questi interrogativi, la scoperta della novità procede per differenziazioni: si è anticipato che la comparazione fra lo spazio reale e lo spazio virtuale crea anzitutto problemi a livello delle possibilità di sorveglianza. L'architettura dello spazio reale rende

---

<sup>333</sup> L. Lessig, p. 5.

piuttosto semplice la sorveglianza degli altri individui, mentre nello spazio virtuale questo è molto più complicato. Infatti, l'architettura del cyberspazio non permette questo tipo di controllo sulle azioni altrui. Si naviga apparentemente in libertà, quasi incoscienti del fatto che tramite gli strumenti offerti dalle nuove tecnologie si possono tracciare il comportamento di un individuo, le sue preferenze e il suo profilo di consumatore. La regolabilità di uno spazio dipende dunque anche dalla sua struttura, oltre che - ovviamente - dagli interessi da proteggere. Ogni discorso o interrogativo sulla regolabilità e sulla possibile regolazione dello spazio virtuale riguarda di riflesso la natura di questo spazio. Ancora una volta: elemento nuovo per il diritto, oggetto dell'innovazione tecnologica, il sistema giuridico deve adattarsi per incorporarlo e, come spesso accade, il primo istinto è volgere lo sguardo a ciò che è già noto. Cercando di gettare lo sguardo oltre il dibattito sulla regolazione dello spazio virtuale, è opportuno riflettere su alcune questioni che riguardano il diritto in maniera più diffusa. Nella necessità di trovare una definizione per qualcosa che fino ad allora era ignoto, si deve inevitabilmente ritornare sulla discussione dei concetti già noti, per stabilire se e in quale misura essi sono utilizzabili nel nuovo contesto.

#### **4. Uguaglianza, analogia**

Se nei paragrafi precedenti si è tentato di mettere in luce alcuni dei modi attraverso cui il diritto risponde all'esigenza di adattarsi al mutamento sociale (e non solo: anche politico, economico, tecnologico), per proseguire adeguatamente nella trattazione del tema della simmetria è opportuno integrare ulteriori considerazioni ed esemplificazioni intorno al rapporto fra analogia e uguaglianza. Non essendo per nulla semplice approdare a una definizione esaustiva del concetto di analogia, si è finora dimostrato che spesso l'analisi della sua relazionalità con concetti affini offre un efficace contributo al chiarimento dei limiti del campo analogico.

Nel quadro più vasto della proporzione, che va intesa come uguaglianza di rapporti e per questa ragione viene fatta corrispondere all'analogia, in questa sezione si è trattato di simmetrie, ovvero della qualità per cui due elementi

possiedono esattamente le stesse parti se confrontati rispetto ad un asse che funziona da riferimento. Cercando di stabilire in cosa differiscono uguaglianza e analogia si comprende oltretutto in cosa la simmetria sia più vicina all'uguaglianza, essendo invece l'analogia più affine alla proporzione. "Uguale" significa essere lo stesso in relazione a tutti i possibili criteri valutativi (quantità, qualità, spazialità), "analogo" significa condividere alcuni di questi criteri, e soltanto quelli, e avere allo stesso tempo alcuni caratteri di differenza. Per dirla con Hegel, l'analogia è l'identità fra identità e non identità: infatti "(...) simile e analogo richiamano un giudizio articolato, un *doppio criterio di rilevanza*, (...) ossia la considerazione, per quanto riguarda una specifica argomentazione analogica, sia di ciò che accomuna sia di ciò che differenzia le entità o le situazioni raffrontate".<sup>334</sup> L'analogia lavora sul bilanciamento fra uguaglianze e differenze, e la parola chiave in questo lavoro di bilanciamento e commisurazione è "criterio": "per stabilire la rilevanza delle somiglianze o delle differenze e la conseguente assimilazione o differenziazione del trattamento giuridico tra le classi di casi considerate in un particolare ragionamento analogico v'è bisogno di un criterio, ed è l'indicazione e la giustificazione di tale criterio che costituisce la chiave di volta del ragionamento analogico nel diritto, della capacità del medesimo di produrre norme ragionevoli".<sup>335</sup>

La commisurazione e il bilanciamento, d'altra parte, sono possibili soltanto ove vi sia una condivisione dei criteri di riferimento, ovvero una comunanza di scopi ed interessi all'interno di un quadro sistematico; come ha correttamente osservato Letizia Gianformaggio, "il termine più appropriato per indicare il tipo di struttura discorsiva ed il tipo di operazioni richiamate dal termine 'uguaglianza', è il termine 'ordine'. (...)",<sup>336</sup> e sua volta la concezione di "ordine" dipende dagli scopi e dagli interessi da cui l'ordine stesso è originato ed informato (in altri termini, dipende anche dai propri *principi*, nel doppio senso di *origini* e *comandi*), infatti "se io dico che un libro di logica e uno di astrologia sono uguali, e un'altra dice che proprio non lo sono, vuol dire che, a differenza di lei, io intendo fare dell'uno e dell'altro la stessa cosa (...); a

<sup>334</sup> Cfr. Vito Velluzzi, *Sui rapporti tra eguaglianza e analogia*, in *L'analogia e il diritto. Antologia breve*, a cura di V. Velluzzi e L. Pelliccioli, Pisa, ETS (2011), p.18.

<sup>335</sup> Così V. Velluzzi, *Op. cit.* (2011), p. 18.

<sup>336</sup> L. Gianformaggio, *L'eguaglianza di fronte alla legge: principio logico, morale o giuridico?*, in V. Velluzzi (*Op. cit.*, 2011), p. 19 ss.

dividverci dunque non sono i *significati* che attribuiamo al termine 'eguaglianza'; sono piuttosto i *criteri* che impieghiamo per formulare i giudizi di eguaglianza: sono dunque, in definitiva, i nostri scopi".<sup>337</sup>

Così come non esiste un concetto immutabile di analogia, tanto che come abbiamo visto il significato di questo tema è molto più chiaro se si osservano le dinamiche attraverso cui esso opera, allo stesso modo non è rintracciabile un'idea immutabile di uguaglianza, poiché questo concetto muta al mutare delle funzioni e dei valori coinvolti in un discorso, per cui di fatto, a livello delle definizioni, l'eguaglianza non esiste, essendo sempre il risultato di interpretazione o di scelta: "non c'è nell'eguaglianza nulla di specificamente giuridico, e neanche di specificamente etico, semplicemente perché non c'è nulla di specificamente giuridico, né di specificamente etico, nel concetto di ragione o razionalità".<sup>338</sup> Soltanto, quindi, concependo il diritto come impresa razionale i cui criteri (di uguaglianza, differenza, equità) vengono continuamente ridefiniti in rapporto ad un più vasto e comprensivo concetto di "ordine", allora, può essere spiegata la funzione dell'eguaglianza come criterio valutativo che interviene anche nelle dinamiche operative del campo analogico.

L'eguaglianza si manifesta su più livelli e con modalità differenti (in ciò è prossima all'analogia): essa può essere intesa come applicazione corretta di regole, come produzione di regole ragionevoli, come attribuzione a tutti degli stessi diritti fondamentali, o come rimozione degli ostacoli al perseguimento dei progetti di vita. Vedremo ora, grazie ad un sintetico lavoro di ricognizione nella giurisprudenza costituzionale italiana, che molte di queste possibili declinazioni dell'uguaglianza si trovano spesso ad interagire proprio con l'analogia, a riprova del fatto che i due concetti sono non soltanto affini, ma spesso tangenti, e lo spazio in cui hanno un contatto corrisponde allo stesso luogo in cui si costruisce e ri-costruisce il contenuto del concetto di "ragionevolezza" all'interno del discorso giuridico.<sup>339</sup>

---

<sup>337</sup> Così L. Gianformaggio, *ibidem*, p. 19.

<sup>338</sup> Così L. Gianformaggio, *ibidem*, p. 20.

<sup>339</sup> L. Gianformaggio descrive i contenuti delle diverse modalità di uguaglianza nei termini che seguono: "Il principio di eguaglianza come principio del sillogismo (come applicazione corretta delle regole o principio di legalità) è collegato ai valori tipicamente giuspositivistici di matrice illuministica, costitutivi della modernità giuridica, della *legalità*, della *certezza*, dell'*imparzialità*, del *garantismo*", Op. cit., p. 21. Prosegue più avanti sostenendo che "il principio di eguaglianza come produzione di regole ragionevoli (come principio dell'analogia) è collegato a quello della *congruenza*, dell'analogia nel senso classico di *proporzionalità*, dell'*equità*

#### 4.1 *Segue: questioni applicative*

All'esigenza di tracciare un quadro all'altezza del problema di una definizione dello statuto dell'analogia negli ordinamenti giuridici contemporanei, risponde la necessità di lavorare su materiali apparentemente sconnessi fra loro. Per questa ragione, l'intento di offrire uno spunto il più pregnante possibile per la riflessione teorica che sarà svolta nella terza parte può essere perseguito soltanto attraverso una selezione di casi selezionati fra i lavori di organi giudicanti anche molto diversi fra loro per funzioni e strutture.

Si presenta in questo paragrafo un'analisi sincronica, a partire dalla nascita della Corte Costituzionale fino ad alcune recenti decisioni, sull'uso argomentativo dell'analogia in materie anche molto differenti, ma spesso legato, nel ragionamento, al rispetto del principio di eguaglianza. Perché proprio la giurisprudenza costituzionale? Perché il ruolo rivestito dalla Corte Costituzionale ha rilevanza tanto sul piano giuridico, com'è ovvio, quanto su quello politico, offrendo così un'occasione per comprendere il senso profondo dell'ermeneutica giuridica attraverso il filtro dell'analogia, il peso che questo ha negli equilibri fra i poteri e il valore più profondo dei limiti che sono stabiliti per il suo utilizzo.

Dal lavoro di ricognizione e dall'analisi svolta su di esso emerge, come già si è anticipato, un legame indissolubile tra analogia ed uguaglianza, che nel corso degli anni la Corte ha tradotto in modi anche molto differenti. Da un lato, infatti, l'uso dell'argomento per analogia a livello di controllo di legittimità è coinciso con il mantenimento di una coerenza linguistica interna

---

nel senso - pur esso classico - di correttivo della giustizia o eguaglianza formale", p. 22. "L'eguaglianza giuridica - continua - ha per lo meno un altro significato (come attribuzione a tutti degli stessi diritti fondamentali, o principio della dignità). Esso non riguarda solo la relazione tra le norme del sistema, né richiede soltanto la fedeltà alle norme "superiori" da parte degli organi dell'applicazione, e/o unitarietà ed organicità di ispirazione, il perseguimento di un disegno coerente e costante da parte dello stesso organo o di organi di pari livello nella loro opera di produzione normativa. Il principio giuridico di eguaglianza in questo suo ulteriore significato pone dei precisi vincoli di contenuto alle norme "superiori" stesse ed al tipo di disegno perseguibile con la normazione", p. 24. Infine, "il principio giuridico di eguaglianza nel significato di rimozione degli ostacoli al perseguimento dei progetti di vita non considera l'aspetto intrasistemico del fenomeno giuridico; non ne considera la logica, la struttura, l'organizzazione interna, la relazione tra i vari elementi componenti il sistema. Esso riguarda infatti (...) l'aspetto esterno del diritto, cioè le sue funzioni e relazioni con altri sistemi di regole e valori, con altri aspetti del vivere associato", p. 25.

all'ordinamento giuridico, dall'altro lato è venuta in luce una funzione all'apparenza meno evidente del ragionamento analogico: quella di tutelare un'esigenza di "economia interna" della giurisprudenza costituzionale che riflette a sua volta il carattere riflessivo tipico della normatività giuridica,<sup>340</sup> per cui l'analogia arriva a colmare, costruendola, una trama finalizzata alla legittimazione procedimentale ed auto-procedimentale interna della propria attività.

Nella *Nouvelle Réthorique* viene data una definizione di "analogia" che richiama sia l'intrinseco rapporto con la proporzione, sia la simmetria interna dei due rapporti che intervengono nella proporzione, sia la peculiarità del rapporto fra analogia e uguaglianza, ovvero la maggiore affinità del pensiero analogico con la somiglianza (intesa come il luogo inclusivo di uguaglianza - o identità - e differenza): "per conservarne la specificità, si deve interpretare la analogia in funzione del suo senso etimologico di proporzione. Essa differisce dalla proporzione matematica nel fatto che non pone la uguaglianza di due relazioni ma afferma una somiglianza dei rapporti. Mentre in algebra si pone che  $a/b$  come  $c/d$ , ciò che consente di affermare, per simmetria,  $c/d = a/b$ , e di effettuare su questi presupposti delle operazioni matematiche che daranno luogo ad equazioni, nella analogia, si afferma che  $a$  sta a  $b$  come  $c$  sta a  $d$ . Non si tratta più di una divisione, ma di una relazione che viene assimilata ad un'altra relazione. Fra la coppia  $a-b$  (il *tema* dell'analogia) e la coppia  $c-d$  (il *foro relazionale* della analogia), non si afferma una eguaglianza simmetrica per definizione, ma una assimilazione avente come scopo quello di chiarire, strutturare e valutare il tema grazie a ciò che noi sappiamo del foro speculare al tema dell'analogia, ciò implicando che il foro rileva in un dominio eterogeneo, e persino meglio conosciuto di quello del tema".<sup>341</sup>

Si è detto che i livelli operativi del meccanismo analogico sono molteplici, e come emerge dalla rassegna dei casi l'ana-logica deve essere intesa anche da un punto di vista operativo come un campo in cui le diverse modalità operative (in rapporto all'uguaglianza, in rapporto alla rilevanza, etc.) coesistono e devono essere concepite come elementi fondamentali di questo

---

<sup>340</sup> Di cui si dirà più approfonditamente nella terza e ultima parte del presente lavoro.

<sup>341</sup> Perelman, Chaim, Olbrechts- Tyteca, *Trattato sulla argomentazione. La nuova retorica* (a cura di Norberto Bobbio), Einaudi, Torino (2001).



campo stesso, per cui se non è possibile dare una definizione immutabile e incontrovertibile del termine 'analogia', quanto meno si può identificare la dimensione operativo-sistemica-teorico-concettuale all'interno della quale il tema di questo lavoro può essere correttamente collocato.

Nel tentativo di tracciare un'organizzazione sistematica della giurisprudenza, selezionata secondo un criterio qualitativo e non quantitativo, il fuoco è stato centrato principalmente sull'identificazione di alcune formule rilevanti usate dal giudice costituzionale, che possono, ciascuna per ragioni differenti, servire da esemplificazione per le considerazioni di carattere teorico-filosofico che saranno sviluppate nella terza parte della tesi.<sup>342</sup>

In un primo gruppo di sentenze si è fatto ricorso all'analogia per tracciare una connessione rilevante fra una disposizione in esame e un'altra già dichiarata incostituzionale in precedenza, e il contributo dello strumento analogico nella decisione di questi casi è corrisposto ad una dichiarazione di illegittimità costituzionale consequenziale in parte equa. In altri termini, sotto questo aspetto il pensiero analogico è servito (e tuttora serve) a giustificare una dichiarazione di illegittimità costituzionale di una disposizione normativa in ragione di una somiglianza rilevante fra questa e una disposizione precedente già dichiarata incostituzionale. L'analogia contribuisce a determinare il carattere rilevante che è comune alle due norme (che è una sorta di *medio*), e stabilire che ciò che si è fatto per una norma, deve essere fatto anche per l'altra, dal momento che l'aspetto di somiglianza è proprio quello intorno a cui si è costruita l'argomentazione finalizzata a dichiarare l'illegittimità.

Come esempio si veda il ragionamento seguito in Corte Cost. 448/2008, in tema di tasse ed imposte. Due norme della Regione Sicilia relative all'imposizione a carico dei comuni dell'onere relativo alla tassa e agli accessori per scuole materne, elementari e medie statali sono state censurate dalla Corte in quanto analoghe ad altre due norme già dichiarate incostituzionali (D.P.R. 1074/1965 art.2, L. 87/1953 art. 27). La già - normalmente - complessa natura

---

<sup>342</sup> Ciò è stato possibile in ragione del tipo di giudizio, dell'esito della decisione, del fondamento logico descritto dal testo, dagli oggetti fra cui si è stabilita, rilevata ed affermata una somiglianza influente in vista della decisione (oppure la si è negata). La classificazione è stata inoltre raffinata in base alla struttura argomentativa seguita dal giudice costituzionale.

del ragionamento analogico, che si struttura su quattro passaggi successivi,<sup>343</sup> si va ad inserire in un meccanismo che la incorpora e la moltiplica, un meccanismo di controllo della legittimità che è tutto proprio della giurisprudenza costituzionale, per cui alla singola valutazione intorno all'applicabilità dell'analogia fondata su una somiglianza rilevante di due aspetti simili in due circostanze diverse, si aggiunge tutta la struttura ordinamentale per cui la somiglianza va valutata non soltanto in rapporto al singolo elemento, ma all'intera fattispecie (ed eventualmente anche agli interessi protetti o allo scopo specifico della norma esaminata). Dunque, le valutazioni intorno alla identità o differenza fra circostanze e fattispecie (o fattispecie e circostanze) si riproduce su più livelli.

Passiamo ad un altro esempio: con la sentenza 154/1976, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di un articolo del codice penale (art. 169, comma 4) nella parte in cui escludeva che potesse concedersi un nuovo perdono giudiziale nel caso di condanna per delitto commesso anteriormente alla prima sentenza di perdono; ciò era infatti in contrasto con l'art. 3 Cost.. La medesima tendenza all'uso della analogia come base argomentativa si trova nelle sentenze Corte Cost. 112/68 (in materia di pensioni e pubblico impiego, in cui si è dichiarato che "la sopravvivenza della norma impugnata determinerebbe una ingiustificata disparità di trattamento"), Corte Cost. 255/82 (in materia di previdenza ed assistenza sociale, in cui troviamo le espressioni "analoghi doveri" ed "analoghe condizioni" per giustificare l'uguale trattamento di circostanze differenti). L'analisi di questo primo gruppo di sentenze suggerisce domande rilevanti per proseguire nell'indagine del campo analogico. Anzitutto, gli usi: come si accennava poche righe indietro, in quale tipo di giudizio e in funzione di che tipo di decisione interviene e coopera la logica della somiglianza? Su cosa ricade la somiglianza, sulla questione giuridica o sulla circostanza di fatto, sulla *ratio* della norma, oppure su un singolo attributo della fattispecie? Le possibilità non si esauriscono qui: la somiglianza può incidere inoltre sugli effetti riferiti alla norma, sugli interessi tutelati, sulle modalità della tutela e su tutte le possibili differenziazioni delle stesse. Ciò è accaduto per esempio per il caso deciso con la sentenza Corte Cost. 227/75 in

---

<sup>343</sup> Si rimanda alla prima parte del lavoro per la descrizione dettagliata del ragionamento per analogia.

materia di edilizia residenziale pubblica. L'atto censurato riproduceva ed accentuava il contenuto di una disposizione di cui era già stata dichiarata la illegittimità costituzionale - sempre in rapporto all'art.3 Cost. (L. 865/71 art. 13). La nuova disposizione riproponeva la limitazione del potere di sospensione cautelare degli atti impugnati in sede giurisdizionale, già ritenuta lesiva del principio di uguaglianza nella pronuncia precedente. Questo esempio si dimostra più interessante di altri poiché mostra un piano ulteriore su cui la dinamica analogica può lavorare: si tratta del vasto campo degli effetti, che talora vengono (per semplicità o rapidità) ricompresi nella logica della *ratio legis*, poiché vengono fatti coincidere come conseguenze razionalmente prevedibili rispetto al possibile raggio operativo della disposizione.<sup>344</sup> Con questo primo, molto ridotto, gruppo di sentenze abbiamo dunque visto come l'uso dell'inferenza analogica possa essere fondato, in pratica, sull'uguaglianza sostanziale fra i contenuti di due dichiarazioni, il che ha permesso di mettere in rilievo, ulteriormente, la fitta trama che lega analogia e uguaglianza.

In un secondo gruppo rientrano tre sentenze che, per ragioni differenti, contribuiscono alla definizione di un confine di operatività del ragionamento analogico nella giurisprudenza costituzionale italiana.<sup>345</sup> Con la sentenza 276/93 la Corte Costituzionale ha segnato una traccia di tutto rilievo per storia della cultura giuridica italiana; è noto infatti che l'art. 14 delle Disposizioni preliminari al Codice Civile prevede che le leggi eccezionali non si applichino oltre i casi e i tempi in esse considerati. La Corte, con la sentenza 276/93, ha invece deciso che il divieto di applicazione analogica delle norme eccezionali, posto dall'art.14 delle Preleggi, può costituire ostacolo ad una pronuncia interpretativa fondata sull'analogia, ma non già ad una sentenza di illegittimità costituzionale che ampli la portata della norma eccezionale. Il discrimine segnato da questa sentenza è quello fra una sentenza che applica

---

<sup>344</sup> Per integrare questo gruppo di sentenze in cui l'analogia è stata usata per giustificare la dichiarazione d'illegittimità costituzionale consequenziale in parte equa, un altro caso interessante, sebbene piuttosto risalente nel tempo rispetto agli altri riportati, riguarda la sentenza 131/1967, in materia di esecuzione mobiliare presso il debitore e presso terzi, cui è stata giustificata la manifesta infondatezza della questione posta sulla base di precedente decisione di rigetto (88/1963), in quanto trattasi di questioni che si presentano negli "stessi termini" e con gli "stessi argomenti".

<sup>345</sup> Il dato giurisprudenziale è relativamente esiguo, dunque non si pretende con esso di esaurire in alcun modo l'ampiezza e la complessità della giurisprudenza costituzionale, né per quanto riguarda la tipologia di giudizi, né tantomeno per ciò che concerne le materie.

analogicamente il contenuto di una norma ad una fattispecie e un'altra che amplia il campo referenziale di una norma eccezionale.

Con la precedente Corte Cost. 173/1991, in materia di espropriazione per pubblico interesse, la Corte aveva già toccato quel crinale che distingue le aree in cui l'analogia opera da quella in cui non può farlo. Il *limen* dello spazio di operatività dello strumento analogico si era già mostrato incerto e mobile, non solo per la difficoltà intrinseca che investono la definizione e l'individuazione delle materie di competenza (l'intero spazio giuridico), ma anche poiché la applicabilità o meno del ragionamento analogico nel processo decisionale dipende da ciò che rientra nella definizione della eccezionalità. La definizione del termine 'eccezionale' influisce direttamente sulla capacità operativa dell'analogia. La terza di questa serie di sentenze, la più risalente, è la 72/1964, in materia di leggi ed atti aventi forza di legge e di interpretazione analogica delle leggi costituzionali. Il potere legislativo, subordinato com'è, alla pari degli altri poteri costituzionali, all'impero delle norme e dei principi fondamentali, anche se inespresi nell'ordinamento, può incontrare nel suo esplicarsi limiti desumibili da una ragione normativa sopraordinata alle singole disposizioni. La decisione della Corte fu dunque in questi termini: è da respingersi l'assunto di una indefinita capacità espansiva del potere legislativo, suscettibile di arrestarsi solo di fronte a testuali disposizioni che la limitano, il che porterebbe a considerare le norme costituzionali di stretta interpretazione, escludendo, rispetto alle stesse, il ricorso alla analogia.

Tutta un'altra serie di decisioni dei giudici della Consulta invita a riflettere, d'altra parte, su ulteriori dimensioni di comparazione e commisurazione attivate dal campo analogico. Nelle due sentenze Corte Cost. 208/75 e 39/71 il pensiero analogico è stato basato sulla somiglianza fra disciplina statale e disciplina regionale, in un contesto giuridico - evidentemente precedente alla riforma intervenuta con la legge 3/2001 -, in cui la Corte decise che non dovesse ritenersi fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 20 L. 281/70, che prevedeva la forma della legge per la approvazione dei bilanci regionali, trattandosi di un principio generale già operante per le Regioni a statuto speciale, il che giustificava la sua applicabilità anche alle altre Regioni in ragione "delle analogie - di certo prevalenti rispetto agli elementi differenziali - tra i bilanci regionali e quello dello Stato". Così non

risultarono violate né l'autonomia finanziaria regionale, poiché essa si esplicava nelle forme e nei limiti stabiliti dalle leggi dello Stato, né tantomeno quella statutaria. L'uso della analogia in questo contesto è dettato dalla ricerca di una soluzione pratica per rispondere al quesito: come si può dare un giudizio su un ordinamento particolare rispetto ad un ordinamento generale? Per trovare una risposta, come spesso accade quanto si lavora tra dimensioni disomogenee (in questo caso, una Regione e lo Stato, dunque una parte e il tutto che la ricomprende) si deve cercare una definizione, nel caso specifico ad esempio si tratta di stabilire che cosa abbia forma di legge. Nel caso di specie si confrontava con la necessità di attribuire un contenuto ad un'espressione il cui contenuto andava ridefinito in seguito agli intervenuti mutamenti storici, politici e istituzionali. Grazie a casi come questi si può comprendere come l'analogia dal piano concreto dei casi possa scivolare su un livello ben differente. Questa sentenza della Corte Costituzionale mostra tutta la forza poetica del pensiero analogico nel discorso giuridico, forza che peraltro non fa riecheggiare quella concezione di un diritto che è "*typisch aufbauend*", tipicamente costruttivo, di cui ha detto Wittgenstein. Inoltre, essa suggerisce almeno due versanti di riflessione: da un lato, la descrizione di una somiglianza fra bilanci statali e regionali, dunque una analogia costruita su due oggetti rilevanti della questione da decidere; analogia che, lo si aggiunge non a caso, lega un carattere della parte (Regione) ad un carattere del tutto in cui la parte è ricompresa, sia sul piano logico che su quello strutturale (Stato). Dall'altro lato, vale la pena di soffermarsi sui termini in cui la Corte si è espressa: "in considerazione delle analogie - di certo prevalenti rispetto agli elementi differenziali - (...)". Proviamo ora a ricostruire quanto anticipato sul piano teorico con questa breve ma fondamentale espressione usata dalla Corte. Si è osservato che la analogia orienta la scelta decisionale fra numerose alternative possibili in ragione di una somiglianza qualificata, poiché *rilevante*. Dunque, ricapitolando, perché si possa ragionare analogicamente gli attributi simili (che il giudice, per esigenza pratica, ha chiamato "le analogie", tralasciando di specificare che l'analogia è un processo o un vero e proprio campo semantico, all'interno del quale la somiglianza opera insieme a molte altre dinamiche) devono essere prevalenti. Il fatto che siano prevalenti rispetto agli elementi differenziali in riferimento alla quantità oppure alla qualità, e problema ancora

ulteriore. Cosa succede se le analogie “possibili” sono più di una, perché vi è più di una somiglianza rilevante? Il campo analogico è un meccanismo che funziona su una serie continua di alternative, scelte, e deviazioni, ciascuno delle quali è un nucleo che rispetto al precedente presenta caratteri di continuità uniti ad altri di discontinuità.<sup>346</sup>

In Corte Cost. 208/1975, si trattava di stabilire la competenza legislativa regionale in materia di credito e il meccanismo di variabilità dei tassi agevolati previsto da una legge regionale siciliana (L. Reg. Sic. 21/12/1974, art. 9, III co.). Tale meccanismo, di cui veniva discussa la conformità alla norma fondamentale, veniva dichiarato legittimo proprio in quanto analogo a quello adottato dallo Stato con la L. 397/1974, art.1, poi confermato e completato da fonti successive. L’analogia questa volta è ricaduta su un “meccanismo”, come lo ha definito la Corte, dunque non su un singolo attributo, non su un carattere o un oggetto precisi, bensì su un’intera dinamica costituita da tutti questi. La conformità alla norma costituzionale è stata affermata in ragione della somiglianza con la disciplina statale, per cui ancora una volta il campo analogico ha coinvolto la relazione fra le parti ed il tutto, come se la logica sottesa fosse: dato che il tutto è costruito su queste modalità, perché le parti dovrebbero differenziarsi? Queste due ultime due sentenze confermano l’ormai assodata familiarità (per certi aspetti quasi “incestuosa”) che lega anzitutto l’ana-logica con il concetto di proporzione, come emerge soprattutto dalla seconda delle due sentenze, in cui l’argomentazione è stata sviluppata a partire dal rilevamento di una “analogia- proporzionale” (espressione che ha del tautologico, se si considera l’inscindibile legame che lega i due concetti); la somiglianza, infatti, è fondata proprio sul rapporto in cui stanno le due parti della relazione (si badi, non si è usato comparazione a proposito). In secondo luogo, emerge uno strettissimo legame fra analogia e criteri di rilevanza, che per molti aspetti corrisponde al legame naturale fra analogia e linguaggio in senso lato. Altro, fondamentale, legame che emerge è quello di prevalenza, non a caso ancora una volta un concetto relazionale, segnato a sua volta da un vasto margine di discrezionalità. L’analogia, sembrano suggerirci queste osservazioni,

---

<sup>346</sup> Il che, come vedremo più avanti, non significa necessariamente che non vi possano essere forem razionali nel diritto. Più avanti in questo lavoro si discuterà di come il sistema giuridico si sia fornito, molto più di altri, di strumenti per convivere con (e sopravvivere al) *regressus ad infinitum*.

è davvero quanto di più concreto vi sia nella teoria del diritto, e quanto di più teorico vi sia nelle pratiche. Ultimo, decisivo, concetto che emerge dai testi delle sentenze analizzate è la simmetria, non a caso da sempre associato alle teorie sull'analogia, tanto che già nella filosofia classica furono spesso accomunati. Anche il diritto lavora quindi su logiche che riproducono, *mutatis mutandis*, le grandi intuizioni aristoteliche (rapporto fra parti e tutto, analogia e paradigma, rapporto fra specie e genere, analogia e classificazioni, classificazioni e conoscenza, e molte altre).<sup>347</sup>

Queste ultime osservazioni confermano il profondo legame che il diritto ha con il linguaggio, e nondimeno lo conferma il forte aspetto di relazionalità fra diritto e omogeneità.<sup>348</sup> Nel testo della sentenza 440/1992 si trova il richiamo al concetto di omogeneità, e proprio su questo concetto che la Corte ha strutturato la decisione, secondo la logica la seguente: si asseriva l'omogeneità fra due categorie di lavoratori e si chiedeva l'applicabilità per analogia di una disciplina, prevista per una delle due, anche all'altra; si lamentava la violazione dei principi di eguaglianza, proporzionalità ed adeguatezza della retribuzione e di buon andamento della pubblica amministrazione. La Corte negò il riconoscimento dell'omogeneità fra le due categorie in quanto una serie di attributi e modi dell'una categoria rendevano "non omogenea la sua situazione a quella dell'altra". Il concetto di omogeneità, come si è detto in precedenza, implica la condivisione di un medesimo impianto originario, (*genos*), la medesima radice e provenienza, ma il suo significato è piuttosto vago e può infatti indicare anche equiparabilità, proporzionalità.

Con la sentenza 246/1983 la Corte tocca un tema risalente, tanto nella tradizione filosofica quanto in quella giuridica: la *ratio*. Il giudice costituzionale escludeva la necessità di valutazione preliminare da parte del giudice di merito in caso di regolamento preventivo di giurisdizione nel processo amministrativo. Non poteva profilarsi alcun "parallelo" - termine da non sottovalutare - tra le questioni incidentali di legittimità costituzionale, nelle quali il giudice che le solleva è chiamato ad una valutazione preliminare, e l'istanza di regolamento di

---

<sup>347</sup> Una lunga serie di sentenze richiama molti dei temi centrali per la definizione del campo analogico, come identità, differenza, uguaglianza, simmetria, proporzione, (sentenze 440/1992, 82/1973, 3/1969, 246/1983, 143/1969, 40/1962, 214/1972127/1996).

<sup>348</sup> Tema a cui sono dedicati due interi paragrafi nella prima parte di questa tesi, Cap. I par. 2.1 e Cap. 2 par. 5.2.

giurisdizione in ordine alla quale al giudice della causa di merito non è consentito nulla di simile: trattavasi, infatti, di istituti e di norme completamente diversi, tenuto conto della *ratio* del regolamento preventivo di giurisdizione. L'analisi di altre sentenze mostra una gamma molto vasta di termini in riferimento ai quali la analogia è stata pensata ed usata dal giudice costituzionale: a cominciare dalla "tipicità" di un rapporto contrattuale che dunque frena l'intervento del sussidio analogico (sent. 143/1969), fino alla "funzione" svolta da un istituto giuridico e agli "effetti" da questa svolti (sent. 40/1962), che se non coincidenti creano un ostacolo all'applicazione analogica della disposizione controversa. Ancora: sebbene due casse di previdenza abbiano strutture piuttosto simili, la distanza dei "compiti" (che somigliano agli scopi, ai fini, a quello *Zweck* che vedremo essere fondamentale nella costruzione di una teoria analogica in rapporto alla natura della cosa) che esse svolgono in concreto fa sì che l'applicazione in analogia sia esclusa e che la illegittimità sia esclusa.

La analogia può lavorare tanto a livello terminologico quanto sul piano concettuale, ciò che si è verificato con la sentenza 12/1970, in cui la Corte ha ritenuto la sussistenza di "equivalenti situazioni" sotto il profilo delle condizioni create e delle utilità prodotte per gli utenti. L'analogia è quindi riferibile tanto ad un carattere, quanto all'intera situazione o ad una funzione, come è accaduto con la sentenza 226/1976 in cui la Corte ha rintracciato appunto un'analogia di funzioni fra due circostanze simili.

In Corte Cost. 467/1993 la Corte ha fatto riferimento alla "analogia delle posizioni" di due categorie di lavoratrici in merito all'applicabilità di una disciplina contenuta nel contratto di lavoro di una sola delle due. La maggiore complessità dell'oggetto del pensiero analogico - in questo la posizione lavorativa come complesso di diritti e doveri - rende necessarie alcune precisazioni e differenziazioni: la "posizione" è definita analoga "in relazione a...", e ciò produce la "conseguenza che...".

Non solo la situazione, o la posizione lavorativa, ma anche la *natura* di un istituto è stata usata come argomento su cui fondare l'inferenza analogica (Corte Cost. 144/1972); posta la presenza di attributi affini fra due situazioni, aggiunta una considerazione sulla somiglianza fra gli effetti della prestazione



considerata (coattiva, in quanto imposta a fini pubblici), il giudice costituzionale ha aggiunto che è analoga la “natura” di due istituti.

In tutte queste decisioni c'è un elemento di continuità, ed esso è rappresentato dal doppio legame (problematico, ma necessario) che lega diritto e definizioni, e più in generale diritto e linguaggio.<sup>349</sup> Il carattere mutevole delle modalità operative dell'analogia può essere colto a partire dalle espressioni che ricorrono come referenti del campo analogico: proporzione, simmetria, uniformità, eguaglianza, omogeneità. Si tratta sempre di nomi che rimandano a un'idea di equilibrio dinamico fra certezza e mutamento, a riprova del fatto che l'equilibrio di un sistema complesso come quello giuridico è possibile soltanto se si acquista la dovuta consapevolezza delle dinamiche che ne costituiscono il fondamento.

## 5. *Logos mediatore*

L'ana-logica è direttamente connessa alle forme della razionalità giuridica. Come ha giustamente fatto notare Enzo Melandri e come più volte si è già ribadito,<sup>350</sup> non sempre la logica è sufficiente a spiegare come il diritto operi e come si evolva, e per questo motivo introdurre l'idea di una ana-logica significa un tentativo di gettare lo sguardo oltre i discorsi sul ragionamento analogico per includere in questo tema una lunga serie di meccanismi e dispositivi che si fondano sulle strategie (prudenziali) di questa “quasi-logica”. Non è un caso che nel dibattito filosofico quando si parla dei luoghi naturali dell'analogia si parli sempre di proporzione matematica; se infatti la matematica fosse una costruzione puramente logica, non ci sarebbe mai stato né uno sviluppo né una crisi dei suoi fondamenti, che invece si è verificata. Se neppure la matematica è logica, è necessario che essa “disponga di un criterio autonomo di razionalità; e siccome d'altra parte non è che la matematica sia ‘illogica’, è altresì necessario che essa includa la logica sotto di sé, come parte

---

<sup>349</sup> Insieme a questo, prima e dopo, emerge una forte accelerazione verso una descrizione definitiva che spesso il diritto insegue per esigenze decisionali, o talvolta per la propria struttura - che in fondo è esattamente la accelerazione verso una definitività, sebbene relazionale, rispetto al proprio sistema- e nient'affatto corrispondente ad una idea di verità senza tempo ormai relegata a ricordo. Ciò che più di ogni altra cosa risulta allora interessante notare è che proprio lo strumento di cui il diritto si serve per sfuggire al continuo rimando, è quello che forse fra tutti mostra in modo più evidente il carattere mai definitivo.

<sup>350</sup> Cfr. infra par. V cap. III.

integrante del suo più grande *logos*".<sup>351</sup> La razionalità sarebbe allora piuttosto un carattere dialettico, poiché contiene anche principi antitetici a quello logico, essendo un discorso (*logos*) mediatore e sintetico rispetto a discorsi subordinati (logica, ana-logica): essa è il prodotto dell'inclusione di queste due possibilità, per cui nessuna resta esclusa a priori. Come anticipato nell'*Introduzione*, questo è l'obiettivo principale del lavoro: l'affermazione della necessaria coesistenza fra logica e analogia nel discorso giuridico. Ripercorrendo ancora la similitudine fra matematica e diritto, va aggiunto che l'unica alternativa valida rispetto a una logica in senso stretto, ma senza per questo regredire all'informalità assoluta (e quindi ad un approccio pre-razionale o anti-razionale), è data da una *ratio* intesa come ragione fondata sulla proporzionalità - date queste due alternative, il pensiero antico ha mostrato un paradigma importante: "la tesi è formata dall'analogia: la proporzione pitagorica. L'antitesi, dalla logica: l'atomismo democriteo. La sintesi, infine, comprende sia l'eidetica platonica sia la soluzione di compromesso con cui Aristotele fermò il movimento dialettico."<sup>352</sup> Un approccio fondato sulla dialettica logica-analogia (appunto riassunto nel gioco di parole "ana-logica") permette di trovare ordine e misura dove la differenza e la comparazione sono la norma: l'approccio al diritto in termini di *logos* e non di *ratio* stabilita a priori permette dunque di includere le possibilità (applicative, interpretative, e di altra natura) che la logica tenderebbe ad escludere focalizzandosi esclusivamente sulle forme e trascurando il rapporto dialettico con i contenuti.<sup>353</sup>

---

<sup>351</sup> E. Melandri (1968), p. 229.

<sup>352</sup> E. Melandri, Op. cit. (1968), p. 230.

<sup>353</sup> Un altro parallelismo fra diritto e matematica emerge a questo punto. Il Teorema di Talete riguarda i *legami* tra i segmenti *analoghi* creati sulle trasversali da un fascio di rette parallele. L'enunciato fondamentale è che "un fascio di rette parallele intersecanti due trasversali determina su di esse classi di segmenti direttamente proporzionali". Il Teorema viene dimostrato facendo uso della proporzionalità fra le aree dei triangoli che si formano dall'intersezione; una delle conseguenze principali di questo assunto è che l'applicazione del teorema di Talete ai triangoli è in grado di spiegare il secondo criterio di *similitudine* dei triangoli che afferma "due triangoli, aventi coppie di lati proporzionali e l'angolo ivi compreso congruente, sono simili."

## CAPITOLO SESTO

### MODELLI

*“Qu’elle unifie ou qu’elle harmonise, l’analogie ordonne un ensemble; elle articule un corps de droit. En liant des éléments, elle fait ainsi voir qu’elle travaille à un tout”<sup>354</sup>*

*“Tutte le cose che sono, o sono in sé, o sono in altro”<sup>355</sup>*

#### 1. Modo, modello

Ripartendo dal concetto - prima aristotelico, e poi spinoziano - di “modo”, che mette in relazione sostanza e procedura, forma e materia, soggetto ed oggetto, si può arricchire quanto finora detto a proposito della relazione fra parti e tutto e fra genere e specie, che sono due caratteri essenziali del campo analogico, e in particolare si può introdurre un nuovo elemento del campo, il *modello*, che evidentemente ha nell’idea di modo la sua radice. Svolta quest’analisi, si potrà dunque descrivere, attraverso un tema esemplare, come e per quali ragioni lo slittamento di un concetto, sotto forma di modello, mostri alcuni aspetti molto interessanti dell’analogia nel discorso giuridico.

Tutto ciò è possibile se si parte da una premessa: ancora una volta, si deve riprendere la radice *med-*, che abbiamo visto essere per diverse ragioni centrale tanto per il tema dell’omogeneità, quanto per la proporzione e la simmetria. Come ha giustamente fatto notare Enzo Melandri, quando si vuole stabilire che un oggetto è qualcosa, si deve ricercare se sussista o non sussista un medio di tale oggetto o della proposizione attraverso la quale l’oggetto è espresso. Lo stesso deve essere fatto se si vuole valutare se un oggetto sia

---

<sup>354</sup> G. Cornu, *Le règne discret de l’analogie*, dans *Mélanges à André Colomer* (1993), p. 129.

<sup>355</sup> Spinoza, *Etica dimostrata secondo l’ordine geometrico*.

oppure no. Una volta stabilito poi, che un oggetto è qualcosa, oppure che è, allora, ricercando più profondamente la causa o la sua essenza, cerchiamo in effetti di sapere cos'è il *medio*. Il medio è uno spazio, un attributo, un carattere, un limite, un crinale, un elemento rilevante che dice qualcosa in più rispetto alle altre componenti di un oggetto: esso vive infatti nella rappresentazione, e soltanto qui, come abbiamo già detto, può esserci interpretazione e conoscenza. Procediamo ora per ordine, e anzitutto introduciamo il problema del modo, per arrivare, attraverso la radice *med-*, a spiegare perché è importante aprire il campo analogico anche al *modello*.

E' stato correttamente osservato che la storia filosofica del concetto di modo ha un'origine ben definita nell'avverbio *πολλαχως* usato nella *Metafisica* di Aristotele per parlare della plurivocità dell'essere, che è stata poi tradotta da S. Tommaso con l'espressione «*esse dicitur multis modis*».<sup>356</sup> Con questo quadro iniziale, il tema del modo si è sviluppato in filosofia principalmente nello scarto fra le due domande «cosa è?» e «come è?»; il modo, attraverso il passaggio intermedio del «come», costruisce relazioni fra una sostanza e le sue declinazioni, per cui prima di tutto uno dei meccanismi della generalizzazione, che come abbiamo visto è dispositivo centrale del campo analogico. Attraverso questi primi, necessari, passaggi inizia ad emergere la relazione profonda che lega modo e ana-logica, relazione che ci serve riprendere poiché in questa sezione saranno analizzati il concetto di modello, che a partire da una definizione giuridica ha attraversato diversi slittamenti (proprietà) fino ad essere applicata in ambiti apparentemente «estranei» alla sua natura, e anche il concetto di *standard* nella tradizione giuridica francese, che è al modello è assai vicino. Una definizione, e la possibilità di molteplici applicazioni della stessa in ambiti diversi: si riproduce l'idea di una plurivocità che è intrinseca ad ogni essere. Il fatto stesso, in effetti, che si parli di *modi* (o modelli, al plurale) è indicativo del profondo nesso che lega ogni elemento della realtà - e anche ogni elemento del discorso giuridico - ad una sostanza, che può essere espressa secondo modalità differenti. D'altronde, le parole 'modo' e 'come' condividono la stessa origine: viene attestata una derivazione di 'come' dal latino 'quomodo' (nel qual modo, nel modo), che contratto in quomo avrebbe originato l'italico

---

<sup>356</sup> M. C. Lipari, *Modus e Dike: Riflessioni sul modo della giustizia*, Milano, Giuffrè (2008), p. 13.

antico 'como' (da cui è poi derivato 'come'). Se il modo è qualcosa di definito o definibile, il come è piuttosto un meccanismo, un movimento, un dispositivo per la comparazione, essendo per questo intrinsecamente indefinibile una volta per tutte.

Il come, dunque, ha nella comparazione e anche nella com-misurazione uno dei suoi fondamenti; è una dinamica attraverso la quale elementi differenti possono essere accostati: forte è quindi il suo nesso tanto con il problema dell'omogeneità, quanto con quello dell'equivalenza, e in senso più generale con tutto il campo analogico. Come, d'altro canto, è anche la base per il «come se», espressione che nomina la possibilità di essere che non si è attuata, per cui indica anche lo scarto fra eventualità e contingenza. Il «come se», il gioco della finzione, è peraltro alla base del diritto stesso, che come vedremo più avanti è sempre fondato su una performatività.<sup>357</sup>

L'intreccio fra «che cosa» e «come» è da ricondurre, come si è già anticipato, alla filosofia aristotelica (alla *Metafisica* in particolare), dove questi due elementi corrispondono alla sostanza (οὐσία che cosa) e al modo (τροπος). Dal paragrafo II del libro IV della *Metafisica*, la plurivocità intrinseca all'essere è stata poi tradotta da S. Tommaso questi termini: "l'essere si dice in molti sensi, ma tutti sono in relazione a un unico termine e a una qualche natura unica, e non soltanto equivocamente, ma nello stesso senso in cui tutto ciò che è salubre ha relazione con la salute. Una cosa è salubre perché la conserva, un'altra perché la produce, un'altra perché è un segno della salute, un'altra perché la riceve. La stessa cosa si può dire anche del termine 'medico' in relazione alla medicina, perché talvolta si dice che è medico ciò che possiede la medicina, talvolta ciò che è ben disposto per natura verso la medicina, talvolta ciò che è opera della medicina. E potremmo trovare altri modi di dire simili".<sup>358</sup>

Il modo ha un carattere particolarmente rilevante se si osserva la sua normatività: una norma è di fatto anche un modello, una possibilità che

---

<sup>357</sup> Non si deve inoltre dimenticare che "come se" è un'espressione rilevante nella tradizione filosofica, e che ha avuto diffusione tanto fra i teologi quanto fra i filosofi, ma è stata nel secolo scorso il nucleo d'interesse di un'opera sull'ipotesi, e la dimensione sovra-mondana. Quest'opera è H. Vaihinger, *Die Philosophie des Als-ob: System der theoretischen, praktischen und religiösen Fiktionen der Menschheit auf Grund eines idealistischen Positivismus*, Verlag von Felix Meiner (1922).

<sup>358</sup> Aristotele, *Metafisica*, Milano, BUR (2009), Libro IV, 1003.

funziona prescrittivamente rispetto alle contingenze, e al contempo un modello ha un potenziale normativo anche se quando non è formalmente normativizzato. La questione diventa ancora più rilevante se si pensa che la normatività giuridica è affiancata da forme di normatività incluse nel discorso, ma leggermente dalla tipologia di norma "ordinaria". Ogni norma è allora, in questo senso, un modello, e ogni modello è una norma; anche l'idea di fattispecie, peraltro, racchiude questo carattere: funziona da descrizione tipica, specifica, ma allo stesso tempo è valida per diverse eventualità. Il diritto, dunque, convive con il modo a livello pratico tanto quanto sul piano teoretico, e mette infatti queste due dimensioni in comunicazione proprio attraverso gli esempi, i tipi gli standard (o modelli), e tutti gli altri dispositivi che fanno parte del campo analogico.

Se la premessa per parlare di modo è senz'altro Aristotele, l'approdo - intermedio - è Spinoza, il quale nella sua *Etica dimostrata secondo l'ordine geometrico* definisce in maniera molto chiara cosa si debba intendere per sostanza, attributo e modo: "Per sostanza intendo ciò che è in sé, ed è concepito per sé: vale a dire ciò il cui concetto non ha bisogno del concetto di un'altra cosa da cui debba essere formato. Per attributo intendo ciò che l'intelletto percepisce della sostanza, come costituente la sua essenza. Per modo intendo le affezioni della sostanza, ossia ciò che è in altro, per anche viene concepito".<sup>359</sup> Il modo è allora anzitutto la declinazione, la traduzione, l'affezione nel senso di modificazione e modulazione, connessione con qualità periferiche. Traslando, il "come" del modo, rende finita la sostanza, il sub-strato che altrimenti non sarebbe facilmente conoscibile: la sostanza, attraverso il modo, è in altro. Il modo è quindi prima di tutto ciò che è in altro: questo meccanismo, d'altra parte, è parallelo (se non quasi identico) a quella dinamica del campo analogico che permette di inferire qualcosa di un oggetto a partire da un attributo proprio di un altro oggetto. Il modo coincide con l'inerenza, e attraverso questa si può costruire in-ferenza, attraverso i passaggi successivi che sono alla base del ragionamento analogico. Per queste ragioni, il modo racchiude in sé tutti i referenti principali del campo, perché lavora nella predicazione, ma anche nel giudizio; è fondamentale per il concetto analogico, che nella plurivocità trova

---

<sup>359</sup> B. Spinoza, *Etica dimostrata secondo l'ordine geometrico*, a cura di Sossio G. Torino, Bollati-Boringhieri (2006).

un aspetto familiare al suo essere né univoco, né equivoco. Spinoza dice infatti “modo” non solo ciò che è in altro, ma anche ciò che ha bisogno del concetto di altro per essere concepito. Il diritto è allora coesenziale con l’idea di modo, e attraverso essa anche con il campo analogico e i suoi referenti, poiché esso inerisce per natura a ciò che è altro da sé, ed ha sempre bisogno di poggiare sulla precomprensione di altri concetti per essere compreso e per essere spiegato. Il fenomeno giuridico è infatti *typisch aufbauend*, è costruzione di secondo livello già in origine, basandosi sempre su fondamenti presupposti.

L’inerenza, che è premessa - fra le altre cose - dell’inferenza, è compresenza, appartenenza, partecipazione: è letteralmente *Zugehörigkeit*, ovvero il vincolo fra identità e alterità. Nel diritto, differenze e somiglianza fra fattispecie e casi, fra norme, fra casi e norme, sono elementi coesenziali. Le determinazioni, le definizioni, sono i dispositivi attraverso cui il diritto, come si è visto anche nella sezione precedente, tenta di gestire l’eventuale e il contingente. Il filo rosso, che dal diritto porta alla filosofia e dalla filosofia conduce ancora una volta al diritto, è il tema della misura: esso è il fulcro della polisemia del modo, che riflette molto bene la plurivocità con cui il diritto (spesso attraverso il campo analogico) deve fare molto spesso i conti.

E’ proprio il significato di misura che prevale nel termine latino ‘*modus*’, e che lega i molti sensi a cui rimanda la radice indoeuropea *med-*, come si è visto nella prima parte di questo lavoro. Il modo inoltre attinge all’idea d’inclusione, per cui è riferibile, contestualmente, tanto all’inclusione quanto alla misura: come accade per l’analogia, il rapporto fra diritto e modo è un doppio legame, in cui l’ambivalenza dei diversi aspetti è un valore intrinseco e insuperabile. La radice *med-* rimanda a una dimensione in cui la plurivocità dominante può essere controllata soltanto attraverso una nuova acquisizione del concetto di misura, che nel campo semantico aperto da *med-* funziona da vero e proprio collante: giudicare, guarire, riflettere, sono tutte componenti di un senso includente attribuibile appunto alla radice *med-*. Un *modus* è dunque una misura ma anche un modo di espressione; è in questo senso la misura che permette di mettere in comunicazione l’essenza e le sue forme. Anche la semantica del governare è ovviamente connessa con la misura: alla stessa maniera, nel termine *medicus* si coglie l’immagine e il senso della misura, nel senso di un equilibrio da cui proviene anche la salute, l’ordine e il bilanciamento fra le parti

ed il tutto (il corpo). Sempre su questa scia di un concetto che rappresenti anche l'amministrazione e il governo delle differenze attraverso un ordine, è collegata la riconduzione, all'idea di misura, del concetto di regolarità, che come vedremo nella terza e ultima parte di questo lavoro è un nucleo fondamentale per il campo analogico.

Proprio a partire dall'idea di regolarità, ovvero di un carattere ripetibile che serve a tracciare dimensioni di riferimento all'interno di un ordine, il termine '*modus*' ha sviluppato anche una semantica connessa all'agire pratico (d'altronde, la regolarità è indetificabile con il problema del "seguire una regola", il quale è uno dei nuclei essenziali della filosofia morale). Dalla metafisica, il modo ha dunque conosciuto alcuni slittamenti, uno fra i quali è stato appunto quello verso la grammatica dell'agire pratico. Dal senso di misura, a quello musicale di "ritmo", di regolarità che può (e a volte deve) essere ripetuta; ritmo che a sua volta richiama quel concetto di armonia che abbiamo visto essere l'unica possibilità rimasta al diritto, quando la melodia è ormai divenuta impossibile vista la forte disomogeneità che si deve affrontare. La maniera è l'evoluzione del modo verso una semantica legata alle modalità di azione e al comportamento. Tuttavia, è bene tenere a mente che l'origine da cui i due concetti provengono è la medesima, è il *modus*. Verosimilmente il termine 'maniera' indica un modo di tenere le mani, per cui più genericamente suggerisce un modo di comportarsi, un costume, un'usanza: appunto, come si è detto, un tracciato di regolarità che rimanda ai codici dell'agire pratico.

Questo principio di regolarità che è insito nel modo, e forse attraverso questo (ma anche attraverso altri aspetti) è traslato nel discorso giuridico mostra un'originaria intimità del concetto di modo con l'idea di regola giuridica e di giustizia.<sup>360</sup> Il modo, e il suo derivato, il modello, hanno una natura polisemica, indicando da un lato un'idea di misura (ed estensivamente di regola e di norma), e da un altro lato un'idea procedurale di maniera di agire, di prassi o costume. Questa polisemia va tenuta a mente, perché è un carattere di omogeneità tanto nella dimensione storica, quanto in quella delle pratiche, quanto e soprattutto, come si vedrà più avanti, nell'idea di esempio e paradigma come emblemi del campo analogico.

Ritorniamo per un momento indietro per comprendere le ragioni della

---

<sup>360</sup> M. C. Lipari, Op. cit., p. 97.



rilevanza del tema del modo per il campo analogico nel discorso giuridico. Già a partire dal diritto romano, il ruolo del giurista che aveva a che fare con la analogia era spartito fra la individuazione dei fatti che qualificavano giuridicamente i casi concreti e la funzione dei *modelli*, in quanto riferimenti, strumenti di valutazione della compatibilità fra contesti disomogenei, dispositivi argomentativi fondati su un livello comparativo e finalizzati a tracciare passaggi logici non ancora solcati. Viene qui ad inserirsi un nuovo concetto - modello - che richiede, insieme al campo di referenti che richiama (*modus*, modo, modalità), che ci si soffermi brevemente ad osservarne la pregnanza rispetto al discorso che si sta affrontando. Così come si è detto per *l'exemplum*, anche il termine 'modello' contribuisce ad arricchire questa riflessione, mostrando peraltro la natura mista del nostro campo analogico, che coinvolge tanto la teoria quanto le pratiche; natura che va intesa come tendenza, tipica di questa tipologia di dispositivi di cui si dotano gli ordinamenti giuridici (di una tradizione e dell'altra), ad operare sul crinale fra uno spazio tipicamente dimostrativo ed uno non dimostrativo - ciò che, per correttezza nella scelta delle categorie, andrebbe forse più propriamente indicata come dimensione meta-pragmatica del discorso analogico. La ricostruzione degli usi e delle prassi, è il luogo in cui, a questo punto ci si può spingere fino a sostenere tanto, si condensa il vero senso di uno studio del pensiero analogico e dei temi ad esso familiari. Avendo bisogno dell'altro, della differenza, per essere concepito, il modo è quindi anzitutto un meccanismo di commisurazione, per questa ragione si colloca in una posizione centrale nel campo analogico. La radice *med-*, è bene ribadirlo ancora una volta, condivide infatti la semantica della misura attraverso un'idea di equilibrio, bilanciamento, proporzione e simmetria.

Grazie a questa riflessione sul tema del modo, si comprende anche la ragione per cui molta parte di questo lavoro è stata dedicata alla proporzione e alla simmetria, perché il *metron*, la misura, è un altro dei grimaldelli centrali per la comprensione del campo analogico come rete di dinamiche tensionali e bipolari su cui il diritto è fondato. La misura è infatti ciò che collega, ciò che mette in relazione gli elementi di un discorso per rilevarne differenze ed identità, alla ricerca della omogeneità.

L'analogicità dei concetti giuridici si mostra a più livelli, come si vedrà meglio più avanti: non solo lo stesso termine può indicare diversi concetti, il che

rappresenta uno dei temi centrali del campo analogico. Inoltre, lo stesso concetto (sotto una forma più ampia, che potremmo denominare “modello”) può essere applicato a campi differenti. Ad esempio, l’idea di proprietà, con alcune variazioni, è stata applicata a diversi ambiti, dallo spazio, alle cose mobili, alla dimensione virtuale dello spazio, e si dibatte sul fatto che si possa anche applicare ad alcune parti del corpo (informazioni genetiche, caso *Moore v Regents of University of California*).

## 2. Creazione di modelli

Approcciando il tema dell’analogia dal punto di vista della casistica ciò che anzitutto si può comprendere è la relazione che intercorre fra teoria e pratica nel discorso giuridico. Si tratta di una relazione per nulla semplice da spiegare, essendo molto intricata e coinvolgendo diversi fattori. Proprio a partire da un’analisi dei casi si mostra peraltro il doppio legame fra diritto e analogia (di cui si è detto in principio), che tocca da un lato anche il rapporto fra diritto ed ermeneutica, e dall’altro la relazione fra logica deduttiva e il funzionamento dell’inferenza anche nella pratica.

Dallo studio dei casi emerge inoltre la pluridimensionalità del campo analogico, che come più volte in questo lavoro è stato ribadito coinvolge il ragionamento tanto quanto la funzione predicativa, per cui l’analogia consiste anche nella trasposizione di un modello (come nel caso di specie analizzato in questo capitolo è la *proprietà*, che è sia un concetto giuridico, sia tutta una serie di conseguenze che esso implica e che rientrano nel modello) da un contesto ad altri.

### 2.1 *Segue* : dominio sullo spazio

Il primo dei casi analizzati riguarda nello specifico la possibilità di utilizzare l’azione nota come « *trespass to chattels* », originatasi come azione a tutela della proprietà nel XIX secolo, anche nel diritto di *internet*, in particolare nei casi *Thrifty-Tel v. Bezenek*<sup>361</sup> e *CompuServe v. CyberPromotions*.<sup>362</sup> Molti

---

<sup>361</sup> *Thrifty-Tel, Inc. v. Bezenek*, 54 Cal. Rptr. 2d 468 (Cal. Ct. App. 1996).

<sup>362</sup> 962 F.Supp. 1015 (S.D. Oh. 1997).

tribunali nel sistema giudiziario statunitense hanno infatti, recentemente, riconosciuto l'applicabilità dell'antica azione di Common Law nota come « *trespass to chattels* », in quanto tale *writ* interpreta l'esigenza di una soluzione pratica ed efficace per casi di ricezione di posta elettronica indesiderata.<sup>363</sup> Per giustificare questa pratica, le corti statunitensi hanno fatto ricorso al ragionamento per analogia, mostrando che questo può essere alla base tanto di un'argomentazione finalizzata alla decisione, quanto (il che è altrettanto rilevante) della predicazione di una qualità intorno ad una cosa ignota (in questo caso, lo spazio su *internet*) in rapporto ad una nota (lo spazio concreto, reale e non virtuale).<sup>364</sup>

L'azione di *trespass (writ of trespass)* è una tipologia di torto che si origina per proteggere lo spossessamento, l'uso non autorizzato o l'interferenza non autorizzata della proprietà altrui. Tale azione esige che vi sia un contatto fisico intenzionale con il « *chattel* », ovvero con un bene mobile. Contrariamente a quanto previsto per il *trespass* per la proprietà immobiliare, il *trespass to chattels* richiede che vi sia un'intrusione concreta con il bene, per esempio che esso venga danneggiato, che le condizioni fisiche dello stesso si deteriorino, o che venga spostato. Se questa è la logica di un tipo di azione ben determinato e previsto per una certa specie di casi, la funzione dell'analoga si introduce nel ragionamento che permette di far slittare il modello di proprietà « classico », previsto per i beni mobili, su beni « virtuali » e intangibili come una casella di posta elettronica. La trasposizione del modello proprietario a tutela del quale è previsto il *trespass to chattels* all'interno di un nuovo campo di applicazione è avvenuta per la prima volta con il caso *Thrifty-Tel contre Bezenek*, deciso dalla Corte d'Appello della California, concernente l'intrusione non autorizzata sull'impianto di un fornitore di servizi telefonici e di accesso ad *internet*. Il fornitore aveva tentato la via di un'azione per appropriazione indebita contro i genitori di alcuni minori che avevano portato avanti quello che in gergo informatico viene definito « *phreaking* », ovvero avevano utilizzato dei servizi telefonici senza l'autorizzazione del fornitore, entrando dapprima nel sistema informatico della società *Thrifty-Tel* digitando manualmente dei codici di

---

<sup>363</sup> Con il termine '*trespass*' si indica in *Common Law* l'atto di entrare nella proprietà (intesa originariamente come "terreno") di un'altra persona senza autorizzazione.

<sup>364</sup> Per un quadro completo, si veda Dan L. Burk, *The Trouble with Trespass* (1999).

autorizzazione casuali, utilizzando in seguito alcuni software per effettuare le ricerche di altri codici di accesso. A seguito delle segnalazioni per i danni causati dall'appropriazione indebita depositate dal fornitore di servizi telefonici e di accesso a internet, la Corte d'Appello della California ha deciso di applicare al caso di specie il *trespass to chattels*, costruendo il ragionamento intorno alla consistenza concreta - letteralmente alla « tangibilità » - dei segnali elettronici inviati.<sup>365</sup> In supporto di questa tesi, al Corte ha citato dei casi simili in cui si era affermato che persino la polvere o le onde elettromagnetiche, se causano un danno, e non soltanto delle interferenze con il godimento della proprietà, possono costituire *trespass*. La decisione *Thrifty-Tel* ha aperto la strada all'applicazione dell'azione di *trespass* ai casi che riguardano questioni intorno alla proprietà legate alle reti informatiche, provando dunque che l'analogia interviene senz'altro sul piano del ragionamento (finalizzato alla decisione, in cui si deve trovare un caso precedente, simile) - ma anche a livello della conoscenza di qualcosa di nuovo in rapporto a modelli già noti (nel caso di specie, lo spazio virtuale in rapporto allo spazio concreto, o un bene mobile e un bene virtuale).

Sulla scia del caso appena descritto, molti altri casi sono stati decisi seguendo la logica (o meglio l'ana-logica) del caso *Thrifty-Tel*. Ad esempio in *Compuserve v. Cyber Promotions* il proprietario di un sistema di reti informatiche (*Compuserve*) ha proposto un'azione contro *Cyber Promotions*, un servizio commerciale che trasmetteva quantità voluminose di posta informativa indesiderata, denominata genericamente 'spam', a migliaia di indirizzi appartenenti alla rete informatic di *Compuserve*, malgrado quest'ultima utilizzasse dei filtri per ridurre la trasmissione di *spam*. La Corte dell'Ohio, riprendendo la logica seguita per il caso *Thrifty-Tel*, ha ritenuto che i segnali elettronici ricevuti da *Compuserve* fossero sufficientemente tangibili per giustificare un'azione di *trespass to chattels*. Il contatto è stato ritenuto intenzionale, poiché la posta elettronica era stata inviata volontariamente agli indirizzi del server appartenente a *Compuserve*. Per arrivare a questa conclusione la Suprema Corte dell'Ohio ha tracciato delle analogie fra questo caso e il caso di proprietari di attività commerciali che interdicono l'accesso

---

<sup>365</sup> In una nota la Corte conclude che i segnali elettronici generati dall'attività di questi minori erano « sufficientemente tangibili per supportare un'azione di *trespass* ».

pubblico ai loro uffici, e anche con i proprietari di immobili ad uso abitativo che richiedono ai distributori di giornali di smettere di lanciare gli stessi all'interno della loro proprietà. Peraltro, il giudice ha ritenuto che l'attore (*Compuserve*) non avesse nemmeno l'obbligo di dimostrare l'avvenuto spossessamento fisico o il deterioramento delle condizioni del proprio bene (lo spazio sul server usato anche ai fini professionali), poiché era sufficiente provare che l'interferenza aveva diminuito il valore e l'efficienza del sistema per agire con il *trespass*. La spam aveva infatti costituito un ostacolo al buon funzionamento del servizio della società *Compuserve*, dato che la posta elettronica occupava uno spazio troppo grande nei suoi server.<sup>366</sup>

Dal momento che, per l'applicazione del *trespass to chattels*, è necessario che si sia verificata un'interferenza fisica con il bene (*chattel*), nel caso *Compuserve* il contatto è stato trovato nel passaggio degli elettroni nel sistema di fornitura di servizi, cos'anche d'altro canto era già stata affermata con la decisione *Thrifty-Tel*, in cui il ragionamento della Corte era ruotato attorno all'accostamento per analogia fra il passaggio degli elettroni in un sistema di telecomunicazioni e l'impatto delle particelle « intangibili » sul sistema stesso. Considerato il requisito necessario costituito dal contatto fisico, requisito basilare per l'applicabilità del *trespass to chattels*, la Corte della California nella decisione *Thrifty-Tel* aveva sottolineato che il requisito di una vera e propria intrusione tangibile era in quel caso attenuata, potendo essere soddisfatto anche dall'intrusione di particelle microscopiche di fumo o di polvere. Infatti, in qualche caso, il passaggio di cose intangibili come le onde sonore, era già stato considerato sufficiente per giustificare un'azione di *trespass*, dal momento che la tangibilità degli elettroni e quella delle particelle microscopiche sono molto simili : il pensiero analogico si basa su comparazioni.

D'altra parte anche la questione dell'applicabilità del *trespass*, originariamente previsto per la proprietà fondiaria, anche ai beni mobili,<sup>367</sup> era stata fondata sulla comparazione fra beni mobili e beni immobili, e a sua volta questo modello è stato dunque trasferito dai beni tangibili ai beni intangibili.<sup>368</sup>

---

<sup>366</sup> L'analisi del concetto di « dominio » in funzione dello spazio apre una ulteriore questione : la territorialità particolare dello spazio internet, che è diversa dalla territorialità statale.

<sup>367</sup> Dan L. Burk, *The Trouble with Trespass* (1999).

<sup>368</sup> Lo stesso ragionamento è stato seguito nel caso *Kenneth Hamidi* contro *Intel*, 30 Cal. 4th 1342 (2003).

L'utilizzo del *trespass to chattels* per il diritto di internet dimostra che il ragionamento analogico è proprio di tutti quei discorsi in cui vi sia una qualche forma di flessibilità,<sup>369</sup> come il discorso giuridico di cui che sta al centro di questo lavoro, il quale spesso è caratterizzato dalla necessità di adattamento ai mutamenti sociali, economici e tecnologici.<sup>370</sup> Come ha giustamente notato Jean Carbonnier, l'analogia interviene "*quand, au lieu de régler distinctement deux institutions entre lesquelles existe une certaine parenté de nature, la loi fait une économie de textes en renvoyant d'une institution à l'autre*".<sup>371</sup>

Nei casi analizzati, è importante osservare le strutture teoriche fondamentali del campo analogico in azione: in questo caso, esse sono state attivate per trovare una soluzione ai casi da decidere, e anche per descrivere oggetti ignoti in riferimento ad oggetti noti, partendo dalla questione giuridica (ma anche linguistica e concettuale) che riguarda l'applicazione del modello di proprietà demaniale a concetti giuridici emergenti. Sebbene non sia questa la sede per concentrare il discorso su un'analisi specifica dei problemi giuridici che riguardano l'applicazione di un modello a contesti disomogenei da quello in cui esso si è originato, vale comunque la pena di richiamare almeno qualcuno degli interrogativi più rilevanti che emergono a seguito della trasposizione di un modello ad un contesto nuovo: chi è titolare del diritto di proprietà? In quale spazio - concreto o astratto - si può esercitare un diritto? Il concetto di « disponibilità », sempre legato al modello di proprietà, è mutato nel tempo? Quest'ultimo interrogativo è al centro del tema che sarà introdotto con il prossimo paragrafo.

## 2.2 Dominio sul corpo

Il secondo dei casi che introduciamo, *Moore v. Regents of University of California*,<sup>372</sup> riguarda un tema affine a quello precedente, sempre relativo all'utilizzo di modelli noti per contesti ignoti, e riguarda una questione giuridica di enorme complessità, ovvero la relazione fra corpo e proprietà.

---

<sup>369</sup> Jean Carbonnier, *Flexible droit - Pour une sociologie du droit sans rigueur* (2001), 10 ed., Paris, LGDJ.

<sup>370</sup> Cfr. Cap. V, par. 3.

<sup>371</sup> "Quando, invece di regolare distintamente due istituzioni fra le quali esiste una certa parentela nella natura, il diritto fa un'economia dei testi rinviando da una istituzione all'altra".

<sup>372</sup> 51 Cal. 3d 120 (1990).

Il signor Moore fu curato per una leucemia particolarmente grave dal sig. Golde, dipendente del *UCLA Medical Centre*, e i risultati delle analisi mostrarono che le cellule di Moore potevano essere usate per la ricerca in genetico. Delle cellule, del sangue e delle parti di milza e di altri tessuti di Moore furono prelevati, a sua insaputa, da Golde, il quale brevettò una linea cellulare usando le cellule di Moore. Grazie ai risultati ottenuti lavorando su queste cellule l'*UCLA Medical Centre*, una volta brevettata la linea cellulare, ricevette molti fondi e riconoscimenti per aver portato avanti un miglioramento considerevole nella ricerca. Presa conoscenza di ciò, Moore dal canto suo denunciò l'*UCLA Medical Centre* che divenne imputato per tredici capi d'accusa, compresa l'appropriazione indebita per aver utilizzato il suo sangue e i suoi tessuti per creare una linea cellulare, ottenuta dunque con i suoi beni mobili corporali. Il tribunale di prima istanza ritenne validi gli argomenti della difesa e per cui rigettò le richieste di Moore, mentre in Appello, la Corte ribaltò la decisione presa in primo grado, affermando che Moore non aveva mai acconsentito all'utilizzo dei propri tessuti ai fini della ricerca. Golde, il ricercatore che aveva portato avanti il progetto, e il Regents of University of California ricorsero in Corte Suprema, la quale si concentrò soprattutto sul problema dell'obbligo di non divulgare le informazioni, e non su una forma di intrusione o spossessamento di un bene mobile di proprietà di Moore. Una delle questioni teoriche di fondo fu: il corpo, e nello specifico una parte di esso (la sequenza DNA) è suscettibile di divenire, in futuro, oggetto di un brevetto? Chi dispone del corpo, e fino a che punto, in un protocollo di ricerca? Il genoma umano è al centro di una grande questione giuridica: chi è il proprietario delle informazioni genetiche? L'individuo che ha prestato parte del proprio materiale? Il ricercatore che di questo materiale ha evidenziato un carattere peculiare? Oppure l'impresa che ha finanziato la ricerca? In linea di principio, non si possono che brevettare invenzioni dotate di un'utilità concreta o comunque suscettibili di essere applicate nell'ambito industriale, ma in verità recentemente si è assistito ad una proliferazione di richieste di brevetti sul genoma umano e su ricerche ad esso applicate, inclusi progetti sulle sequenze del genoma il cui futuro è piuttosto incerto. E' necessario chiarire se il corpo sia una sorta di substrato della persona o se piuttosto esso sia una cosa di cui ci si può appropriare. Il modello di proprietà più classico, inteso come il diritto di

godere e disporre di un bene in modo « pieno ed esclusivo » (art. 832 Codice Civile), è applicabile al corpo nello stesso modo in cui è applicabile ad un'automobile che si può vendere o acquistare, o è un bene inalienabile? Se è incontestabile che il pensiero liberale, a partire da Locke ha favorito - in negativo, con la considerazione per cui la sfera pubblica non può accedere al dominio del corpo - lo sviluppo di un'idea del corpo fondata su una concettualizzazione debitrice alla logica proprietaria, questo tipo di orientamento è d'altra parte tuttora in vigore nei paesi di tradizione giuridica di Common Law. Il caso Moore mette quindi anzitutto in discussione proprio la teoria liberale fondata sulla tesi secondo cui la sovranità primaria è quella che si può esercitare sul corpo.

Già nel mondo romano tale questione giuridica aveva suscitato l'interesse degli studiosi, ed era stata posta la questione del conflitto fra il proprietario di un materiale e l'artigiano che si occupava della trasformazione e valorizzazione dello stesso (*artifex*). I giuristi romani dettero rilevanza alla lavorazione più che alla materia di base, e la soluzione trovata è di grande interesse per la sua « modernità » *avant-lettre*:<sup>373</sup> i giuristi Proculo e Nerva discussero proprio, nel Digesto, di questo problema.<sup>374</sup> Anche nel caso Moore, al questione teorica di fondo ha riguardato il tracciamento di ragionamenti paralleli fra corporeità e incorporeità, fra una parte e il tutto, e soprattutto fra contenuto e contenente. Dai ragionamenti paralleli si è passati alle deduzioni, ma prima ancora alla valutazione delle possibili inferenze: è in passaggi come questo che la logica formale incontra l'ana-logica, per cui le due dimensioni sono tutt'altro che estranee l'una all'altra come invece si potrebbe pensare.

La comparazione e la commisurazione si mostrano in questo caso in maniera evidente come i meccanismi fondamentali del pensare analogico: come sempre accade quando si tratta di misurare o comparare, deve esserci un metro di riferimento, e questo può essere rinvenuto in un valore o un interesse

---

<sup>373</sup> Come ha giustamente osservato Eligio Resta in *Diritto vivente*, Laterza, Roma- Bari (2006), pp. 56 e 108 in particolare.

<sup>374</sup> Si trova un disaccordo fra i giuristi romani a proposito della *specificatio* in Gaio, *Inst.* 2.79: "*quidam materiam et substantiam spectandam esse putant, id est ut cuius materia sit, illius et res quae facta sit videatur esse, idque maxime placuit Sabino et Cassio. Alii vero eius rem esse putant qui fecerit, idque maxime diversae scholae auctoribus visum est*". Il caso riguarda la lavorazione di un materiale e la proprietà sul prodotto della lavorazione, per cui concerne il trattamento di materiale altrui e la conseguente creazione di qualcosa di nuovo. Secondo i *Sabiniani*, il prodotto ottenuto dalla specificazione è del proprietario della materia, mentre per i *Proculiani* è di proprietà dell'artigiano che ha lavorato la materia prima.



specifico, o può corrispondere al bilanciamento fra alcuni di questi fattori all'interno di un contesto. Non è un caso che proprio qui ritorni un tema che richiama quell'idea di ordine che per Letizia Gianformaggio è l'unico vero concetto da cui si deve partire per spiegare l'uguaglianza nel diritto. Sia nel caso della proprietà sullo spazio internet che in quello della proprietà sul corpo, il meccanismo rilevante che emerge è che la soluzione viene trovata nel bilanciamento fra le pratiche e la teoria, e sempre con lo sguardo rivolto al contesto storico, politico, economico e sociale. In particolare il caso Moore suggerisce che l'evoluzione dei concetti giuridici, certamente connessa con il ragionamento, è spesso influenzata dagli interessi economici coinvolti nel caso.<sup>375</sup> Non solo, questo caso dimostra qualcosa di ancora più importante: il campo analogico, nella forma dell'argomento, del concetto, della predicazione o del giudizio, è presente nel discorso giuridico anche quando non viene esplicitamente menzionato il termine 'analogia' (o uno qualunque dei suoi derivati).

### ***3. Ce qui fait que la comparaison peut devenir raison***

Il gioco di parole, "ciò che fa in modo che la comparazione possa diventare ragione", rappresenta un punto di partenza per riflettere sul rapporto fra comparazione ed esplicazione, rapporto su cui si fonda ogni forma di pensiero analogico, che ha nello scarto fra approssimazione e spiegazione uno degli aspetti di maggior rilevanza. Per quale ragione dalla presenza di una somiglianza si può inferire una norma, e ancor di più com'è possibile che dall'aspetto descrittivo del rilevamento di una somiglianza si possa passare alla deduzione di una norma? Se l'intelligenza corrisponde alla capacità di trovare l'identità nelle differenze, allora comparare significa comprendere, o soltanto preparare il campo per la comprensione? Lo "spirito comparativo" è un cardine della normatività giuridica,<sup>376</sup> essendo presente tanto in fase di produzione legislativa quanto in fase interpretativa ed applicativa: misura e comparazione sono alla base di ogni ordinamento normativo, d'altra parte.

---

<sup>375</sup> Anche il dibattito sulle biobanche conferma quanto affermato.

<sup>376</sup> Cfr. G. Cornu, *Le règne discret de l'analogie*, Mélanges à André Colomer, pp. 129 - 142 (1993).

L'analisi dei casi ha rivelato che il "regno discreto dell'analogia" si colloca sull'intersezione fra la produzione del dato normativo, l'applicazione dello stesso, l'interpretazione e la decisione. Questo "regno" lavora per l'adattamento degli ordinamenti normativi al mutamento, come ad esempio alle novità introdotte con la ricerca e l'avanzamento delle nuove tecnologie. Partendo da ciò che è già noto, il pensiero analogico permette di ricostruire una regola generale e di applicarla ad un nuovo caso, ragion per cui è stato spesso sostenuto che l'analogia sia un ibrido fra induzione e deduzione, fondato su un esercizio creativo che consiste in un "salto" logico: lo scarto fra logica e analogia è anche in questo passaggio, in questo salto buio dove non v'è un tracciato spiegabile e soprattutto prevedibile. Un salto che viene effettuato con un trampolino peculiare, che permette di passare da un caso ad un altro, da una fattispecie ad un'altra (caso-norma-caso o norma-caso-norma, in tutti i casi c'è una ricomprensione): sotto alcuni aspetti anche un salto nel vuoto, che serve a tracciare un nesso fra pensiero e realtà, ma sulla base di una considerazione (sulla somiglianza) passibile di diverse interpretazioni. Questo "salto" è, come anticipato, ciò che differenzia l'analogia dalla logica proposizionale: da un elemento conosciuto (definito *source*, fonte) si passa ad uno sconosciuto, dal noto all'ignoto, procedendo nell'intento di realizzare armonia e omogeneità ove queste, per la natura stessa della normatività giuridica, non sono presenti.

In cosa consiste, dunque, la « forza » dell'analogia?<sup>377</sup> Che la si consideri, come ha suggerito Geny,<sup>378</sup> come "un istinto profondo della nostra natura", o più semplicemente come un modo per rispondere al bisogno di uguaglianza, l'analogia ha una profonda familiarità con l'equità nell'indicare trattamenti simili per cose simili, e la sua forza consiste nella capacità di ordinare le differenze per mezzo di un'identità che viene trovata in profondità grazie al calcolo proporzionale che va ad indagare sui rapporti e non sui singoli elementi.<sup>379</sup> Jean Carbonnier ha aggiunto che l'analogia è "*la métaphore du*

---

<sup>377</sup> A proposito della "forza" dell'analogia si segnala il ricco contributo di Scott Brewer, *Exemplary Reasoning: Semantics, Pragmatics, and the Rational Force of Legal Argument by Analogy*, 109 Harvard Law Review 923 (1996). Secondo Brewer la forza dell'analogia è attribuibile al fatto che la struttura logica di questo argomento poggia sull'esame di esempi appropriati che rispecchiano una regola, in una sorta di equilibrio riflessivo.

<sup>378</sup> Geny, *Méthode d'interprétation et sources de droit positif*, II edizione (1932), n° 165.

<sup>379</sup> Che richiama la massima latina del Digesto "*ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*".

*droit*":<sup>380</sup> la sua più grande capacità è di far emergere, nel caos in cui coesistono identità e differenze, il punto comune pertinente e decisivo, mettendo in rilievo la convergenza determinante attraverso la sua forza « tranquilla »<sup>381</sup> e al tempo stesso ragionevole. Presentandosi sotto forme diverse, come a volte l'esemplarità di un precedente che viene presa a modello per decidere un caso, l'analogia svela in tutti i suoi usi, persino quando viene espressamente citata dal giudice,<sup>382</sup> la propria capacità di agire in profondità nelle trame del linguaggio giuridico. Il cuore dei meccanismi analogici, come hanno dimostrato i casi riportati nella precedente sezione, è situato nella comparazione, poiché quando interviene una qualsiasi forma di pensiero analogico è sempre presente un accostamento fra differenze e uguaglianze finalizzato alla commisurazione di questi elementi;<sup>383</sup> anche il « come se » della finzione, attribuendo ad un oggetto qualità che per natura non gli appartengono, introduce una forma di comparazione implicita che invita a conformare il ragionamento ad una situazione che non ha alcun riscontro nella realtà ma che, proprio grazie ad un accostamento comparativo, può essere immaginata.<sup>384</sup> La finzione è dunque pure un meccanismo analogico, e mentre quest'ultimo permette, attraverso un « salto », di passare dalla comparazione a una forma ragionevole e accettabile di pensiero, la finzione permette di passare dal « *comme si* » al « *comme ça* », ovvero dall'ipotesi alla somiglianza,<sup>385</sup>

---

<sup>380</sup> Cfr. Jean Carbonnier *Introduction* al suo celebre *Droit Civil*. Sulla relazione fra analogia e metafora si rimanda alla riflessione aristotelica trattata nella prima parte del lavoro, al paragrafo su Gaimbattista Vico (Cap. III, par. VII) e anche George Lakoff, *Metaphors we live by* (1980).

<sup>381</sup> G. Cornu, *Le règne discret de l'analogie*, in *Mélanges à André Colomer*, p. 130 et p. 142 (1993).

<sup>382</sup> Per esempio nel caso Moore.

<sup>383</sup> La comparazione e commisurazione fra elementi della realtà (in genere) e della realtà giuridica (in particolare) può essere ricondotta ad una dinamica che ha descritto Leibniz, nota come problema della *entr'expression*: essa si fonda sul presupposto che tutti gli elementi della realtà siano fra loro comparabili e che vi si auna tale continuità fra di loro che essi si definiscono l'un l'altro in virtù dei caratteri di somiglianza che li accomunano.

D'altra parte, la comparazione fa parte del diritto già dalle origini stesse di quest'ultimo; le decisioni, e più in generale ogni ideale di giustizia possono essere realizzati solo all'interno di un meccanismo comparativo (« a ciascuno il suo »).

<sup>384</sup> Cayla, Olivier, *Le jeu de la fiction entre "comme si" et "comme ça"*, *Droits, revue française de théorie juridique*, n° 21, p. 3-15 (1995).

<sup>385</sup> Ciò che Norberto Bobbio ha definito il « principio di ragion sufficiente » nel suo testo *L'analogia nella logica del diritto* (1938), éd. par Paolo di Lucia e Luigi Ferrajoli, Giuffrè, Milano, 2006.

lavorando su una logica mimetica che permette di fondare il « come se » su un contatto di verosimiglianza.<sup>386</sup>

#### 4. Standard

La presente sezione è dedicata a un approfondimento sul concetto di *standard* nel quadro della giurisprudenza amministrativa francese, come esempio della portata costruttiva e creativa dei meccanismi fondati sulla esemplarità e sulla estrazione di *principi* in grado di funzionare da terzo o da medio nel processo di applicazione e interpretazione del diritto.<sup>387</sup>

Le regole giuridiche includono spesso concetti piuttosto indeterminati, pur dovendo essere valide per casi determinati: questa aporia di base è ineliminabile e non si può procedere nel discorso sull'idea di campo analogico se non si tiene a mente un tale contrasto fondativo del discorso giuridico. La relazionalità fra determinatezza e indeterminatezza è messa alla prova in maniera particolare nel processo decisionale, in cui il massimo dell'astrazione viene a contatto con il massimo della contingenza (la norma viene in contatto col fatto). Ci occupiamo qui di un fenomeno ben preciso, il ruolo dello *standard* nel diritto amministrativo francese, in particolare in riferimento al ruolo che assume il giudice nel momento interpretativo, in cui si tratta di verificare la compatibilità dell'elemento astratto, lo *standard* appunto, con la fattispecie concreta.

Quella di "standard" è una nozione onnipresente nelle pratiche del diritto amministrativo francese, ma non sempre il suo contenuto è chiaro; Stéphane Rials lo ha definito "*une technique de formulation de la règle de droit qui a pour effet une certaine indétermination a priori de celle-ci*".<sup>388</sup> La logica alla base dello *standard* francese è quindi quella di mantenere un alto grado di indeterminatezza per poter garantire l'inclusione di un alto numero di possibilità in una sola definizione. Permettendo "*d'unir, dans une perspective d'ensemble, des concepts et des techniques à première vue distincts*", lo *standard* lavora nell'intento di

---

<sup>386</sup> A tal proposito Olivier Cayla, (Op. cit., 1995) ha parlato della « *fictions pragmatiques* », che sono qualificazioni fittizie che permettono ad essere normalmente non sussumibili sotto la stessa categoria di essere invece accostati proprio grazie alla finzione.

<sup>387</sup> In proposito è molto densa la ricerca di Stéphane Rials, in *Le juge administratif français et la technique du standard*, Thèse doctorale, Paris II, 1978.

<sup>388</sup> S. Rials, Op. cit. (1978).

*“(…) permettre la mesure des comportements et des situations en termes de normalité”.* Attraverso una generalizzazione, si tenta di rispondere a un’esigenza primaria dell’ordinamento giuridico, che è il bilanciamento fra razionalizzazione, sistematizzazione e precisione, alla ricerca di quell’equilibrio dinamico che sta nel giusto mezzo fra genere e specie, parti e tutto, e che abbiamo visto essere lo sfondo ma anche una delle dimensioni centrali intorno a cui lavorano i referenti del campo analogico - e tutti i loro derivati.

I contenuti e le tipologie di standard sono molto variabili, e vanno dalla definizione di concetti alla misurazione da assumere come riferimento in contesti determinati: unità di tempo, unità geometriche, criteri per valutare la velocità di un movimento, da un lato; le nozioni di “bisogno”, “rappresentatività”, “pregiudizio”, in contesti come ad esempio quello lavorativo. Questi sono pochi ma significativi esempi del tipo di concetti che la giurisprudenza ha “standardizzato” in modo tale da rendere il processo decisionale più agevole. Attraverso una definizione del contenuto di una misura, o di un criterio, è infatti possibile lasciare al giudice uno spazio di discrezionalità minore, poiché almeno un elemento oggettivo ha un contenuto fissato. La definizione del contenuto dello standard rappresenta per queste ragioni un tentativo di fissare il significato di alcuni elementi del discorso normativo, in modo tale da 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 arginare lo spazio di discrezionalità dell’organo decidente, che almeno su alcuni aspetti del contenuto delle norme non deve così incidere. Soprattutto in un ambito come il diritto amministrativo, lo spazio di discrezionalità marginale del giudice può avere effetti rilevanti, trattandosi spesso di questioni che riguardano anche la ripartizione della sovranità fra diversi organi; questioni che, dunque, si collocano su un livello in cui la distinzione fra diritto e politica diventa centrale, e molto complessa.

Perché possa garantire veridicità, in un senso, e perché possa davvero funzionare nel senso per cui è stato pensato, nello standard confluiscono anche riferimenti ai comportamenti medi dell’individuo medio, insieme a regole vaghe di carattere generale: per queste ragioni si tratta di uno strumento tanto utile quanto difficile a esser definito in maniera chiara, poiché più che del

contenuto si può infatti meglio discutere della funzione e della finalità dello *standard*.

La stessa semantica mostra alcune tracce interessanti: a metà del XII secolo, si attesta un uso della parola '*standard*' per indicare una bandiera o qualsiasi altro oggetto usato per indicare un punto di raccolta per l'esercito (in inglese). In francese, la parola '*estandard*' verosimilmente è stata originariamente usata per indicare qualcosa che sta fermo, che si erge ed è visibile in mezzo ad altre cose o in uno spazio vuoto: l'idea è in entrambi i casi quella di un elemento che si staglia per funzionare da indicatore. Probabilmente, il termine proviene da un composto risultante dal gotico "*standan*", (da cui "*to stand*" in inglese, che significa "stare in piedi, stare eretti") unito a "*hardus*" (da cui l'inglese "*hard*", solido, stabile). Per questo il termine era generalmente usato per indicare una bandiera, che infatti si erge, è attaccata ad un palo che è di solito stabile e piantato nel terreno. Lo *standard* indica quindi semanticamente un riferimento visibile, stabile (vedremo più avanti che questa natura avvicina questo concetto al paradigma). Un'altra teoria collega invece il termine ad un antico significato usato in francese, ovvero "*standere*", allargare, per cui lo *standard* sarebbe invece stata un'unità di misura. C'è una continuità fra queste due possibili indicazioni semantiche, poiché in entrambi i casi il concetto si riferisce ad un modello di riferimento, sia esso un'indicazione sotto forma di un simbolo, la bandiera, oppure una definizione sotto forma di unità di misura. Nel XV secolo è attestato un significato riferito ad un esemplare a cui viene riconosciuta autorità e correttezza. In questa direzione, dall'idea originaria di un elemento concreto di riferimento, il contenuto si è ampliato ad un'idea anche astratta nel senso di "regola di riferimento".

Proprio come una regola in filosofia e nel linguaggio comune, lo *standard* ha un contenuto non troppo semplice da definire, per cui è più utile fare riferimento alle pratiche in cui viene utilizzato e allo sviluppo storico che queste pratiche hanno avuto - per coglierne il senso più profondo. Nel caso dello *standard*, il concetto e il suo contenuto dipendono da molti fattori esterni: sempre Rials ha notato a riguardo che "*en réalité toute définition, selon les procédés de la logique auxquels nous sommes habitués dans le monde juridique continental, implique une opération rationnelle et préalable de généralisation et d'abstraction. Or le standard est essentiellement concret et, comme tel, ne saurait être conçu autrement que*

*par rapport à certains éléments de fait déterminés”.*

Nella giurisprudenza amministrativa francese sono utilizzati diversi tipi di standard, a riprova del fatto che non solo la definizione di questo concetto è pressoché impossibile, ma che nella ricerca di un carattere uniforme della sua natura si incontrano declinazioni differenti: esistono anzitutto *standard* descrittivi o prescrittivi.

Quel che più conta è però che al di là del carattere emergente in maniera più netta in un caso o nell'altro, lo standard ha una natura polivalente e il suo concetto è segnato da intrinseca polisemia. Spesso esso è infatti inclusivo, e non esclusivo, tanto della descrizione quanto della prescrizione. Oltre alla distinzione fra standard descrittivi e prescrittivi, è stata operata una differenziazione ulteriore fra standard “contenziosi” e “materiali”, quest'ultimi avendo un carattere generico e che si applica al discorso giuridico in senso lato, non solo (come nel caso di quelli contenziosi) nella fase decisionale.

Lo *standard* è stato descritto come uno dei concetti che maggiormente partecipano della scrittura e dello sviluppo della giurisprudenza amministrativa. Esso, proprio come tutti gli altri strumenti che hanno un potenziale paradigmatico e che sono analizzati in questa tesi, è legato all'idea di eccezionalità poiché incorpora qualcosa che è straordinario (e per questo può essere un paradigma), ma al tempo stesso è parte dell'ordine da cui viene selezionato. L'eccezionale è naturalmente relazionale con il normale, per lo *standard* va anzitutto compreso come un modello che è parte del discorso cui inerisce. Si potrebbe dire a proposito - con Wittgenstein - che gli aspetti delle cose più importanti per noi sono dissimulati dalla loro semplicità e dalla loro banalità.<sup>389</sup> E' proprio osservando i dettagli delle modalità operative dei dispositivi che compongono il campo analogico, infatti, che è possibile coglierne la profondità. Cogliere l'ordinario nello straordinario, e fare il contrario allo stesso tempo, questo è un altro degli obiettivi (forse un po' ambizioso) che tentiamo di afferrare con l'introduzione dell'idea di “campo analogico” nel discorso giuridico.

Riprendiamo alcune osservazioni di carattere generale nel tentativo di comprendere a fondo la ragione per cui lo *standard* è emblematico dei rapporti

---

<sup>389</sup> L. Wittgenstein, *Investigazioni filosofiche*, paragrafo 129, citato anche da Jacques Bouveresse in *Langage ordinaire et philosophie*, Lang. mars., 1971, p.36.

genere/specie e parte/tutto. La dottrina francese di diritto amministrativo ha definito lo *standard* come un tipo di disposizione indeterminata, usata piuttosto spesso dal giudice, il cui carattere normativo è l'oggetto di un dibattito esteso e complesso; esso mette in relazione dei valori fondamentali di normalità, di moralità e di razionalità, per certi aspetti comprendendoli e spiegandoli attraverso la propria polisemia. Questo è particolarmente interessante se si tiene in considerazione il fatto che in Francia, il discorso sull'analogia ha, proprio nella dicotomia esempio/regola, uno dei suoi cardini. Il concetto di normalità è forse in questo contesto quello più pregnante, perché in un certo senso definisce il campo semantico, il confine, il margine che misura (altra parola chiave) la competenza linguistica del nostro problema, vale a dire il ruolo e le funzioni della rappresentazione (sotto forma di un medio, di un esemplare, di un tipo o di uno *standard*) nel discorso giuridico. Altra considerazione necessaria: ciascuno dei concetti introdotti, tanto lo *standard* quanto la normalità, tanto l'esemplarità quanto la regola, sono i dispositivi caratteristici dei discorsi doppi, degli spazi referenziali. Vale a dire, così come il ragionamento per analogia ha nella molteplicità delle sue componenti uno dei suoi aspetti essenziali, allo stesso modo tutti questi termini non possono svilupparsi che all'interno di discorsi costruiti sulla relazionalità e sulla referenzialità. A questa categoria di concetti, già vasta di per sé, la dottrina francese ha inoltre aggiunto, a partire dagli anni Ottanta - in un periodo di grande fervore del dibattito sulla funzione ermeneutica o legislativa nella applicazione del diritto - anche i concetti di eccezionalità, imprevedibilità, straordinarietà.

Inoltre, concentrarsi sullo *standard* è utile poiché si tratta di un altro dispositivo come quello analogico che, nonostante la frequenza con cui è stato ed è usato nella prassi, a tutti i livelli giurisdizionali, non è mai stato definito con rigore e in maniera esaustiva. Si deve rilevare che la dottrina e la giurisprudenza francesi, a partire dagli anni Settanta, hanno inoltre interpretato il tema dello *standard* sotto chiavi differenti. Questo contribuisce a comprendere quanto fumoso sia questo dispositivo, che d'altro canto è però uno degli elementi principali della struttura portante del diritto amministrativo francese.<sup>390</sup> Infatti questo ramo dell'ordinamento giuridico è particolarmente

---

<sup>390</sup> Per approfondire la caratterizzazione del ordinamento giuridico francese a partire dal ramo amministrativo, in particolare per quanto riguarda la applicazione del diritto, le grandi



connesso alle decisioni (i cosiddetti *arrêts*) dei suoi giudici. Il diritto amministrativo francese è dunque, per il fatto di essere legato intrinsecamente alla dimensione decisionale, un esempio ottimo per mostrare la forza creatrice di dispositivi che lavorano su *modelli*. Ciò emerge nettamente se si considera, inoltre, che il discorso giuridico ha generato molti sinonimi del concetto di *standard*. Fra questi, "*directive*", "*criterium*" o "*critère*", "*norme souple*", "*paragraphes élastiques*", "*conceptions soupapes*", "*règles susceptibles de construction*", o ancora "*type de comparaison*". Alla luce del fatto che si sia ricorso spesso all'uso di espressioni con un significato simile, si può rilevare che fa da sfondo a questo discorso sul ragionamento per modelli e comparazioni è - tanto per lo *standard* quanto più genericamente per l'*analogia* - la questione del rapporto fra legge e decisione. Soltanto l'analisi della dimensione pratica, come già è stato osservato in precedenza, può apportare gli elementi essenziali per una migliore comprensione delle modalità del controllo giurisdizionale e delle cosiddette *politiche* giurisprudenziali.

Per comprendere a fondo la nozione di *standard* è bene guardare indietro al periodo in cui si può collocare l'origine del pensiero fondato sui modelli e sulla esemplarità. Soltanto richiamando il clima intellettuale nel quale si è definita materialmente la nozione di *standard* si può comprendere la portata che essa ha ancora oggi nella costruzione di una giurisprudenza per principi all'interno dell'ordinamento giuridico francese. Negli anni venti del secolo scorso si sviluppò in Francia un vero e proprio "*mouvement du standard*". Questo fu un movimento profondamente ideologico; il clima intellettuale era stato influenzato dall'opera di Gény e il diciannovesimo secolo si era chiuso, proprio grazie a figure come quella di Geny, con un atteggiamento diffuso di sfiducia nei confronti dell'esegesi e della deduzione pura come unico strumento per la applicazione del diritto da un lato, e della completezza indiscutibile dei sistemi giuridici (c.d. "*dogma della completezza*") dall'altro. L'opera di Gény era, dal canto suo, debitrice nei confronti dei lavori di uno dei maggiori giuristi tedeschi del XIX secolo, vale a dire Rudolph Von Jhering. Il presupposto logico delle tesi di Gény era la critica del cosiddetto "*metodo tradizionale*", in una prospettiva

---

dicotomie ed i dibattiti che intorno ad essa si sono sviluppati, si rimanda alle opere seguenti: Gaudement, *Les méthodes du juge administratif*, 1972; Loschak, *Le rôle politique du juge administratif français*, 1972.

in cui l'idea diffusa e prevalente era “*que le système des conceptions abstraites et des constructions purement logiques, apparaît impuissant à fournir à la recherche scientifique autre chose qu'un instrument de découverte, sans valeur objective, qui peut suggerer les solutions, mais incapable, à lui seul, d'en démontrer le bien fondé; ni d'en éprouver le mérite intrinsèque et la vérité durable*”.<sup>391</sup> Per la prima volta, un giurista francese aveva osato sostenere che il ruolo normale dell'interprete deve consistere in un'*attività personale* di cui non è affatto necessario conoscere i passaggi, che si presuppone quindi non debbano essere proceduralizzati. Con questa espressione così forte, volutamente provocatoria, “*activité personnelle*”, non si faceva riferimento soltanto a una mera *influenza personale*, ma a qualcosa di più complesso. L'interprete, il giudice - in questo nuovo corso della tradizione giuridica francese che andava emancipandosi dalle catene del normativismo estremo celebrato nell'epoca rivoluzionaria - avrebbe ora dovuto fondare le proprie decisioni sempre su elementi di natura oggettiva, ma su una linea che Gény definiva di “*libre recherche scientifique*”, di libera ricerca scientifica.<sup>392</sup>

E' dunque del tutto evidente come sia esattamente da ricercare qui, in una prospettiva archeologica, l'origine e il principio informatore dei

---

<sup>391</sup> Gény, op. cit., p. 203.

<sup>392</sup> Quest'apertura del diritto verso l'esterno, che avrà ripercussioni anche fuori dal territorio francese, non può essere dissociata dal clima intellettuale nel quale si era originata e dal quale veniva dunque informata. I referenti principali della svolta che scosse, a partire dall'inizio del ventesimo secolo, l'approccio diffusamente accolto del diritto come sistema logico costruito assiomaticamente e prevalentemente deduttivo, erano di due tipi. Da un lato il pensiero di alcuni grandi autori contribuì ad ampliare lo sguardo sul diritto, dall'altro intere correnti di pensiero introdussero nel discorso giuridico alcuni concetti innovativi. Prendendo ancora una volta ad esempio il percorso intellettuale di François Gény, si può osservare che il suo lavoro fu profondamente influenzato dal pensiero non-giuridico; in particolare, egli conosceva molto bene l'opera di Bergson e di Durkheim. Nella sua opera *Science*, Gény vedeva in Bergson l'interprete più eminente della reazione all'*hyperrationalisme*. Di Durkheim apprezzava invece l'apporto rilevante della sociologia giuridica e riteneva che esso avrebbe senz'altro contribuito a prendere una direzione feconda nelle ricerche sulla metodologia giuridica.

In ogni caso, ciò che ci interessa dell'apporto di Gény è la sua spinta verso il superamento del metodo della pura esegesi; solo comprendendo a fondo questo passaggio si possono porre le premesse per una analisi concreta degli strumenti che abbiamo definito di *mediazione linguistica*, fra i quali lo *standard* nella giurisprudenza francese è un esempio pregnante.

Le due correnti che hanno influenzato maggiormente Gény, vale a dire il bergsonismo e l'opera di Durkheim, hanno a modo loro contribuito ad un processo iniziale di costruzione di una idea nuova di diritto, una idea fondata sulla profonda necessità di cambiamento. Il diritto e la vita, il diritto e la società, non potevano più viaggiare su binari separati. Gény lo dice chiaramente quando critica quelle “*catégories logiques qui seraient prédéterminées par essence, immuables dans leur fond, régies par des dogmes inflexibles, insusceptibles par conséquent de s'assouplir aux exigences changeantes et variées de la vie*”. Infatti, termini quali *vie, vital*, o espressioni quali *exigences de la vie, adaptation à la vie*, sono ricorrenti nella *Méthode*.

meccanismi del campo analogico come l'*esemplarità* e lo *standard*, nell'ordinamento giuridico francese attuale, ma ovviamente non solo. E' infatti in queste fasi di rottura con il sistema precedente che questi strumenti trovano lo spazio adatto per sedimentarsi e incardinarsi come grimaldelli di cui il sistema fa uso con continuità. Ogni processo interpretativo, se strutturato in modo da lasciare ampio margine di discrezionalità all'interprete, nella nostra fattispecie al giudice che deve dire il diritto, non può che riservare a questa tipologia di modelli uno spazio consistente all'interno del discorso giuridico. La missione del giudice o dello studioso di diritto in un contesto simile, è allora quella di concentrarsi sugli interessi, che deve definire in relazione a concetti flessibili e dinamici, fra gli altri i principi generali, per contenere le richieste della vita sociale in un quadro che sia all'altezza della complessità, della sua fluidità incessante. Va inoltre precisato che la preoccupazione degli intellettuali, com'è tipico in ogni fase di reazione a un periodo precedente, era in Francia, all'epoca di Gény, quella di sfuggire a ogni forma di astrazione e di condensare ogni dibattito ed operazione del diritto sul *concret*. Si può affermare dunque che l'epoca in cui il diritto scopre, o meglio *ri-scopre* (non dimentichiamo che il dispositivo analogico, fra gli altri, era ben noto già *prudentes* romani) la spinta possente della dimensione ermeneutica è, non a caso, un momento in cui la reazione verso la fissità del sistema presente è divenuta ormai insostenibile.

Una delle ragioni della debolezza dei tentativi di definizione del concetto di *standard*, già nelle fasi in cui questo si stava originando, vale a dire intorno agli anni Venti del Novecento, è che essendo una nozione del tutto indeterminata, non è in alcun modo descrivibile attraverso una elencazione precisa di attributi e modalità funzionali. Alcuni studiosi francesi dell'epoca sostennero persino che tale definizione fosse completamente impossibile poiché avrebbe dovuto essere tracciata a partire da nozioni che non potevano in alcun modo essere definite con i metodo certi ed esatti della logica giuridica. Si tratta, da un punto di vista concreto, di una direttiva generale destinata a guidare il giudice nell'amministrazione del diritto, offrendogli un'idea di massima di quali siano i suoi obiettivi e le sue finalità.<sup>393</sup>

---

<sup>393</sup> Per un quadro più completo delle diverse posizioni della dottrina francese sullo *standard* e per approfondire il clima politico in cui questi dibattiti si sono inseriti, Renard, *Le droit, la logique et le bon sens*, 1925, p. 240 (in cui si trova un passaggio molto bello consacrato ai "*concepts dont la*

Peraltro, sempre negli anni in cui il processo di descrizione dello *standard* era in atto, fece irruzione un termine che avrebbe segnato definitivamente la sua semantica: si tratta dell'attributo "normal". La normalità invocata nella definizione è una normalità puramente descrittiva, statica, fattuale, strettamente connessa con la pratica effettiva; dunque è tutt'altro che una normalità dogmatica, prodotta sul piano astratto e ideale, dotata di una certa trascendenza, di una certa estraneità rispetto alla pratica effettiva. Lo *standard* giuridico è dunque prima di tutto il procedimento di cui dispone il giudice per prendere in considerazione una tipologia media di condotta sociale, che sia ritenuta corretta per la categoria di atto che si tratta di giudicare.

Fin qui le definizioni che abbiamo tentato di dare per costruire uno statuto dello *standard* sono rimaste su un piano moderatamente astratto. Questa nozione in realtà ha ricevuto un contenuto vero e proprio quando, prendendo spunto dalla dottrina di *Common Law* e in particolare da Roscoe Pound, gli intellettuali francesi ne hanno dato una definizione in funzione della dicotomia *règle/standard*. Al Sanhoury fu il primo a importare in Francia la distinzione fra *rules, principles, conceptions* e *standards* che era stata stabilita da Roscoe Pound. Il risultato di questo trapianto di concetti nell'ordinamento giuridico francese fu la traduzione dell'inglese 'rule', che nella teoria di Pound era la soluzione contenuta in un precedente giudiziario, con "solution jurisprudentielle".<sup>394</sup> Si accostarono dunque la regola con la soluzione, e viceversa, proprio come nella tradizione prudentziale a Roma venivano trasformati i *responsa* degli esperti giuristi in *regulae*.

Vi sono però delle differenze fra la regola e lo *standard*. Quest'ultimo si differenzia dalla regola per la mancanza di automatismo nel momento applicativo, necessitando dell'intuizione del giudice, che proceda attraverso almeno un passaggio intermedio, figurativo, in cui si possa svolgere quella mediazione che si rende necessaria ogni qualvolta dall'astratto più astratto si salta al concreto più concreto e viceversa. Mentre il principio, dal canto suo, in senso tecnico è il risultato di un'astrazione logica e di una generalizzazione schematica forte che muove dalla realtà per allontanarsene, lo *standard* non ha

---

*souplesse fait justement le mérite*". Altrettanto interessante è V. Hamson, *Pouvoir discrétionnaire et contrôle juridictionnel de l'administration*, 1958, pp. 182 e ss.

<sup>394</sup> Lambert, *Le gouvernement des juges*, p. 205. Lambert insiste molto sulla distinzione fra *rule* e *règle*.

niente di astratto. Quantomeno, all'apparenza lo *standard* corrisponde a una descrizione concreta, ma in realtà è allo stesso tempo intrinsecamente connesso con una dimensione di generalizzazione che è quindi soprattutto teorica. Ancora una volta, un dispositivo del campo analogico lavora sul crinale fra astrazione e concretezza.

Per queste sue caratteristiche, lo *standard* si presta a un'applicazione pratica immediata. Necessita sempre, per venire a espressione, dell'intervento di una dimensione terza (che funzioni da medio) nel procedimento ermeneutico, che vi aggiunge complessità ed al contempo contribuisce a dotarlo di una forma propria. E' in questa dimensione in cui si costruisce la rappresentazione che serve da modello per la comparazione fra astratto e completo, che la dimensione anzitutto estetica dell'ermeneutica e del discorso giuridico prende forma.

Sono l'intuizione e la esperienza pratica delle cose della vita che ispirano e guidano il giudice nella applicazione empirica dello *standard*. L'intuizione e l'esperienza prendono il posto del ragionamento e della logica in senso proprio. Un altro aspetto ancora ci racconta della natura ibrida e sotto certi aspetti ombrosa dello *standard* nel diritto francese. Quando esso fece il suo ingresso sulla scena della tradizione giuridica francese, intorno agli anni Venti del secolo scorso, si parlava di "*standard juridique*". Ciò non indicava necessariamente, però, la convinzione che tutti gli *standard* avessero necessariamente natura giuridica. Aggiungere al termine *standard* l'attributo *juridique* significava concepirlo all'interno del diritto, definirlo in relazione ad esso, letteralmente "giuridificarlo".

Va osservato che questo metodo ha aperto le porte al cosiddetto "*pouvoir discrétionnaire*" dei giudici, che è stato a lungo ed è tuttora uno dei temi centrali nel dibattito giuridico nella scena francese. Il fenomeno della comparsa dello *standard* risponde, è opportuno precisarlo, alla complessità crescente della vita e alla insufficienza evidente delle regole nell'esercizio della previsione che si concretizza nelle descrizioni astratte di fattispecie che possano essere applicate a più casi. Come dire: il ricorso allo *standard* è solo la conseguenza di un'eccedenza della realtà e delle possibilità rispetto al diritto.

Il tema dello *standard* ha suscitato interesse e, allo stesso tempo, ha originato numerosi dibattiti. In particolare a proposito del suo spazio nella

giurisprudenza amministrativa, si è discusso del legame fra l'uso sempre più frequente dello *standard* e il potere esercitato discrezionalmente da parte degli organi amministrativi. Ancora una volta, un tema che in origine abbiamo contestualizzato nell'ambito dell'ermeneutica giuridica, dopo una ricostruzione teorica mostra tutta la propria portata di sonda potente per un'investigazione sugli equilibri della politica del diritto. Lo dimostra anche il fatto che questa tecnica non possa essere utilizzata indistintamente e in ogni sorta di decisione. Infatti, è prevista una riserva da parte del giudice per questioni strettamente tecniche, così come anche per temi che abbiano rilevanza in rapporto a questioni fondamentali sull'esercizio delle pubbliche funzioni. E' come se l'ordinamento si dotasse di garanzie oltre le quali la ricostruzione astratta, fondata sulla ripetizione di eventi, sull'esperienza concreta, non sia sufficiente. Il che è del tutto comprensibile, anche alla luce delle osservazioni svolte nei capitoli precedenti. Va ad aggiungersi a questo un altro elemento: il sistema francese si è dotato di un controllo per l'applicazione degli *standard* nelle controversie riguardanti l'eccesso di potere. Ciò a riprova del fatto che questo tipo di dispositivi, oltre a mostrare il cuore segreto del campo analogico, è determinante per una comprensione profonda delle relazioni fra applicazione e interpretazione.

L'analisi molto raffinata di Stéphane Rials<sup>395</sup> racconta di uno degli aspetti più interessanti dell'uso dello *standard* nella giurisprudenza francese ed in particolare nella giurisprudenza amministrativa. Si tratta del legame fra questa pratica e lo sviluppo di valori esterni al diritto. Alcune tipologie di *standard* hanno conosciuto momenti di grande diffusione, che sono mutati non appena i valori della società sono mutati a loro volta nel tempo. In effetti lo *standard*, più di altri meccanismi comparativi fondati su modelli, è profondamente legato al contesto sociale in cui il giudice si trova a decidere.

La questione rilevante è: ciò che è stato *standard* può continuare a considerarsi *standard*? Un valore, una valutazione, un criterio rispondente alla normalità, quanto velocemente possono cambiare? E quanto il diritto è in grado di convivere con questo mutamento, con l'eccedenza della vita? Rials ha descritto alcuni dei campi semantici in relazione ai quali questo strumento ha visto modificare i propri contenuti nel corso della evoluzione della tradizione

---

<sup>395</sup> Op. cit.

giuridica francese. Fra questi, ha segnalato le seguenti dicotomie: *standard* e valori economici, *standard* e valori politici, *standard* e valori umani, *standard* e movimenti culturali e correnti di pensiero. In termini più teorici, questa tendenze dello *standard* a mutare in rapporto al contesto cui si riferisce è un carattere fondativo e intrinseco, poiché se da un lato il compito di questo strumento è garantire continuità nell'interpretazione, dall'altro esso serve proprio come adeguamento alle discontinuità che sono naturalmente presenti nella società. Il legame con il mondo esterno è testimoniato anche da una vera e propria "politique jurisprudentielle du standard", un discorso a tutti gli effetti strutturato sulla base del mutare della società e della capacità di un modello di servire da canale attraverso cui filtrare le possibilità nell'intento di garantire alcuni tracciati di regolarità. Questa inestricabile relazione fra lo *standard* e la società da cui è estratto e sulla base dei cui discorsi deve essere testato è confermata anche dalla profonda relazionalità che attualmente lega le definizioni di questi criti ai valori umani, e ad un'idea molto generale di ragione e "ordine delle cose": lo *standard*, nella sua capacità di mettere in relazione piani differenti, lavora alla costruzione di un ordine delle cose, proprio come abbiamo visto accadere per molti altri dispositivi riconducibili al pensiero analogico. Nel tracciare connessioni fra la parte e il tutto, il concreto e l'astratto, essi servono a creare coerenza ed omogeneità dove altrimenti non vi sarebbero.

A questo proposito, sempre Stéphane Rials ha osservato che "*sourtout elle (la philosophie du standard) renvoie à l'existence d'un ordre naturel des choses, sous-tendant les bons choix du juge. Rappelons qu'il nous était apparu que l'une des causes du recours à la technique du standard est justement la relative illégitimité de la création normative du juge. Cette illégitimité organique et formelle ne peut être compensée que par une forme de sur-légitimité matérielle: le juge doit donner l'impression qu'il est l'instrument de la nécessité, qu'il dit, par une savante maïeutique que l'on peut baptiser 'prudence', le non-dit du droit. Il suffit pour comprendre ce mécanisme, de conserver à la mémoire l'importance, pour les principes généraux du droit, du mythe de leur 'découverte'*".<sup>396</sup>

D'altro canto, l'ordine naturale delle cose cui rinvia lo *standard* non è, però, eterno: questp è uno dei problemi di fondo di ogni discorso che abbia tentato di applicare l'idea di "natura" al diritto. La dialettica fra continuità e

---

<sup>396</sup> S. Rials, Op. cit. (1978).

discontinuità è inevitabile se si affronta questo discorso, e il ruolo dell'organo decidente è quello di rivelare alla società il diritto che ad essa corrisponde, non imponendo invece una generalizzazione che non sia più adatta all'epoca in cui si è chiamati a decidere.

Per questa ragione, un'altra delle question chiave in proposito tocca il rapporto fra modello (*standard*) e i mutamenti dell'opinione pubblica o della mentalità collettiva in rapporto ad un concetto determinato. Il che è coerente con il fatto che lo sviluppo della tecnica dello *standard* corrisponde anche a un'esigenza di controllo del potere discrezionale del giudice, come si è detto a proposito dello sviluppo che ha storicamente avuto il concetto. Controllare e orientare il processo decisionale, arginando la discrezione: questi due fra gli obiettivi principali dell'uso dello standard nella giurisprudenza amministrativa francese; ciò che richiede, seppure brevemente, di fare un rinvio a quanto detto a proposito della rilevanza che assume la prudenza nel momento della decisione di un caso giuridico; elemento centrale, e decisivo per mettere in relazione le considerazioni che poggiano su un piano concreto con quelle che invece rimandano alla dimensione delle definizioni: "*par son indetermination, le standard est une notion critique du droit en ce sens qu'il met a nu la crise inhérente à celui-ci*". Gli elementi del campo analogico fanno anche questo: emettono a nudo la crisi che è inerente al discorso giuridico. Nell'aprire connessioni fra piani disomogenei, le considerazioni in astratto e le considerazioni in concreto entrano in contatto attraverso il campo, e sempre attraverso il campo è dunque opportuno pensarle, analizzarle e commentarle, poiché soltanto con questo filtro si riesce a percepire perché esse sono essenziali nel discorso giuridico.



## 5. Tipo,<sup>397</sup> *causa, consideration*

Un tema apparentemente slegato da quelli precedenti completa questa sezione dedicata al ruolo dei modelli nel discorso giuridico. Occuparsi di tipo e causa nella teoria del negozio giuridico sembrerebbe non influire troppo su quanto detto finora, o quantomeno sembrerebbe un discorso eccessivamente slegato dalla tesi centrale del lavoro, la descrizione di un “campo” analogico, comprensivo non soltanto del ragionamento per analogia, ma anche di altri referenti che non possono e non devono essere considerati indipendentemente gli uni dagli altri (concetto, giudizio, predicazione, ma anche esempio, paradigma, *standard*, modello). In realtà invece parlare di tipo, causa e *consideration* ha non soltanto senso, ma assume una centrale rilevanza se si considera il lavoro nel suo insieme, e in particolare se si tiene conto del fatto che nella prossima parte si introdurrà il tema della “natura della cosa”, che filosoficamente (e più in generale teoricamente) ha un legame inscindibile tanto col tipo quanto con la causa.

Vediamo anzitutto cosa s'intenda, in linea di principio, con questi tre termini, tenendo conto del fatto che si dovranno certamente omettere i dibattiti in dottrina intorno a contenuto e all'essenza tanto del tipo quanto della causa

---

<sup>397</sup> Il tema del tipo è da un punto di vista filosofico praticamente sconfinato, e per questa ragione ad esso andrebbe dedicato uno spazio ben maggiore di quello che, per ragioni di economia interna di questa trattazione, gli viene invece attribuito. Oltretutto, questo è un tema molto vasto anche se osservato nella prospettiva del diritto, tanto per la trattazione in ambito civilistico - che viene sinteticamente riportata qui, in rapporto ad un problema ben preciso - quanto a quella in ambito penalistico - che viene lasciata alle sole considerazioni sul tipo nel suo rapporto con la natura della cosa nella terza parte. Date queste premesse, va allora detto qualcosa a proposito della tipologia in filosofia. Il tipo costituisce la mediazione fra “senso interno” e “forma giuridica”, e questo tipo di mediazione che si realizza nel tipo è opera dell'analogia. Da Aristotele a Kant, in linea trasversale dalla metafisica alla filosofia del linguaggio il tipo ha a che fare con l'astrazione. Melandri (1968) ha detto che “raramente si tiene conto del fatto che la distinzione fra l'oggettivo e il soggettivo, l'esterno e l'interno, la realtà e i fenomeni, & c. dipende dal senso dell'astrazione e che là, dove sia possibile invertire questo senso, si inverte anche il rapporto fra le suddette coppie di termini. (...) l'astrazione può avere due sensi opposti, secondo che sia classificatoria oppure tipico-ideale: per semplicità, vogliamo chiamare quest'ultima ‘tipologica’. (...) L'astrazione classificatorie procede a partire dall'estensione: si considerano dati gli individui (le entità, gli oggetti, le cose individuali), per poi estrarre da essi le proprietà che hanno in comune. La classificazione presuppone dunque un'individuazione indipendentemente data degli oggetti che ne costituiscono l'universo di discorso. Quindi ogni proprietà comune a un certo insieme di individui ne definisce la selezione in termini di appartenenza a una “classe” (“genere” o “specie”, nella terminologia classica) (...)”, Op. cit., p. 635 ss. L'astrazione classificatoria e l'astrazione tipologica sono quindi complementari, e ciò appare particolarmente rilevante considerato il rapporto che l'analoga intraprende con classificazioni e astrazioni, meccanismi relazionali ed entrambi costitutivi del campo.

(che in inglese si chiama “*consideration*”). Una ricostruzione precisa delle diverse teorie che su questa materia sono state sviluppate fra gli studiosi di diritto civile condurrebbe troppo lontano dal nucleo teorico del lavoro, e si rischierebbe peraltro di ricostruire un quadro storicamente e dogmaticamente incompleto, e ancor peggio impreciso. E’ bene precisare invece che l’intento che si vuole raggiungere con questa sezione riguarda piuttosto l’introduzione di un nuovo referente, il tipo (in rapporto alla causa, ma non solo) nel quadro del campo analogico, che acquisisce così un ulteriore elemento, da tenere a mente dunque d’ora in avanti (ma anche guardando indietro nel resto del lavoro) quando si parla di pensiero, sapere e campo analogici.

Come già perfettamente messo in rilievo da Ferri,<sup>398</sup> le categorie di “causa” e “tipo” sono due fra i nuclei principali che vanno analizzati nel tentativo di costruire un discorso esaustivo sul negozio giuridico. Più specificamente, di “tipo” si parla 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; mentre la nozione di “causa” era già nota nel codice abrogato, l’espressione di tipo è stata introdotta per la prima volta nel codice vigente. Nei codici abrogati si faceva riferimento al *nomen* - criterio allora utilizzato per distinguere i contratti che avessero o non avessero una denominazione propria. Con riferimento alla società, sia nel codice civile (Capo II, titolo X, libro III, art. 1700 del codice del 1865), sia nel codice di commercio si parlava di *specie* differenti di società, evidentemente per puntualizzare come, pur distinguendosi in alcune delle loro caratteristiche (organizzative, strutturali), tutte le diverse tipologie (o specie) fossero ricomprese in una categoria più ampia, il *genus* “società”. Il termine ‘tipo’ è dunque usato nel linguaggio normativo, servendo a connettere quindi anzitutto il genere con le specie incluse in esso (per quanto riguarda l’inclusione come meccanismo in cui si manifesta il pensiero analogico, si rimanda all’apposita sezione della prima parte dedicata a questo concetto). Il tipo e la causa del negozio giuridico sono stati talvolta assimilati, per cui parte della dottrina ha ritenuto che le questioni relative al tipo potessero essere assorbite dal concetto di “causa” del negozio giuridico, enucleando di fatto la nozione di tipo, per lo più, soltanto nel contesto dello schema causale.

---

<sup>398</sup> G.B.Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, Giuffrè (1968).

E' stato Emilio Betti ad attribuire, per primo, una rilevanza autonoma al tipo, pur riconoscendo il suo nesso con la causa.<sup>399</sup> Proprio Betti ha rilevato 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; ovviamente, anche a ciascun nome è associato uno o più significati (la polisemia è un fenomeno molto diffuso, anzi praticamente inevitabile). Ma il tipo indica qualcosa in più, indica un intero sistema che sta dietro il nome, poiché ancora più di questo si riferisce all'origine della relazione, al suo scopo. Per questo motivo, il tipo è carico di un valore aggiunto che nel *nomen* era assente: il tipo è oltretutto anche un modo per filtrare le possibilità dell'autonomia privata attraverso dei modelli che siano giuridicamente sistematizzati. Proprio come, sotto altri aspetti, i referenti del campo analogico che abbiamo finora introdotto lavorano per mettere in connessione il genere con le specie e le parti con il tutto, anche il tipo si colloca in uno spazio intermedio. Ciò che vale per lo *standard*, o il modello, e come più avanti vedremo essere valido anche per l'esempio e il paradigma, è valido anche per il tipo: si fa qui riferimento alla capacità di mettere in connessione astratto e concreto, determinatezza e indeterminatezza. Il diritto privato offre un campo d'indagine privilegiato prima di tutto perché, proprio sul bilanciamento fra l'autonomia privata e il suo contenimento sotto le categorie che garantiscono un margine di sistematicità, esso ha nel tempo sviluppato problemi e soluzioni.

Pur individuando concettualmente entità distinte, l'autonomia privata, la causa, il tipo negoziale inevitabilmente si condizionano ed interferiscono tra loro; tutti questi concetti infatti incidono in una medesima prospettiva: quella del rapporto tra l'attività del privato e l'ordinamento giuridico. In rapporto a temi anche molto divergenti, questa tensione interna al diritto privato è stata messa in evidenza, e studiata approfonditamente, ben più evidentemente di quanto possa essere fatto in questa sede. A più riprese, inoltre, 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, nel tentativo di stabilire meccanismi

---

<sup>399</sup> E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, Utet (1960).

di bilanciamento che permettano la coesistenza degli elementi di queste dicotomie, senza per questo sacrificarne alcuno (almeno in teoria).<sup>400</sup>

Il negozio giuridico è il luogo di concentrazione fra diverse tensioni: ad esempio, quella fra potere ordinante e capacità creativa, nessuno dei quali è illimitato, essendo entrambi condizionati dall'ordinamento giuridico. Il negozio, come categoria e come relazione, è dunque chiamato a comporre ad unità il molteplice, e a coordinare l'attività tanto dell'uno quanto dell'altro. La questione, ben nota alla dottrina privatistica italiana e tedesca, riguarda l'equilibrio fra la specie e il genere: dove si colloca l'atto del privato? E' una norma individuale che si inserisce nella *Stufenbau* delle norme dell'ordinamento (come l'ha definita Kelsen), o invece crea un nuovo ordinamento, privato? La relazione fra queste due dimensioni è proprio il luogo in cui la rilevanza del tipo si condensa, poiché esattamente qui sviluppa la sua capacità di mettere in relazione le differenze in un quadro di riferimento il più possibile omogeneo. L'atto del privato deve rimanere nell'ambito del fatto o va inserito nel sistema delle norme? Quando si parla di "negozio" come alternativa, o relazione, fra norma individuale e ordinamento giuridico privato, non vanno trascurate l'inscindibilità e la interdipendenza che intercorrono tra *regola e rapporto giuridico*.

In *Common law* la causa è definita con il termine '*consideration*', il che la dice lunga sulla natura di questo elemento del contratto, da un lato, e sulle ragioni del suo profondo legame con la dottrina giuridica del tipo, dall'altro. La *consideration* è definita come "*something of value given by both parties to a contract that induces them to enter into the agreement to exchange mutual performances*".<sup>401</sup> *Consideration* è dunque prima di tutto uno spazio convenzionale in cui si incontrano le volontà di due contraenti, e ciò serve a originare il negozio, e pure dare forma ad esso, definendo ad un tempo la natura, e il tipo sotto cui esso ricade. Il tipo sta dunque in un rapporto di reciproca relazionalità con la causa (o *consideration*), dato che è essa a determinare sotto quale categoria un rapporto ricada, e al contempo la sistematizzazione sotto forma di tipologia delle

---

<sup>400</sup> Ferri riprende l'analisi della dottrina tedesca, e in particolare W. Sauer, *System der Rechts-und Sozialphilosophie: Vorlesungen Zugleich Uber Allgemeine Philosophie Und Soziologie*, Basel (1949), e anche W. Krusch, *Seite und Einheit: Grundfragen des Rechts: ein Beitrag zur funktionellen Rechtstheorie Dargestellt an der Funktionsstruktur des ordre public*, Mohr (1962).

<sup>401</sup> Così in uno dei principali dizionari giuridici online (<http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/consideration>)

possibili *causae* serve a contenere le possibilità all'interno di modelli prestabiliti e compatibili con i principi generali dell'ordinamento.

Si è detto che la causa e il tipo influenzano direttamente il concetto di autonomia privata, ma va precisato che essi sono altrettanto rilevanti nel contesto della crisi del negozio giuridico, poiché attraverso la ricostruzione della tipologia si riesce a risalire alla struttura originaria del negozio. Ricostruire la semantica del concetto di tipo è utile per ristabilire, fra l'altro, il legame profondo che i referenti del campo analogico hanno tanto con la natura delle cose quanto con la dimensione estetica del diritto, che ricade in quello spazio di ricomprensione in cui è possibile la mediazione fra il particolare e il generale. Viene in effetti 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*, 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. Il rapporto fra il tipo e la rappresentazione è dunque svelato. Più ancora che gli altri elementi del campo analogico, il tipo è quel che rappresenta un modello la cui ripetibilità è alla base di una regolarità. *Type* e *token* sono d'altronde due concetti la cui relazionalità è un fondamento dell'ordinamento giuridico: il *type* è generalmente astratto e unico; il *token* è una particolare istanza del *type*, un precipitato che è certamente legato al *type* in modo relazionale, ma è concreto, non ha carattere generale e astratto, e non è unico.<sup>402</sup>

Alla luce di queste considerazioni di ordine generale, si può ora ritornare ad analizzare il problema del tipo e della causa all'interno del discorso giuridico, per riconnettere la questione, in conclusione, con il tema dell'analogia. Come già è stato anticipato in precedenza, causa e tipo trovano la loro logica collocazione fra la valutazione e la qualificazione dell'operazione

---

<sup>402</sup> La coppia *type/token* è stata introdotta in semiotica da Charles Sanders Peirce. Con il termine '*type*' si intendono delle entità astratte, rappresentazioni ideali di tutto ciò che esiste (piante animali e oggetti), mentre i '*token*' sono gli oggetti reali del mondo.

economica, all'intersezione fra l'autonomia privata come motore che genera i rapporti giuridici e il corpo strutturale e funzionale dell'ordinamento giuridico.

Com'è infatti noto, sotto l'etichetta di 'negozio giuridico' sono incluse figure la cui natura, struttura e disciplina legislativa sono assai differenti (e anche distanti, se proiettate in un quadro ordinato, quale un sistema giuridico) l'una dall'altra. A partire da questa premessa, si è sviluppata la perplessità riguardo all'utilità di descrivere il negozio giuridico come categoria unitaria, essendo molti studiosi più inclini ad immaginare più categorie per parlare di negozio, essendo quest'ultimo concetto di fatto un genere costituito da più specie.

Ferri, al contrario, insieme a molti altri studiosi, ha preferito andare nella direzione di una "categoria unitaria" che possa raccogliere le differenze;<sup>403</sup> il negozio, inteso come concetto scientifico ben delineato, serve a mettere in luce la caratteristica comune, individuabile nelle strutture di attività umane differenti, quella caratteristica per cui la volontà rileva giuridicamente non solo in ordine all'atto, ma anche in ordine al contenuto dell'atto. In questo senso, il negozio come categoria, come genere inclusivo di una dinamica ben specifica, ovvero l'atto di volontà, è costruito come spazio in cui le possibili declinazioni di questa volontà non vanno ad escludere che si tratti di negozio, ma al contrario mostrano soltanto come sotto lo stesso genere possano esistere tipi (o cause, o specie) differenti. Considerato il negozio come schema logico dell'atto di volontà, l'intera categoria ha quindi una sua giustificazione e vale a ricomprendere le attività umane in cui si riconosca alla volontà non solo la determinazione del comportamento materiale, ma anche la posizione di regole dirette alla produzione di effetti giuridici.

E' giusto a questo punto chiedersi: quando ha raggiunto il rango di figura unitaria in grado di raccogliere le differenze? Solo a partire dal momento in cui è cambiato il metodo dell'indagine giuridica, e più precisamente quando gli istituti giuridici sono stati considerati non più in quanto nomina, ma piuttosto come declinazioni possibili della funzionalità pratica. Infatti, fin quando le questioni relative al negozio si sono concentrate sulla struttura interna del singolo caso, o sull'analisi dei rapporti fra volontà dell'autore ed effetti giuridici da questo prodotti, l'unitarietà dell'intera categoria aveva un

---

<sup>403</sup> G. B. Ferri, Op. cit. p. 13.

carattere statico, e sotto alcuni aspetti più “sterile”, non potendo adattarsi ad un largo numero di fenomeni possibili.

E’ nel mettere in discussione l’unitarietà della categoria in un quadro disomogeneo che, infatti, la funzione del tipo viene realizzata a pieno: attraverso questo meccanismo che, replicando i rapporti di specie/genere e parte/tutto, entra a far parte a pieno titolo dei referenti del campo analogico, il discorso giuridico conosce ancora un’altra dimensione d’inclusione fra particolare e generale. E’ attraverso questo tipo di dispositivi, peraltro, che gli istituti giuridici possono essere considerati non più come strumenti di lavoro, ma come veri e propri concetti costitutivi di una scienza giuridica orientata, come esortava lo stesso Ferri già alla fine degli anni Sessanta, alla realtà sociologica. Ciò per intendere l’esperienza giuridica come un percorso non più sostanziato nella configurazione di rapporti astratti, ma in una dimensione più dinamica, in cui il diritto rappresenta uno strumento interpretativo attento e sensibile alle istanze concrete.

Attraverso i possibili tipi di negozio giuridico, i privati regolano i propri interessi. Il piano economico affiora nel fenomeno negoziale e nello stesso tempo il negozio assume la portata di auto- regolamentazione di interessi: auto-regolamentazione perché ancora una volta il diritto dice, all’interno del diritto stesso, ciò che il diritto regola e come lo regola. Attraverso la categoria del tipo, il discorso giuridico ha acquisito, oltre che un referente che riproduce la struttura del pensiero analogico, anche un’ulteriore spazio di riflessività.

Nel concetto di “regolamentazione” (delle istanze private, in questo caso) il discorso giuridico realizza la richiesta di oggettività attraverso l’oggettivazione; il tipo è infatti uno schema di regolarità che permette alla specialità della volontà individuale di essere ricompresa nel sistema, essendo ad un tempo riconosciuta come processo singolare e ricompresa in un discorso più ampio attraverso la generalità del tipo. Il tipo è sotto questo aspetto una declinazione dello schema kantiano, che vedremo essere, nella prossima ed ultima parte del lavoro, forse il concetto che massimamente raffigura l’idea di una sostanza estetica del discorso giuridico. Attraverso schemi socialmente e convenzionalmente individuati, le forme di manifestazione della volontà sono in qualche maniera catalogate e anche conosciute a priori dal sistema, che può così incorporare le nuove istanze individuali quando queste ultime incontrano

le forme giuridificate. Quindi il negozio, anche grazie all'introduzione dell'idea di "tipo", diviene lo strumento che serve ai privati per realizzare i loro interessi e per darsi una regola all'interno del quadro delle loro relazioni economico-sociali".

Questa forte tensione fra generalità e particolarità, che viene bilanciata come si è detto per mezzo di strumenti e dispositivi come il tipo, è da sempre uno dei nuclei fondamentali su cui la dottrina giuridica si interroga: figure quali il contratto, il negozio unilaterale tra vivi con contenuto patrimoniale, il testamento, o il matrimonio, sono comunemente soggette, attraverso il filtro della normatività, ad una disciplina generale che si ispira a criteri fondamentali unitari e si realizza attraverso istituti comuni, quali i vizi o l'invalidità, e seguono sempre le linee fondamentali della disciplina dei contratti.

L'importanza del tipo (e con esso della causa) per il negozio giuridico è legata contestualmente alla dimensione fattuale e a quella valoriale. Molti studiosi hanno cercato di stabilire la priorità del fatto o del valore nel quadro della teoria del negozio giuridico facendo leva anche sulla natura *tipica* dello stesso. Ma l'alternativa e l'esclusione, come spesso accade, non colgono a pieno il problema, e anzi si collocano su un piano in cui è difficile costruire argomenti davvero rilevanti. Infatti, ponendo in essere un negozio giuridico, le parti danno una regola ai loro interessi, e una regola ben precisa, perché è una formula di ricomprensione della specificità di determinati interessi all'interno di un modello convenzionalmente accettato; questa regola indica il risultato finale cui gli autori del negozio tendono (in questo senso davvero, ancora una volta, tipo e causa tendono a coincidere, ma non è questa la sede per addentrarci in un altro spinoso problema, che lasciamo volutamente irrisolto). La regola e il negozio non coincidono perfettamente, perché se il negozio contiene la regola, esso però è anche qualcosa di più: è infatti anche struttura, ovvero tutta la serie di accadimenti, fatti, attività, di comportamenti, dichiarazioni che le parti hanno posto in essere, organizzato, per dare un assetto efficace ai propri interessi. Il negozio, per mezzo dei tipi, è incanalato su tracciati di regolarità che stanno con esso in un rapporto di reciproca relazionalità: non vi è regola senza negozio, e non v'è negozio senza regola. Come ha giustamente osservato Ferri, il negozio è composto di momenti differenti, uno strumentale (la "struttura"), l'altro finale (la "regola"): "ridurre,



dunque, il negozio alternativamente a fatto o a regola, significa del fenomeno considerare soltanto uno dei due momenti che lo compongono, e cioè quello strumentale o quello finale".<sup>404</sup> Peraltro, il contratto lavora come un arché per il negozio, poiché con esso il rapporto può essere creato, modificato, oppure estinto, essendo dunque una sorta di fonte ordinatrice del rapporto, che però si comporta anche da fonte creatrice o regolatrice dello stesso.

La tipicità, come si è anticipato, è anche intrinsecamente legata alla causa del negozio. Per comprendere la questione della causa da un punto di vista logico-filosofico, si deve partire dal presupposto che l'adesione ad una costruzione del negozio giuridico piuttosto che ad un'altra, può anche essere attribuita ad una questione di volontà o di gusto delle parti, e non è necessariamente una questione logica in senso stretto.

Il problema della causa è naturalmente legato al problema della volontà negoziale essendo il momento necessario per l'inserzione della volontà dei singoli nel quadro logico e strutturale dell'ordinamento giuridico. La attività dei privati che regolano da sé i propri interessi presenta degli interrogativi costanti, che vanno al di là della dimensione storica degli istituti giuridici, e sono piuttosto delle costanti basate soprattutto sulla necessità che il movente individuale si realizzi in forme o formule oggettive, e convenzionalmente accettate, ma soprattutto preentivamente giuridificate. Ciò che rende possibile il fatto che l'ordinamento giuridico sia in grado di percepire e quindi eventualmente di qualificare le istanze individuali sotto forme giuridicamente omogenee e coerenti con l'ordinamento intero.

E' giusto in questi passaggi che si inserisce la rilevanza filosofica del tipo: esso permette di coordinare l'interesse individuale, che attraverso le categorie del negozio giuridico può essere "filtrato", potendo così integrarsi nell'ordinamento. Il negozio giuridico è quindi, in fondo, un meccanismo che rende operativo il fenomeno dell'inserimento della regola privata nell'ordinamento, un fenomeno altamente complesso, che qui è stato semplificato per tentare di mantere il discorso saldamente ancorato al tema centrale, che attraverso il tipo ora sta emergendo, ancora una volta, nella forma di un discorso sul pensiero analogico e le sue forme, e in particolare sulla dimensione estetica (o rappresentativo-figurativa) del discorso giuridico.

---

<sup>404</sup> G. B. Ferri, Op. cit., p. 47.

Prima di valutare alla stregua di suoi criteri, l'ordinamento giuridico deve conoscere l'oggetto della sua valutazione, per stabilire solo successivamente se l'oggetto può essere incorporato oppure se deve essere escluso. Nella teoria del negozio giuridico, è nella prima fase della conoscenza del negozio giuridico che assume rilievo essenziale il fenomeno della *tipicità*.

Come è stato correttamente rilevato, il fenomeno della tipicità non è altro se non un singolo aspetto di un più vasto fenomeno, che si verifica naturalmente e necessariamente nella realtà e nella vita sociale: il fenomeno della creazione di forme simboliche, convenzionalmente accettate dai componenti di un determinato gruppo sociale o di una comunità, fenomeno che permette la determinazione delle relazioni intersoggettive attraverso la tipicità (dei negozi, in questo caso).<sup>405</sup> Il tipo si pone come espressione dell'organizzazione e della formazione di talune attività umane sulla base soltanto di criteri generali ed astratti: in questo senso, esso rappresenta uno dei tanti modi di organizzare fenomeni simili tra loro (poiché ricadono sotto lo stesso tipo). Come forme organizzate di una data attività economica, i tipi permettono la cristallizzazione e l'assetto di interessi che *normalmente* tali attività 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 del diritto, una tecnica di realizzazione degli interessi, elaborati e collaudati nell'esperienza economica e sociale. Recita l'articolo 1323 del Codice civile "tutti i contratti, ancorché non appartengano ai tipi che hanno una disciplina particolare, sono sottoposti alle norme generali contenute in questo titolo"; non si può non notare che la formula "ancorché non appartengano ai tipi che hanno una disciplina particolare" dell'art. 1323 pone, come un fatto dato per assodato, che ai tipi legali si debbano applicare i principi contenuti nel titolo "dei contratti in generale". Il tipo e la tipicità rispondono quindi pure alla necessità di coordinare la disciplina degli schemi tipici legali con i principi che riguardano i contratti in generale: in un quadro complesso e differenziato come il discorso giuridico, i livelli di tipicità e di generalità possono essere anche diversi.

Anche la riconduzione del contratto atipico fra i tipi legali (art. 1322) risponde al principio dell'autonomia contrattuale, prevedendo la possibilità per i

---

<sup>405</sup> G. B. Ferri, Op. cit., 347.

contraenti di porre in essere contratti che non appartengono ai tipi regolati, nella misura in cui questi siano riconducibili in modo rilevante ai tipi regolati. Il principio della tipicità contrattuale, mai superato nel diritto romano, sopravvive così ancor oggi attraverso la tecnica della riconduzione di ogni figura nuova ad una figura nota: “viene in evidenza la tendenza della nostra giurisprudenza, chiamata a risolvere i problemi di disciplina di uno specifico e concreto contratto innominato, a ricondurre la fattispecie atipica ad un tipo legale o, in subordine, ad un tipo giurisprudenziale”.<sup>406</sup>

---

<sup>406</sup> G. B. Ferri, Op. cit. p. 5.



## PARTE TERZA

### PARADIGMA

*Il loro ideale logico (delle scienze) - quale è realizzato  
nel modo più completo dalla meccanica pura - le costringe,  
per poter fornire ai propri concetti la determinatezza di contenuto  
a cui aspirano, a spogliare progressivamente le "cose" e i processi che ci sono  
dati nella rappresentazione dagli elementi "accidentali"  
del dato intuitivo*

(M. Weber, *Il metodo delle scienze storico-sociali*, 1922)



## CAPITOLO SETTIMO

### NATURA

*In every act of inference or scientific method we are engaged about a certain identity, sameness, similarity, likeness, resemblance, analogy, equivalence or equality apparent between two objects.*<sup>407</sup>

#### 1. Analogicità del discorso giuridico: la *Rechtsverwirklichung*

Legare le questioni che riguardano il campo analogico al problema della “natura” degli oggetti che costituiscono la realtà significa riconnettere, ancora una volta, analogia e logica, e ancor di più analogia e linguaggio giuridico. L’analogia lavora sulla relazione fra descrittivo e prescrittivo: attraverso i concetti, i giudizi e le forme di predicazione analogica, dall’assunto che se ciò che è in un modo *deve essere* in un determinato modo, si inferisce che ciò che è in un modo simile deve essere anch’esso in quel determinato modo. A partire da una somiglianza rilevante, come più volte in questo lavoro è stato ormai osservato, si stabilisce la possibilità di applicare la medesima norma a fattispecie diverse, per cui il pensiero analogico è proprio il luogo delle incursioni che trasversalmente collegano natura delle cose (dimensione descrittiva) e natura delle norme (dimensione prescrittiva). Lo studio dell’analogia corrisponderebbe, in questo senso, allo studio della struttura vera e propria degli ordinamenti normativi, delle dinamiche del loro funzionamento, dalle origini fino ai meccanismi evolutivi. Riprendiamo la più classica dottrina sul rapporto fra analogia e natura delle cose, per arrivare nella conclusione di questo paragrafo a tracciare qualche sintetica considerazione su diritto e ontologia.

Per Kaufmann, l’analogia rappresenta la chiave di lettura della conoscenza: questa non potrebbe avvenire se non sotto forma di relazione fra

---

<sup>407</sup> W.S. Jevons, *The Principles of Science, A Treatise on Logic and Scientific Method*, Londra (1877), p.1.

somiglianze e, per questa ragione, sarebbe dunque da considerarsi costitutivamente analogica – la conoscenza sarebbe in questo senso una rete di connessioni che si formano per mezzo dell’infinita costruzione e l’infinito riconoscimento di similitudini. L’analogia viene a costituire per queste ragioni un meccanismo di comprensione prima di tutto nel quadro della “trama ontologica” del diritto. Ebbene, cosa si intende, realmente, con questo binomio? Cosa lega la struttura reticolare del diritto, in cui ogni elemento è a qualche livello legato agli altri, secondo relazioni di causalità o per qualche più semplice similitudine di attributi, con la classificazione degli oggetti giuridici che va reinterpretata attraverso la lente del campo analogico?<sup>408</sup> L’approccio ontologico al rapporto fra pensiero analogico nel diritto e questioni ontologiche del linguaggio giuridico va inteso prima di tutto come il pretesto per comprendere la relazione fra descrizioni, classificazioni e applicazione del diritto nel processo che Kaufmann ha definito di “realizzazione del diritto” (*Rechtsverwirklichung*). Posta in questi termini, la questione della natura del diritto diviene il motivo centrale di relazionalità fra linguaggio giuridico, ontologia giuridica, ermeneutica ed applicazione, e va a collocarsi ben oltre, come già si è detto nella prima parte del lavoro, la distinzione fra analogia ed interpretazione estensiva. Il diritto diviene in questo senso un insieme di decisioni di singoli fatti storici adottate, in base a norme espressive di principi generali, nel corso di un procedimento in cui il giurista, attraverso il ragionamento analogico, mette in relazione fatti e norme. La tesi centrale di Kaufmann è che la *Rechtsverwirklichung* si condensi in ogni decisione di un fatto concreto presa in base a una norma che si presenta analoga al fatto stesso, avendo essa ad oggetto una serie di elementi della realtà (sotto forma di fatti) della sua stessa natura.<sup>409</sup> A monte, a sua volta, la norma si presenta sotto forma di un principio generale del diritto, poiché gli stessi fatti, per la natura che li accomuna alla dimensione

---

<sup>408</sup> Il campo e i suoi referenti possono in effetti essere intesi, nel loro complesso, come un dispositivo attraverso cui l’ordinamento normativo può essere compreso e spiegato: la complessità del campo, che è appunto costituito da elementi differenti.

<sup>409</sup> Cfr. G. Carlizzi, *Introduzione a Analogia e “natura della cosa”*. Un contributo alla dottrina del tipo, 2003, Napoli, Vivarium, p. XXI. Una cosa è dire che l’analogia si presenti come carattere intrinseco della normatività giuridica, il che porta a dire che ogni norma è analoga al fatto (o al tipo di fatti) che essa prevede. Un’altra cosa è invece dire che l’analogia sia un carattere del linguaggio giuridico che permette di ricomprendere fatti differenti (alcuni dei quali non previsti dalla norma giuridica) sotto la stessa norma, il che corrisponde all’*analogia legis*, oppure dire che attraverso il riferimento ad un principio generale si possa trovare la regola che vale per casi diversi (*analogia iuris*).



della normatività, ricadono anche nel meccanismo precettivo che è insito nella struttura di un principio generale. In un processo integrativo e allo stesso tempo poetico rispetto all'*ordito* degli ordinamenti normativi, la concezione di Kaufmann offre lo spunto per riflettere su un approccio fondativamente olistico al diritto, che in questa prospettiva viene inteso non tanto come singola decisione, ma come possibilità e effettività dell'insieme delle decisioni adottate (ed adottabili). I temi portanti dell'articolazione del linguaggio giuridico sono, lungo questa linea argomentativa, principi generali intesi come strumenti primari della normatività giuridica, e l'analogia come dispositivo connettivo della natura della cosa e dei principi generali. In questa sede, tuttavia, non si intende replicare questa tesi, ma piuttosto riprenderne gli aspetti più rilevanti per ampliarne l'impatto anche al resto dei referenti del campo analogico (inteso come campo semantico), in modo da tentare una comprensione delle meccaniche relazionali che legano la normatività, la generalità e l'analogicità del discorso giuridico, raffigurabile a questo punto, con uno slancio interpretativo, come un discorso fondamentalmente analogico.

La realizzazione del diritto, intesa proprio come *Rechtsverwirklichung*, è il procedimento in cui la natura analogica del discorso giuridico vede condensarsi il livello massimo del suo carattere continuo,<sup>410</sup> della sua trama fatta di elementi tutti essenzialmente interconnessi, nel meccanismo decisionale tanto quanto nelle pratiche descrittive e definitorie. Al contempo, la realizzazione intesa nell'accezione kaufmanniana costituisce la quintessenza della fondativa relazionalità che lega normatività e decisione. Se quest'ultima consiste principalmente di valutazioni sulla compatibilità fra un fatto e un sistema di riferimento, svolgendosi dunque in una "commisurazione" mirata a cogliere il valore – positivo o negativo – di giustizia, va tenuto presente che tutti questi meccanismi comparativi di sostanziale adattamento hanno portata generalizzante. I criteri universali, che con interessante assonanza di radici funzionano pure da uni-ficatori, sono costituiti sul terreno della decisione dalle norme - quali regole di condotta generali e astratte che permettono di comprendere e spiegare i fatti da giudicare. Nel discorso di Kaufmann, il momento cruciale della realizzazione del diritto è la valutazione, intesa come produzione delle norme cui si perviene *misurando* se una classe di fatti ricada o

---

<sup>410</sup> Cfr. cap. VIII, par. IV.

no nella competenza di un determinato principio generale. In modo speculare, per decidere si deve valutare prima di tutto se un fatto storico ricada oppure no nella previsione di una norma, e si deve conseguentemente procedere applicando un modello previsto ad un caso che vi può essere ricompreso. Kaufmann ritiene che il gioco del diritto sia fondamentalmente tutto qui: nella possibilità di comprendere o di essere ricompreso si realizza il diritto come connessione fra particolare e generale. Per questa ragione, peraltro, la teoria di *Analogie und Natur der Sache* è spesso richiamata nei termini di una sorta di apologia della generalità del diritto. Ebbene, bisogna allargare lo sguardo e osservare oltre questa, corretta, intuizione, per tentare di ritrovare l'analogicità del linguaggio giuridico anche oltre questi meccanismi, seguendo anzitutto le trame che mostrano le connessioni continue fra gli elementi che costituiscono un ordinamento normativo. Si deve in questo senso tentare di cogliere una analogicità che è costitutiva ancor prima di essere rilevante: il peso della analogicità del discorso giuridico si condensa, prima ancora che nella sua epifania, ovvero nelle pratiche giurisprudenziali, nel necessario ricorso a logiche proporzionali e prima ancora comparative, anche nella costruzione della normatività e nella sua tipica proceduralizzazione che è la decisione. L'intuizione di Kaufmann è non soltanto di grande rilevanza, ma diviene persino funzionale alla risalita verso la tesi centrale di questo lavoro, poiché può costituire il passaggio intermedio fra i fenomeni che abbiamo descritto e che rappresentano la prova visibile della struttura degli ordinamenti, e la dimensione teoretica della questione. Ciò che si vuole sostenere è che l'analogicità consiste non soltanto nel fatto che ogni decisione sia di fatto una ricomprensione, giustificata da una somiglianza, fra una dimensione astratta e generale ed il precipitato empirico che possiede con essa uno o più caratteri comuni e rilevanti, ma che essa si manifesti anche nelle pratiche ermeneutiche del diritto così come pure nei processi cognitivi che caratterizzano l'incedere di una, peculiare, conoscenza analogica del mondo attraverso il diritto. Volendo proseguire, spingendo questa tesi oltre la ricerca di una questione fondativa ed originaria che sia capace di mettere in connessione i meccanismi finora illustrati, potremmo anche sostenere che un sistema complesso che si fonda sull'ideale di garanzia di uguaglianza di fronte alla presa di coscienza della costitutiva differenza (sfumata di identità) della realtà da regolare, non può che

fondarsi su un principio di analogia nella sua natura stessa. Nella sua natura, ma anche nei meccanismi da cui, come vedremo meglio nel capitolo prossimo, esemplarità, paradigmaticità e la loro normatività si generano, così come, anche (ma non soltanto) nella decisione, negli usi e nelle pratiche, come si è illustrato nella seconda parte del lavoro.

Va detto d'altro canto che, sebbene in Kaufmann sia centrale la questione della generalità, funzionale a fondare la tesi dell'analogicità del diritto per la spiegazione di una dottrina del tipo, il giurista e filosofo tedesco aveva già compreso l'importanza di una concezione allargata ed inclusiva del campo analogico. Il concetto di "analogia" diviene, esso stesso, analogico, concernendo una pluralità di enti tipici simili e non un unico ente.<sup>411</sup> I termini usati per indicare il concetto sono almeno tre: '*Analogizität*', similarità, nel senso di una relazione ontologica di identità-differenza, che mettendo in relazione ogni ente con tutti gli altri, consente un'autonoma e relazionale visione di ciascuno di essi. L'analogicità è in questo senso anche una condizione necessaria per pensare le cose, quelle della realtà così come quelle giuridiche. L'altro termine utilizzato è '*Ähnlichkeit*': similitudine, intesa come relazione di similarità (che è piuttosto invece una condizione di fatto), e che è necessaria alla conoscenza. In un rapporto di similitudine l'identità fra due enti finisce per identificarsi, nel discorso giuridico, con la corrispondenza di senso fra una norma ed un fatto da decidere. Il terzo termine che Kaufmann utilizza per indicare il campo analogico nella sua teoria è '*Gleichsetzung*' (usa anche il suo sinonimo, '*Assimilation*'), che è identificabile con il processo di pensiero per cui viene definita l'unità di senso fra la norma ed il fatto, sulla base di un criterio predeterminato. Se in questo senso Kaufmann coglie l'aspetto critico essenziale del pensiero e del discorso analogici, ovvero la loro coesistente molteplicità strutturale e funzionale, dall'altro questa premessa rappresenta nella sua teoria la logica su cui si fonda la tesi centrale secondo cui mentre la descrizione concettuale della fattispecie e la decisione da emanare offrono margini di discrezionalità, la dimensione della classe degli oggetti da disciplinare è variamente predeterminata da figure (soprattutto i *principi generali*) appartenenti ad un ordine, se non trascendente, praticamente estraneo al corso

---

<sup>411</sup> A. Kaufmann, *Analogie und Natur der Sache*, Introduzione all'edizione italiana curata da G. Carlizzi, p. XXXV.

storico. Tanto che, proprio parlando dei principi generali, si mostra la tendenza giusnaturalistica della definizione degli stessi come „imperativi fondamentali di giustizia, di moralità, di *bonum commune*“, nella descrizione della loro origine in una dimensione „sovrapositiva“ e del loro contenuto „sovrastorico“. In questa linea di pensiero, la teoria kaufmanniana presenta una qualche discontinuità con la corretta intuizione della analogicità del concetto di analogia, che deve necessariamente essere inteso tanto come argomento quanto come giudizio, e anche e soprattutto come percorso predicativo per la descrizione dell'*ignoto* in riferimento al *noto*.<sup>412</sup> Principio di continuità e principio di analogia, se intesi come lenti attraverso cui osservare gli ordinamenti normativi, devono però al tempo stesso essere presi con la dovuta cautela: la continuità presenta infatti diverse forme, e molteplici sono i momenti nel processo ermeneutico-applicativo - nel suo senso più esteso - in cui la continuità si manifesta sotto forme differenti.

La collocazione della generalità su un livello esterno, seppur in qualche maniera connesso a quello empirico su cui poggia la coppia caso-fatto, rischia di privare il discorso di un elemento di complessità, rendendolo così incompleto. Anche la generalità dei principi conosce infatti diverse forme, diversi momenti, per cui la realizzazione del diritto andrebbe intesa non soltanto come meccanismo ricomprensivo ma anche come costante metro per la definizione e ridefinizione concettuale. E' proprio nella differenziazione dei livelli della generalità, e con essi della normatività, che l'attività di produzione normativa, quella decisionale, e quella più segretamente cognitiva si realizzano. Senz'altro, va ribadito, il momento centrale della realizzazione del diritto è la valutazione, sotto forma talora di compatibilità, talaltra di adattabilità, di una *fattispecie* ad un *fatto*. Inoltre è indubbio che i principi generali vadano intesi come parametri per il riconoscimento del carattere giuridico di una norma o di un fatto, per cui l'attribuzione kaufmanniana di un carattere costitutivo agli stessi non è affatto errata. Sono però i *modi* dell'analogia, che, arrivando a permeare i modi della

---

<sup>412</sup> La multifunzionalità dell'analogicità del diritto si mostra pure nel duplice livello di analisi del concetto di *Natur der Sache*, il quale è ricomprensivo di un doppio versante, da un lato una matrice logica e dall'altro un contenuto storico. La natura della cosa si evidenzia dunque come vera e propria forma di pensiero, e come matrice razionale del senso (*Denkform*). Le critiche mosse alla teoria di Kaufmann vanno invece nella direzione quasi opposta: la natura della cosa non sarebbe un principio trascendentale. Sulla rilevanza della storicità per la descrizione e definizione dei concetti si rimanda soprattutto a Koselleck, *Begriffsgeschichte und Sozialgeschichte* e Mario Bretone, *Diritto e tempo nella tradizione europea*.

normatività, finiscono per costituire dei dispositivi coesenziali degli ordinamenti giuridici. Per cui la individualità, la concretezza, la generalità del principio o della fattispecie importano in quanto osservati in una rete prospettica più ampia, ricomprensiva della possibilità di una lettura che tenga conto anzitutto delle dinamiche, e soltanto in seconda istanza del tipo di elementi interessati nelle stesse. Con ciò si intende sostenere che la generalità è un meccanismo necessario della normatività, e non va sganciata dalla fattività nemmeno per un istante, ma l'interconnessione fra analogia, esempio, normatività e generalità va assunta come paradigma del sapere analogico. Soltanto accettato questo assunto, il resto del discorso può riacquistare quella cifra che, in una linea per cui i principi generali vivono una trascendenza dalla casistica, andrebbe forse a sfumarsi, perdendo la rilevanza e la centralità che invece assume nella tesi di questo lavoro.

Per le ragioni mostrate, l'idea che esprime nel modo più compiuto la struttura continua del campo analogico, in cui gli elementi sono interconnessi, è quella di "similarità", poiché essa, come il termine tedesco corrispondente '*analogizität*' riesce ancora a contenere le possibilità che nella similitudine sono invece già espresse.<sup>413</sup> La similarità diviene così un dispositivo strutturale che permette di capire il pensiero giuridico, esprimendo un principio di possibilità originaria, come *possibilità di tutte le possibilità* all'interno di un quadro eremeneutico. Con le parole di Kaufmann, "questa similarità dell'essere [...] è il presupposto che in generale ci consente di dare un ordine al nostro sapere [...]. Se tutto fosse uno, non ci sarebbero differenze, e allora tutto sarebbe privo di senso, sarebbe perfino impossibile formare parole differenti e norme differenti. Se d'altro canto non ci fosse alcuna connessione, se non ci fosse in generale alcuna comunanza tra le cose, saremmo costretti ad avere per ogni cosa un nome *ad hoc* [...]".<sup>414</sup> La capacità inclusiva del sapere analogico, come è stato mostrato nel capitolo ad essa dedicato specificamente, è propria della similarità come carattere fondamentale del rapporto fra realtà giuridica e linguaggio

---

<sup>413</sup> Al contrario della similarità, la similitudine è una condizione di conoscibilità più specifica, una sorta di similarità qualificata, data da un insieme di elementi ed attributi selezionati secondo un criterio di rilevanza che opera di volta in volta, e non invece da una totalità di aspetti comuni.

<sup>414</sup> A. Kaufmann, *ibidem*, p. 44.

giuridico: la precomprensione quale schema epistemico immanente alle scienze umane è conformata analogicamente.<sup>415</sup>

Per concludere temporaneamente con questo punto, la realizzazione del diritto consiste dunque in diversi momenti di generalizzazione, ma sicuramente è permeata dalla presenza dei principi generali praticamente ad ogni livello. Un esempio di questa presenza “diffusa” della generalizzazione, così come dei meccanismi del campo analogico, su più livelli, è dato dall’osservazione della procedura di realizzazione del diritto: “la conformazione [*Gestaltung*] di una norma di legge [*Gesetznorm*] come ‘fattispecie astratta’ [*Tatbestand*] avviene sul caso [*Fall*], la conformazione del caso come ‘fatto’ [*Sachverhalt*] avviene sulla norma di legge (...). Caso e norma sono solo il ‘materiale grezzo’ del processo metodico (...)”.<sup>416</sup> La tanto richiamata sussunzione, che altro non è se non l’espressione di una comprensione possibile grazie alla natura *inclusiva* del linguaggio giuridico, avviene su passaggi successivi, in cui è ravvisabile l’elemento di generalità insieme alla naturale tendenza analogica del diritto, che per sua natura tende a comparare per stabilire eguaglianze e differenze. Legge e caso, per poter essere correlati reciprocamente, devono essere assimilati – non potendosi sussumere un caso sotto una norma, ma soltanto un *fatto* sotto una *fattispecie*.

La tesi di Kaufmann, è che il sillogismo giuridico, come ogni altro sillogismo, non fonda una nuova conoscenza, poiché tutto è già contenuto nelle premesse, che nella sua teoria sono i principi generali – fungendo in questo senso da mero criterio per la valutazione della giuridicità e della validità formale. Il problema è che, seguendo invece la guida del campo analogico come campo semantico (per cui parlando di analogia si parla sempre e necessariamente di tutti i suoi referenti), allora non può limitarsi l’osservazione al carattere sillogistico o meno del ragionamento analogico, ma lo sguardo va allargato. La logica muta, mantenendo alcuni caratteri di quella formale, ma si permea di elementi tipicamente euristici che si condensano talora nella forma di un modello, talaltra nel riferimento ad un esempio – in un discorso che procede

---

<sup>415</sup> I processi assimilatori sono per questo motivo sempre conformati da una preliminare attività di matrice ermeneutica, in linea duplice (nel senso di “comprensione” e di “spiegazione”), che si realizza in una ricostruzione riflessa, che è correlata con l’atto della precomprensione della norma.

<sup>416</sup> A. Kaufmann, *Rechtsphilosophie*, p. 89.

analogicamente partendo dalla natura degli elementi che compongono l'ordinamento, e che si sviluppa per differenze e relazionalità.

Per cui, la stessa assimilazione, fondata sul presupposto della similarità, trova fondamento e al contempo fonda essa stessa l'attività di realizzazione del diritto. La rilevanza primaria del carattere strutturale, e insieme funzionale, dell'analogia nel diritto si mostra altrettanto diffusamente se si considera, insieme a quanto finora sostenuto, anche il fatto che ogni invenzione nel diritto riguarda una dinamica del *condurre-in-corrispondenza*, ovvero un adattamento volto a valutare la compatibilità tra un fatto e una norma. Nel condurre in corrispondenza la dimensione dell'essere con quella del dover essere deve sempre essere presente un *tertium* in cui "l'idea o la norma e il fatto concorderanno, un intermediario tra il dover essere e l'essere (...)".

Questo *tertium*, quest'intermediario del procedimento legislativo e di invenzione del diritto, è il 'senso', in cui l'idea del diritto ovvero la norma di legge e i fatti storici devono risultare identici affinché possano esser ricondotti reciprocamente 'in corrispondenza' (identità del rapporto di senso). Questo senso è denominato 'natura della cosa'<sup>417</sup>.

## 2. La natura della cosa come principio informante l'ana-logica

Introdurre il tema della natura della cosa costituisce un passaggio essenziale per dimostrare come e in quale misura l'ana-logica sia anche lo spazio d'inclusione, oltre che di parti e tutto e di genere e specie sul piano logico, anche delle dimensioni normativa e fattuale. Come ha giustamente notato Gustav Radbruch,<sup>418</sup> la dottrina della natura della cosa è un ponte mobile tra fatto e valore, poiché essa mette in comunicazione lo spazio della normatività giuridica con quello materiale. Questo carattere è particolarmente interessante nella prospettiva centrale di questo lavoro, se si considera che così come l'analogia è già nel pensiero classico prima di tutto l'inferenza da particolare a particolare (passando dall'universale), anche l'esempio è per eccellenza il luogo dell'integrazione fra fatto e valore, essendo emblema del

---

<sup>417</sup> A. Kaufmann, *Analogie und Natur der Sache*, p. 61.

<sup>418</sup> G. Radbruch, *La natura della cosa come forma giuridica del pensiero*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, III (1941).

contatto fra un essere (descrizione) e un dover essere (prescrizione).<sup>419</sup> Attraverso la natura della cosa si risale da una speciale circostanza di fatto alle norme generali, e questo processo è giustificato in base a criteri di rilevanza che variano al variare delle circostanze, per cui la definizione del contenuto di un concetto giuridico sulla base della natura della cosa non corrisponde, come intuitivamente potrebbe sembrare, ad una definizione ottenuta a seguito di progressive astrazioni; piuttosto, si tratta di un percorso di ricostruzione di ciò che è *essenziale*, e non di ciò che è universale.<sup>420</sup> Su questo scarto fra universalità ed essenzialità conviene soffermarsi brevemente per cogliere l'importanza della distinzione fra i due concetti, e al tempo stesso per coglierne le trame di relazionalità. Abbiamo visto nella seconda parte che (quasi sempre) l'analoga lavora per cogliere alcuni aspetti significativi in un rapporto di similitudine, per poi inferire, sulla base della rilevanza di una somiglianza, che a due contesti diversi ma somiglianti si possono applicare, per certi aspetti e dove ve ne sia la necessità, le stesse norme. Nella prima parte, invece, si è detto del legame fra analogia e forme di generalizzazione, che sarebbe probabilmente confermato anche da uno dei significati del prefisso *aná-*. Inoltre, si è più volte ripetuto che il pensiero analogico mette in relazione parti e tutto, o genere e specie, attraverso la ricomprensione (talora definita 'inclusione') in un *medio*, o "spazio terzo", che permette di rilevare i caratteri di somiglianza. Proprio qui deve essere colto questo scarto fra universale ed essenziale: il processo di generalizzazione congruente, tipico di ogni meccanismo ermeneutico e classificatorio,<sup>421</sup> non è mai neutro. Generalizzando, nel tentativo di tracciare le linee distintive fra due o più categorie, si procede selezionando ciò che è

---

<sup>419</sup> Il carattere polisemico dell'esemplarità sarà, non a caso, il tema principale del capitolo conclusivo di questa sezione, a riprova di quanto appena sostenuto.

<sup>420</sup> Cfr. A. Mazzei, *Introduzione a Fondazione ontologica del diritto e "natura della cosa"*, a cura di A. Mazzei e Tommaso Opocher, Padova, Cedam (2011), p.4. Proprio a partire dalla distinzione fra universalità ed essenzialità si esprime Alessandra Mazzei (Op.cit, p. 4-5): "L'obiettivo della costruzione giuridica sulla base della *Natur der Sache* non è la definizione di un concetto generale cui si perviene attraverso astrazioni progressive in concetti superiori. Poiché si pone al servizio non dell'universale, ma di ciò che è 'essenziale', essa si avvale di concetti tipici, nel significato che ad essi attribuiscono Georg Jellinek e Max Weber. In altre parole, per individuare il 'contenuto di senso che può trovarsi già nella *differentia specifica*', è necessario riferirsi ad un'idea (...). La ricerca del senso di un fenomeno impone di avventurarsi fuori dal mondo della realtà in quello dei valori, per trovare l'idea che conferisce senso a quel fenomeno, l'idea cioè che si adatta ad esso". Jellinek distingue i tipi empirici dai tipi ideali, questi ultimi essendo descrizioni dal contenuto assiologico; l'idealtipo weberiano, invece, non corrisponde soltanto ad un modello ideale di riferimento, ma è piuttosto uno "schema essenziale di una realtà purificata dalle casualità individuali".

<sup>421</sup> Come peraltro la riflessione foucaultiana sull'episteme ha dimostrato, cfr. capitolo 3.



rilevante. Rilevanza e generalità sono per questa ragione intersecate, ed è praticamente impossibile parlare dell'una lasciando da parte l'altra. La dottrina della natura della cosa ha contribuito a confermare questa tesi, ponendosi al servizio di ciò che essenziale e non di ciò che è universale, ma garantendo in fondo - proprio all'insegna dell'essenzialità o della rilevanza - la ricostruzione degli aspetti generali di un concetto, e viceversa la descrizione degli aspetti rilevanti sulla base della loro valenza generale. Per individuare il contenuto rilevante di ogni concetto giuridico, è necessario riferirsi ad un'idea: il senso è il dover essere realizzato nell'essere, il valore che si manifesta nella realtà. La natura della cosa si pone dunque nello spazio intermedio fra idea e materia, fra dimensione astratta e dimensione concreta del diritto; d'altro canto, e qui si pone il parallelo che ci interessa tracciare, anche l'analogia, andando a ricostruire gli aspetti essenziali di un concetto in un determinato contesto storico-economico-sociale, tocca i punti di tangenza fra la fattispecie e la norma, fra contingenza e generalizzazione. E' stato correttamente osservato che "il quadro che emerge assumendo con equidistanza gli esiti di questo dibattito è quello di un rapporto tra idea del diritto e materia del diritto che si gioca dialetticamente tra una relativa autonomia e una altrettanto relativa dipendenza: e se 'il rapporto della forma pura dell'idea soprasensibile del diritto con il suo elemento materiale', che rappresenta la 'proporzione logico-trascendentale' in questione, non può comunque mai essere risolto definitivamente, esso può essere tuttavia illustrato come 'relazione storica delle concezioni e degli ordinamenti giuridici effettivamente vigenti con le realtà sociali del loro tempo'".<sup>422</sup>

Tanto nella natura della cosa quanto nei meccanismi riconducibili al campo analogico il rapporto fra astrazione e concretezza è centrale: la concettualizzazione è adatta *per* la materia (nel senso della finalità) quando essa è il frutto di una determinazione prodotta *per mezzo* (*durch*) della materia. Mezzo e fine tendono dunque a confondersi nel rapporto relazionale fra idealità e materialità: si giustifica così la collocazione di questa riflessione intorno alla dottrina della cosa proprio in questa terza e ultima parte del lavoro, in cui tanto il tema della paradigmaticità quanto quello dell'esemplarità confermano che

---

<sup>422</sup> Così A. Mazzei, Op. cit. (2011), p. 7; la citazione riportata è G. Radbruch, *Idea del diritto e materia del diritto*, p. 53.

dove si riproducono le dinamiche del campo analogico, vi è sempre un contatto fra l'astratto più astratto e il concreto più concreto. Soprattutto dell'esempio diremo che la sua forza consiste proprio nel coniugare nell'uno i molti, ma ancor di più nell'includere, all'interno del suo *essere* (e nella sua esistenza) la normatività del *dover essere*: l'esempio è davvero quello fra i "nuclei segreti" del campo analogico che più di tutti rappresenta questo carattere ambivalente di inclusione fra astrazione e concretezza.

Il diritto fra un largo uso di strumenti di integrazione fra essere e dover essere, poiché come appare evidente la natura stessa del diritto è intrinsecamente correlata a questo doppio legame. Poiché ambedue le realtà – fatto e diritto o essere e dover essere – esistono, e non pare credibile l'idea di un mondo vitale non sistematizzato né, viceversa, un sistema del tutto impermeabile alla vita, l'obiettivo del diritto è spesso quello di contenere l'ambiente sistemico entro i limiti fisiologici del mondo vitale.<sup>423</sup> Per tentare di rispondere a questa esigenza, il diritto pone in essere diverse strategie per assicurarsi una certa aderenza alla naturalità: da un lato, per il tramite della "vaghezza" del linguaggio giuridico, che implica un margine di elasticità più o meno ampio dei concetti espressi nelle norme giuridiche; dall'altro mediante l'astrattezza delle norme giuridiche che lo rendono in grado di dialogare con la magmatica complessità sociale;<sup>424</sup> inoltre, con specifiche tecniche normative di formulazione evolutiva della fattispecie ovvero di determinazione degli effetti giuridici. Ma è il momento genetico del diritto positivo ad essere davvero rivelatore: la "natura della cosa" e, quindi, la logica della materia che il diritto è chiamato a regolare, non è un'entità capace di autodeterminarsi esplicitando i propri effetti "per una sorta di magico automatismo (...) ma opera sempre per il tramite di una rappresentazione che di essa si fa la coscienza sociale storicamente determinata",<sup>425</sup> promuovendo una certa visione dei rapporti sociali perché meglio di tutte le altre capace di adagiarsi sui principi generali (quelli sì) logicamente antecedenti all'ordinamento giuridico che su di esse ha

---

<sup>423</sup> A. Ferrara, *Modernità e razionalità nel pensiero dell'ultimo Habermas*, Fenomenologia e società, XII, 1, (1989), p. 19.

<sup>424</sup> M. Barcellona, *Clausole generali e giustizia contrattuale* (Torino 2006), 14 s., il quale parla in proposito di un'organizzazione sistematica imperniata su ruoli giuridici socialmente fungibili che si realizza attraverso la soggettività astratta e l'uguaglianza formale che permettono al diritto di adattarsi ad una serie amplissima di situazioni e di adattarsi ad un ambiente dinamico e in costante evoluzione.

<sup>425</sup> E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici* (Milano 1971), 320.

scelto di fondarsi.<sup>426</sup> Le clausole generali sono un esempio del modo in cui il diritto mette in comunicazione la natura della cosa con una necessaria tendenza a non ricadere nel giusnaturalismo sfrenato. Infatti, lo studio delle clausole generali, apparentemente circoscritto ai problemi di tecnica legislativa e di dogmatica giuridica, coinvolge in realtà la più ampia questione, che è nello stesso tempo indagine sul ruolo e significato dell'interpretazione, dell'apertura del sistema giuridico, strutturalmente rigido, alla mutevolezza dell'ambiente sociale. Interpretazione e tecnica legislativa rappresentano infatti le due vie tramite le quali un sistema giuridico reagisce, ordinandola, alla complessità sociale.<sup>427</sup> La clausola generale, ergendosi a sintagma valutativo, funziona da criterio direttivo per l'interprete; essa è una norma caratterizzata da un alto tasso di indeterminatezza che demanda al giudice la costruzione della fattispecie.<sup>428</sup> Ad esempio la buona fede, che opera nel corso di tutto il rapporto obbligatorio, introduce regole ulteriori, integrando le regole già esistenti e in alcuni casi limitando l'operatività di quelle già previste in quell'ambito. D'altra parte, la necessaria concretizzazione della "norma a clausola generale" mediante altre norme contribuisce a mettere in discussione l'assunto secondo cui il rapporto tra regole e principi sia definibile nel segno di una netta contrapposizione.<sup>429</sup>

Si può dunque affermare che, attraverso la ricomposizione del particolare nell'essenziale-generale o nel generale-essenziale, l'idea di *Natur der Sache* sottintende un'esigenza pressante di individuare il criterio giuridico che

---

<sup>426</sup> Betti, *Interpretazione* cit., 317 s. L'a. propone questo esempio: «in un ordinamento che riconosca la proprietà individuale, i rapporti economici e quelli di lavoro vengono valutati nella loro "logica" e "natura" in modo essenzialmente diverso che in un ordinamento comunistico; in un regime liberistico, che non ammetta se non un minimo di freni all'iniziativa dei singoli, quei rapporti vengono ravvisati nelle loro esigenze economico-sociali diversamente che in un regime di economia controllata, in cui l'iniziativa individuale sia subordinata ai superiori interessi della produzione e le esigenze della solidarietà sociale siano avvertite con maggiore energia».

<sup>427</sup> In tal senso M. Barcellona, *Clausole generali e giustizia contrattuale* (Torino 2009), 8 «Com'è noto i sistemi giuridici moderni provvedono a queste strategie, attraverso due vie, ad esperire le quali appaiono preordinati due appositi sottosistemi serventi del diritto la c.d. dogmatica giuridica e l'apparato legislativo».

<sup>428</sup> Esempi di clausole generali sono l'ingiustizia del danno, la buona fede, la diligenza e la ragionevolezza.

<sup>429</sup> La premessa è che, conformemente all'impostazione di R. Alexy, suggerita anche da L. Mengoni, sia le regole che i principi siano norme (L. Mengoni, *I principi generali del diritto e la scienza giuridica*, ora *Scritti giuridici I* (Milano 2011): «ai principi soggetti a bilanciamento il modello di Dworkin è adattabile solo con una correzione che li riqualifica come specie del genere norma giuridica. Poiché non si tratta semplicemente di valori che il giudice attinge dalla coscienza sociale, ma di valori positivizzati in norme giuridiche (...)».

corrisponda maggiormente alla specificità del caso, e il discorso sul diritto basato sulla natura della cosa è una forma di invenzione del diritto concreto che non dipende esclusivamente dalla decisione di un caso (anche se è chiaramente spesso legata al processo decisionale), ma contribuisce anche più diffusamente a costituire definizioni mediante norme generali, in un rapporto comprensivo tanto del quadro casistico quanto di quello teorico.

A conferma di quanto detto finora, va ancora rilevato che per Radbruch, “pura forma dell’idea” e realtà materiale vengono poste in una relazione costante, in cui l’idea è il “valore stesso, che trascende la realtà”, e che risulterebbe del tutto inconcepibile e incomprendibile; in un quadro concettuale tipico della metafisica, il diritto ricostruisce, attraverso la natura della cosa, la questione dell’essere e delle sue individuazioni nelle determinazioni mondane. Tramite la ricostruzione di una dimensione trascendente a partire dall’immanenza dei casi concreti, si penetrano i meccanismi attraverso cui l’idea è determinata con la materia per mezzo di quel rapporto di relazionalità di cui si è detto in precedenza. Certo è che, nel riconnettere l’elemento formale al suo contenuto ideale più adeguato attraverso il concetto di “natura”, si determineranno allora diverse idee di diritto in diversi contesti storici, poiché ogni volta il concetto astratto dovrà essere messo in rapporto con la dimensione materiale e con l’epoca storica a cui si riferisce.

Ai noti contributi di Radbruch e Kaufmann sulla natura della cosa vanno integrate alcune osservazioni svolte da altri autori, che contribuiscono a completare il quadro di una teoria che ha conosciuto un grande sviluppo.

Certamente è opportuno integrare il discorso svolto sin qui con il contributo di Werner Maihofer;<sup>430</sup> questi ha osservato che la natura della cosa è “il *Sollen* realizzato nel *Sein*, il valore che appare alla realtà”, e dunque essa viene concepita “come struttura e ordine non solamente ontologici, ma assiologici della materia del diritto, cioè della realtà sociale”.<sup>431</sup> Per Maihofer, questa prospettiva va a coincidere con la necessità di superare la separazione fra le dimensioni valoriale e fattuale, tanto che si dovrebbe piuttosto osservare che il valore è una sfera integrata all’interno della realtà, e che quest’ultima a

---

<sup>430</sup> W. Maihofer, *La natura della cosa*, a cura di G. Berno e A. Mazzei, in *Percorsi contemporanei del diritto naturale*, a cura di G. Ciscato e F. Todescan, Padova, 2011, pp. 315-351.

<sup>431</sup> Maihofer, Op. cit. 78-79.

sua volta non possa essere immaginata come un quadro puramente empirico in cui non vi sia spazio per considerazioni di natura valoriale. Partendo dalla considerazione della natura della cosa in quanto descrizione di una situazione sociale di fatto che rispecchia un'idea di diritto, si può ricostruire la natura delle strutture normative che partecipano della realtà sociale, ma ciò è possibile soltanto nei termini di una basilare relazionalità fra i due piani valoriale e fattuale.

Una tale concezione della natura della cosa fa emergere chiaramente uno dei temi centrali del dibattito giusfilosofico sviluppatosi intorno alla fine degli anni Cinquanta del secolo scorso, ovvero l'analisi e l'individuazione dei cosiddetti processi di "socializzazione" del soggetto attraverso la costruzione interna dell'ambiente sociale ("interiorizzazione"): in quel periodo è centrale la funzione giocata dallo sviluppo della sociologia del diritto, e in particolare per quelle correnti orientate allo studio delle complesse relazioni fra soggetto e ambiente, che ovviamente hanno avuto un'influenza pregnante anche sul modo di intendere l'ermeneutica giuridica in quel determinato periodo. E' in una dimensione prospettica che l'alterità fra valori e fatti viene mantenuta: "all'interno di un'unità *prospettica*, la dimensione dell'alterità viene mantenuta: 'la materia sociale' non è mai 'materia nel senso materiale del termine'. E' piuttosto 'costituita da complessi e connessioni indissolubili, soggetto-oggettive [e] intersoggettive fra uomini'; cioè, essa risulta dalla compenetrazione dell'esistenza e della coscienza sociale concreta, quando i soggetti esistono-come".<sup>432</sup> Gli oggetti esistono all'interno di un ordinamento giuridico sempre nel quadro di dinamiche definitorie tensionali, in altri termini, come ha sostenuto Maihofer, essi "esistono-come": l'essere o esistere come rappresenta quel fenomeno esistenziale per cui i ruoli degli elementi che compongono un ordine sono reciprocamente connessi, per cui un soggetto è "come" venditore, o assicuratore, o lavoratore, etc.

La natura della cosa, valutata in ragione del fatto che gli elementi di un ordinamento normativo (soggetti, cose) esistono-come, permette di individuare gli aspetti essenziali che rendono i fatti tipici, ma non solo: permette anche di sottoporre i concetti alla prova della razionalità giuridica, ancora una volta

---

<sup>432</sup> Così A. Mazzei, Op. cit., p. 17; a sua volta A. Mazzei cita W. Maihofer, *La natura della cosa*, Op. cit., p. 81.

sottolineando dunque che la natura della cosa ha influenza, più che sull'universalità, sulla essenzialità, ovvero sulla scelta di ciò che è rilevante in un contesto determinato. In ragione di ciò, frequentemente la natura della cosa è stata chiamata in causa come strumento per l'individuazione del diritto, proprio per la sua capacità di funzionare da filtro per la selezione dei caratteri rilevanti di un concetto; per questo suo carattere "prospettico", e per il ruolo fondamentale giocato nel quadro del giudizio, il fine centrale del discorso sulla natura della cosa è la decisione e non la norma: "il richiamo del diritto positivo alla natura della cosa rappresenta la consapevolezza di una dimensione eccedente della vita rispetto alle previsioni normative, che pure deve essere affrontata, al fine di risolverne le eventuali problematicità".<sup>433</sup> La natura della cosa è dunque prima di tutto un tema che serve da strumento per la spiegazione delle controversie, o delle situazioni in cui la chiarezza logica non è sufficiente per bilanciare lo scarto fra normatività e fattualità. Per questa sua radice così ibrida, d'altra parte, è difficile identificare questo concetto una volta per tutte, tanto che anche Norberto Bobbio, in un saggio del 1958, ha ritenuto che "la natura delle cose (...) è un'espressione generica con cui si abbracciano oggetti diversi", ma essa andrebbe invece precisata in modo tale da essere restituita al discorso giuridico come "elemento costitutivo della concezione del diritto come tecnica di convivenza sociale".<sup>434</sup>

Come vedremo a breve, anche per Baratta, il quale riprende alcune delle tesi sostenute da Bobbio nel 1958, il tentativo di ancorare la dimensione della normatività giuridica alla struttura ontologica della materia sociale traduce il bisogno di superare il dualismo fra fatto e valore che metodologicamente interessa il diritto: la tendenza ad ancorare la normatività giuridica alla "struttura ontologica della materia sociale" traduce programmaticamente e metodologicamente il bisogno di superare quel "relativismo dei valori e dualismo metodologico (...) di fatto e valore" che rappresenta ad un tempo il

---

<sup>433</sup> Cfr. A. Mazzei, T. Opocher, Op. cit. (2011), p. 26.

<sup>434</sup> N. Bobbio, *Über den Begriff „Natur der Sache“*, in *Archiv für Rechts-und-Sozialphilosophie*, XLIV (1958), , tradotto in italiano come *La natura delle cose*, in *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano (1965), cap. IX.

nucleo fondativo e il cuore problematico della teoria intorno alla natura della cosa (e del dibattito intorno ad essa).<sup>435</sup>

Il problema della natura della cosa interessa la possibilità di ritrovare il massimo grado di collegamento tra essere e dover essere compatibile con un approccio teoricamente ed empiricamente coerente.

### **3. Dalla natura alla *Tatbestand*: caratteri peculiari della normatività giuridica**

La relazione fra la natura della cosa e il linguaggio giuridico è il luogo in cui si definiscono i criteri che presiedono alla corrispondenza fra norma e fatto, nel processo di assimilazione che è stato finora descritto. Quello della natura della cosa è infatti anzitutto un tema che riguarda la messa in relazione fra i piani descrittivo e prescrittivo nel discorso giuridico. Oltretutto questo problema riguarda anche la complessa distinzione fra una qualsiasi scienza empirica e la scienza giuridica: il diritto è infatti peculiare poiché la realtà in esso diventa centrale sia perché deve essere compresa e spiegata, sia perché attraverso la normatività giuridica dalla conoscenza della realtà si risale ad un piano diverso, quello appunto normativo, in cui i fatti vengono declinati in rapporto ai valori, in cui in altri termini essere e dover essere si trovano a condividere il medesimo spazio, con tutte le conseguenze che questa "integrazione" può comportare.

Nel passaggio dal fatto empirico alla costruzione della rilevanza giuridica dello stesso, sotto forma di fatti-specie, consiste il campo dell'istanza ontologica nel diritto, tema che ha destato la curiosità di Kaufmann e di molti altri teorici successivamente; le "cose" sono fatti empirici, che siano di un qualche interesse per il diritto, la *natura* rappresenta d'altro canto il "valore" che il fatto empirico riveste nel quadro del discorso giuridico. La natura della cosa è un passaggio relazionale fondamentale nel processo ermeneutico di realizzazione del diritto, poiché viene a costituire il medio fra la realtà e la classificazione nel pensiero giuridico, attribuendo anche alla fattispecie la capacità di "controllare", legittimandolo, il processo applicativo-ermeneutico, nella misura in cui riduce l'arbitrio. La natura della cosa ha una funzione

---

<sup>435</sup> Cfr. A. Baratta, *Natura del fatto e diritto naturale*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, XXXVI (1959), pp. 177-228.

relazionale, di intermediazione, mettendo in comunicazione due o più piani del discorso giuridico - inteso, anche in questo caso, come discorso analogico: i piani di somiglianza, insieme ai piani di generalizzazione, contribuiscono a tracciare le corrispondenze fra l'essere e il dover essere. Certo questo non è tutto; il passaggio ulteriore consiste nell'osservazione delle modalità di sviluppo di queste trame di rilevanza, fra la prevalenza di un apriorismo ontologico e la sovranità individuale nell'individuazione del criterio di senso da seguire. Si muove infatti da criteri essenzialmente soggettivistici, per cui la natura della cosa finisce per corrispondere con l'atto, essendo nient'altro che l'attività del soggetto che arbitrariamente stabilisce di qualificare il fatto normativamente, e che in un contesto nuovo attribuisce ad esso un senso nuovo.<sup>436</sup> Altro discorso è invece quello che concepisce la natura della cosa come meccanismo principalmente descrittivo, per cui essa finisce per rappresentare, in questo senso, la ragion d'essere di un fatto – all'intersezione fra effettività ed idealità. Muovendo verso una concezione più oggettivistica (Stratenwerth, Radbruch, Maihofer), la natura della cosa può essere fatta corrispondere alla struttura ontica propria di un ente, che in un determinato contesto può assumere rilevanza, come ad esempio in relazione al senso del rapporto che la cosa assume con il quadro storico di riferimento. Secondo un'impronta ancora più fortemente oggettivistica, la natura della cosa è un "ponte tra l'essere e il dover essere", come sostenuto da Radbruch, ovvero il prodotto di qualcosa che è già dato e, al contempo, di qualcosa che si assegna *ex novo*", come ha invece ritenuto Maihofer.

Quello della ricerca della natura della cosa, finalizzata tanto alla decisione quanto all'interpretazione, ovvero alla più concettuale classificazione, è un problema per molti aspetti assai familiare a quello che concerne la qualificazione di concetti quali l'esempio, il modello, lo standard, il tipo. Sebbene il tracciamento di questa familiarità possa, per un verso, apparire arbitrario, esso in verità non lo è affatto: proprio nel coniugare il singolo elemento con l'ordine questi dispositivi hanno, all'interno del discorso giuridico, la loro funzione preminente; ebbene, su questa forma di messa in

---

<sup>436</sup> A. Baratta, *Natura del fatto e diritto naturale*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, XXXVI (1959), pp. 177-228.



relazione fra piano teorico e piano della realtà ha anche la sua essenza peculiare il tema della natura della cosa.

Nell'importare la questione della natura nel discorso giuridico, declinandola in termini specifici come lo strumento per mezzo del quale si può ricostruire la radice della normatività a partire dall'ontologia, si sono affrontate tutte le problematicità che attengono a quella peculiare tipologia di normatività che è la normatività giuridica, per la quale la definizione del campo semantico riferibile ad un concetto diviene anche e soprattutto un problema di politica del diritto. Se la normatività come concetto "proprio" riguarda generalmente la dimensione del dover essere, ciò che attribuisce peculiarità alla normatività giuridica è il fatto di esistere nell'intersezione fra il dover essere e l'essere, o fra la prescrizione e la descrizione. Quest'affermazione è un importante approdo rispetto alla tesi centrale di questo lavoro: se da una parte il punto di partenza di un'attuale riflessione sull'analogia deve essere il riconoscimento del doppio legame fra questa e il diritto (il fatto che da un lato il diritto ricorra inevitabilmente all'analogia, ma dall'altro tenda a controllarne l'ambito di operatività), d'altra parte quest'analisi fa emergere il nodo teorico intorno a cui l'ana-logica (quindi pure l'omologia, l'equivalenza, la proporzione, la simmetria, e i loro dispositivi operativi, come l'esempio, il modello, lo standard, il tipo, il precedente) si origina e si sviluppa. Questo nodo è costituito dalla relazionalità fra forme descrittive e forme prescrittive, relazionalità che rappresenta il vero punto di snodo di tutta la questione dell'analogia nel discorso giuridico, poiché soltanto nella prospettiva di questi due concetti relazionali (*Sein* e *Sollen*, appunto) si può cogliere la ragione per cui la predicazione analogica nel diritto si distingue dalla predicazione "ordinaria", o per cui un concetto è analogico e non è univoco, e ancor di più si può comprendere la ragione per cui il ragionamento per analogia è nella sua essenza più profonda nient'altro se non il luogo in cui convergono le descrizioni e le prescrizioni (dato che qualcosa è in un determinato modo, allora quel qualcosa, dato che somiglia a qualcos'altro che è in un determinato modo simile al primo modo, *deve essere* in un terzo modo ancora). Descrittivo e prescrittivo nel campo analogico finiscono per intersecarsi.

C'è un concetto giuridico che più di altri è emblema della difficile relazione fra essere e dover essere nel diritto: il concetto di *fattispecie*, un tema

classico della filosofia del diritto e dell'intera riflessione giuridica già a partire dalla tradizione della pandettistica tedesca. Che cos'è la fattispecie in che modo essa rileva per l'ana-logica, in particolare se osservata dalla prospettiva della natura della cosa? Si tratta di una descrizione di una situazione, tramite cui determinati fatti, o atti, acquistano rilevanza giuridica acquistando così, seppur per certi versi soltanto indirettamente un carattere "prescrittivo". La riconducibilità di un fatto ad una fattispecie ha in effetti conseguenze giuridiche che dal piano delle descrizioni slittano automaticamente a quello della normatività. E' nel ruolo rivestito dalla descrizione di fatti concreti, sebbene nella forma astratta di una possibilità, per cui comunque sempre in termini che possano essere validi per più casi, che il tema della natura della cosa ritorna anche come sfondo del concetto di fattispecie: è sempre nella risalita dal basso verso l'alto (o, come si è detto in principio, verso l'*altro*) che il concreto trova una collocazione nell'astratto.

A questo punto può risultare fondamentale riguardare la struttura del termine 'fatti-specie', che in tedesco è "*Tatbestand*": esso è risulta dal composto di "*Tat*", fatto, atto, azione, cosa (nel senso di cosa fatta), e "*Bestand*", che ha un campo semantico altrettanto ricco, potendo infatti indicare consistenza, continuità, esistenza, durata. Dall'intersezione dei due campi si genera l'idea di una situazione di fatto, di una tipologia (riemerge ancora il legame con il tipo), perché la fattispecie diventa una sorta di modalità di contenimento di un fatto o azione nel quadro di una descrizione prestabilita. Come anticipato, la costruzione e l'utilizzo di fattispecie è un processo particolarmente intrigante se analizzato nella prospettiva giusfilosofica, poiché essa incorpora la convenzionalità tipica del linguaggio ordinario - ma traslandola nel discorso giuridico, per cui la convenzione sul significato si duplica su più livelli, dovendo anche fare i conti con i piani di rilevanza che si differenziano alla luce del ruolo giocato dalla politica del diritto. La fattispecie è la raccolta delle tipicità rilevanti in rapporto ad un caso che può ripetersi, costituendo per questa ragione la condensazione massima della relazionalità fra linguaggio e realtà, o come avrebbe detto Meyerson fra *pensée* e *réalité*.

Come già si è osservato in precedenza,<sup>437</sup> allo stesso modo della fattispecie, anche il tipo rappresenta una questione centrale in questo discorso sulla natura della cosa: il diritto giace fra la realtà mondana e il dover-essere, per cui raccoglie (come abbiamo visto) tutte le questioni “tragiche” che appartengono alla comunicazione fra contingenza ed immanenza. Fattispecie e tipi sono le forma a cui il pensiero affida la responsabilità di custodire un valore originario che esso ha la capacità di attrarre tramite l’apprezzamento del valore ricorrente in una pluralità di manifestazioni empiriche.<sup>438</sup>

La funzione della *Tatbestand*, così come quella del tipo, si manifesta in particolare nei cosiddetti “*hard cases*”, poiché in essi la necessità dell’astrazione si fa più stringente, nel tentativo di stabilire omogeneità di trattamento in casi in cui gli interessi confliggenti sono molti, o in cui si tratta di definire elementi nuovi e ignoti (in questo secondo caso in particolare si manifesta la capacità predicativa dei referenti del campo analogico, come il tipo e l’esempio).

Il valore che viene conferito ad un fatto nel processo di giuridificazione è una corrispondenza, un rilievo che viene attribuito *ex post*; un rilievo, evidentemente, di natura giuridica. Il fatto, attraverso l’attribuzione di questo rilievo giuridico, comprensivo di un valore in qualche modo “universale” e generalizzante, viene assoggettato in una classe di tipologie di eventi rilevanti per il discorso giuridico; questo processo rappresenta la costruzione della normatività del tipo giuridico – che si concretizza nella fattispecie – a partire da un qualunque elemento della realtà (come può essere appunto un fatto), il che nuovamente mostra il carattere peculiare che della normatività giuridica.

---

<sup>437</sup> Parte II, capitolo VI, par. IV “Causa, tipo, *consideration*”.

<sup>438</sup> Cfr. G. Carlizzi, *Introduzione a Analogia e “natura della cosa”*, p. LIV. Kaufmann stesso costruisce il suo testo intorno al problema della definizione dei *tipi* nel diritto, in relazione alla questione della natura della cosa, come emerge dalla sue parole: “la ‘natura della cosa’ rinvia al tipo [...]. Il tipo [...] si distingue, innanzitutto, dal concetto generale [...], il quale è ‘definito’ [...] mediante un insieme ristretto di caratteri delimitativi [...]. Di conseguenza, sotto il tipo non si può propriamente ‘sussumere’ come sotto il concetto; al massimo gli si può, in misura maggiore o minore, [...] ‘condurre in corrispondenza’ [...] un fatto concreto [...]. Dall’altro lato, il tipo si distingue anche [...] dal fenomeno singolo. Una cosa unica non può essere tipica [...]. Se trasponiamo quanto detto sul piano del diritto, il tipo [...] si rivela come *il* medio tra l’idea del diritto e il fatto storico [...]. Esso è, al contempo, paradigma del fugace apparire nonché proiezione dell’idea [...]. Se è vero che il tipo non è dotato di contorni fissi, immutabili, nondimeno esso è largamente sottratto alla nostra disponibilità. Non possiamo costruire tipi a casaccio. Il tipo è la proto-cosa [...]. In quest’ottica il tipo è ciò che è predato a ogni legislazione e conformazione del diritto [...]. A tal riguardo, i concetti astratti sono di grande importanza nella costruzione della legge, in quanto le danno forma e garantiscono la certezza del diritto. Tuttavia, è impossibile descrivere precisamente un tipo; la descrizione può sempre soltanto approssimarvisi [...]” (p. 64 ss.).

Il meccanismo analogico, inteso come processo originariamente costruito sull'esemplarità,<sup>439</sup> si mostra al massimo del suo potenziale nella costruzione dogmatica del tipo e della fattispecie: il linguaggio giuridico è anzitutto fondato, come tutto il linguaggio, sulla ricerca di una corrispondenza fra pensiero e realtà: "il già citato 'valore esemplificativo' [...] occupa la via di mezzo tra [...] due estremi; il legislatore descrive il tipo solo a titolo esemplificativo, e con ciò rinvia espressamente il giudice a un'invenzione analogica del diritto".<sup>440</sup> La somiglianza va osservata, però, anche oltre la corrispondenza tra fatto e realtà: il discorso analogico, su cui viene a formarsi il sapere analogico nel diritto, è un meccanismo diffusissimo, ma in maniera leggermente differente rispetto a quella rilevata da Kaufmann. Analogico diventa, in una prospettiva più ampia ed abbracciante, non soltanto il legame fra il fatto empiricamente collocato e la descrizione astratta di un tipo ad esso e ad altri corrispondente. Analogici sono anche il rapporto fra diversi tipi, così come la costruzione di nuovi tipi sui modelli dei tipi precedenti e già noti, in una parola su complessità già risolte. Accettando la sfida di Melandri, per cui l'analogia è prima di tutto una dinamica, che non deve necessariamente funzionare con elementi prestabiliti, ma che si colloca diffusamente ogni qualvolta il pensiero giuridico deve affrontare una nuova complessità da risolvere, allora possiamo rintracciare meccanismi analogici anche oltre la costruzione della fattispecie, ad esempio nel ragionamento, e anche oltre il ragionamento, ovvero nella natura stessa dei concetti giuridici.

Per queste ragioni il "campo", inteso à la Bourdieu come spazio delle intersezioni tensionali di più referenti che vanno interpretati nella loro relazionalità gli uni con gli altri, costituisce per questo lavoro prima ancora che un approdo una premessa, una base teorica sulla quale la tesi centrale viene sostenuta. La dinamica dal basso verso l'alto, dal particolare alla ricomprensione nell'universale, ovvero il movimento dallo specifico al generale, sono tutti meccanismi di funzionamento di ciò che abbiamo definito "campo analogico". All'interno di questo campo tensionale, in cui si incrociano polarità

---

<sup>439</sup> Come già si è dimostrato nella prima parte con l'analisi semantica dei termini, e come si vedrà anche più approfonditamente in questa sezione, in particolare per quanto riguarda l'origine dei paradigmi, analogia, esemplarità e paradigmaticità sono concetti profondamente interconnessi.

<sup>440</sup> A. Kaufmann, *ibidem*, p. 68.

che per diverse ragioni interagiscono fra loro, analogia e natura della cosa sono prospettive attraverso cui analizzare criticamente i processi di classificazione e di tipizzazione, e più genericamente delle dinamiche del linguaggio giuridico. A questo proposito ha osservato Alessandro Baratta che “il procedimento di cui sorge la ‘natura’ del fatto è dal Radbruch descritto attraverso il ricorso al concetto weberiano del ‘tipo ideale’ (*Idealtypus*). E’ l’applicazione del *tipo ideale* weberiano che permette appunto - non attraverso un processo di generalizzazione dell’individuale, ma attraverso una tipizzazione o ‘utopizzazione’ dell’individualità stessa del rapporto di vita considerato - di costruirlo in istituto giuridico”.<sup>441</sup> Qui emerge un altro punto cruciale: la natura della cosa non corrisponde a un metodo di rappresentazione generalizzata di un concetto altrimenti concreto, ma è piuttosto una forma di costruzione di tipi attraverso criteri di rilevanza contestualizzati storicamente (in questo senso la teoria weberiana è di supporto). La natura della cosa (o delle cose, al plurale), che Baratta chiama “natura del fatto” è il risultato di un processo di costruzione giuridica della vita, portato avanti per mezzo delle specificità de linguaggio giuridico. Il tipo weberiano richiamato da Baratta non è altro se non un’immagine razionalizzata di un fatto storico, ottenuta mettendo in evidenza ciò che di più rilevante vi sia in quel fatto specifico; la comparazione, o come si è altrimenti detto la commisurazione del fatto storico con il tipo ideale, permette di comprendere il singolo elemento nel quadro più allargato della struttura in cui esso è inserito.

Vedremo a breve, nel capitolo dedicato alla questione dell’origine dei paradigmi giuridici, che parlare della costruzione giuridica del mondo pensando al suo rapporto con la struttura degli ordinamenti normativi serve a comprendere anche il modo in cui un tipo, uno standard, una fattispecie vengono a definirsi all’interno del discorso giuridico. L’importanza del campo analogico e con esso della natura della cosa nella costruzione giuridica dei concetti è peraltro un tema ben noto a Gustav Radbruch, il quale ha rilevato a proposito che “lo stile giuridico è l’appropriato tralasciare ciò che non è essenziale. Le caratteristiche così ottenute vengono raccolte sotto una idea giuridica in una struttura unitaria dotata di un senso, la quale, nella maggior parte dei casi, ma non sempre, sarà una struttura teleologica, un rapporto di

---

<sup>441</sup> Cfr. A. Baratta, *Natura del fatto e diritto naturale*, Op. cit. (1959).

scopi e mezzi giuridici. Così il rapporto di vita viene trasformato in un istituto giuridico in forma di un tipo ideale, e il procedimento di cui abbiamo accennato è la costruzione giuridica (...)”.<sup>442</sup>

Tramite la natura della cosa, che come abbiamo visto rimane anche per Bobbio una sonda molto potente ma altrettanto complessa da definire, il senso del dover essere si realizza nell’essere, attraverso l’emersione di valori che si manifestano nella realtà; questo senso d’altra parte è il frutto di un’interpretazione, per cui quando si tenta di stabilire il limite di significato di una clausola generale o si tenta di chiarirne il contenuto in rapporto ad un caso specifico e alla natura degli elementi coinvolti in quel caso, si svolge anzitutto un’operazione di pensiero. Tale operazione è stata non a caso definita dalla dottrina come “*Wertbeziehung*”, ovvero come messa in rapporto con un valore (dal tedesco “*Wert*”), con un’idea o un’immagine rappresentativa. Questa relazione valoriale tramite cui il fatto viene specificato e qualificato, chiarisce anche il senso (*Sinngehalt*) del fatto stesso, che può essere elaborato soltanto in rapporto con l’idea. L’elaborazione non può peraltro avvenire in una dimensione comprensiva anche della conformità dell’idea allo scopo; ogni elaborazione concettuale improntata sulla natura della cosa o strutturata secondo un principio d’analogia è finalizzata ad interpretare anche una struttura teleologica: “(...) nella maggior parte dei casi la costruzione giuridica, e la natura o senso del fatto, che ne è il risultato, si rifanno alla ‘conformità allo scopo’; il senso che è attribuito così al rapporto di vita, risulta dal suo essere messo in relazione con lo scopo. In ultima analisi dunque, la natura del fatto o del rapporto di vita si rivela esserne, generalmente, lo scopo: qui è presente nel Radbruch l’insegnamento dello Jhering”.<sup>443</sup>

La peculiarità della normatività giuridica è anche nella *Zweckmäßigkeit*, vale a dire nella conformità allo scopo, nell’essere una forma di normatività che ha nello scopo un aspetto centrale della propria natura.

---

<sup>442</sup> Così G. Radbruch, *La natura della cosa come forma giuridica del pensiero*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, III (1941), p. 162.

<sup>443</sup> Così A. Baratta, *Op. cit.* (1959)

#### 4. La costruzione ana-logica del mondo

Appurato il ruolo incisivo del concetto di “natura della cosa” nell’ermeneutica giuridica, vale ancora la pena di integrare questa riflessione che raccoglie diversi temi sotto quello, più abbracciante, della natura (come concetto che raccoglie tutti quei meccanismi intorno a cui si creano le forme descrittive nel diritto a partire dalla realtà). Le osservazioni finora svolte a proposito della natura, infatti, sono serventi a quanto sarà detto nei prossimi due capitoli a proposito della normatività giuridica, e del modo in cui possiamo comprenderne le peculiarità a partire proprio dai temi essenziali di questo lavoro (analogia, esemplarità, paradigmaticità, generalizzazione).

Si diceva che, per l'appunto, è bene completare il quadro tematico del presente capitolo con una prospettiva ulteriore; se da un lato infatti la natura della cosa è l’approccio che inevitabilmente va seguito per procedere a una riflessione teorica appropriata intorno ai diversi referenti di quello che si è definito “campo analogico”, dall’altro lato inizia qui a prospettarsi una questione fondamentale intorno al modo in cui la ricostituzione delle forme cognitive del diritto funziona. Non solo è rilevante interrogarsi sui *modi* del pensiero analogico nel discorso giuridico, ma è necessario affiancare tali interrogativi con un’opportuna analisi delle cause e delle origini dei meccanismi analogici nel diritto. Soltanto passando attraverso una simile problematicità si può infatti cogliere il senso profondo del legame fra analogia e diritto, che altrimenti si limiterebbe ad una ricognizione dei metodi operativi o delle formule dell’inferenza sui cui è basata l’argomentazione analogica.

Partendo da questi presupposti, vale dunque la pena di chiedersi come sia possibile, all’interno di una società (e più in generale di una comunità di sapere), avere un accordo sulla comprensione dei concetti, o sui modi di predicazione, che sia condiviso: si tratta del classico problema epistemologico della comprensione come pre-visione, per cui “se la realtà ha un senso accessibile all’uomo, esso emerge dal terreno della scienza, sì che alla sistemazione unitaria della cultura si dovrà procedere ponendosi dal punto di

vista della scienza".<sup>444</sup> Purtroppo, a volte è necessario fare un salto logico per tentare di applicare un'importante intuizione ad un terreno per il quale originariamente essa era estranea; in questo caso, l'apporto pregnante della filosofia - e dell'epistemologia in modo particolare - a proposito del rapporto fra intersoggettività del sapere ed esperienza, può risultare di grande aiuto per comprendere le cause e l'origine della validità di un esempio (e più in generale di una norma). Come e perché si accetta che ad una proposizione (scientifica, o giuridica) si attribuisca la funzione di "norma", per cui le si conferisce quella capacità che si definisce normatività? Se finora ci siamo occupati di quella dimensione del sapere analogico che riguarda i numerosi modi in cui l'analogia contribuisce all'evoluzione della normatività giuridica, qui ci soffermiamo su una questione che sta a monte, ovvero come vi possa essere accordo intorno al fatto che *quella* norma, e non un'altra, debba essere applicata analogicamente (o *quel* precedente, e non un altro). La questione riguarda, a questo livello, la natura della normatività giuridica.

Quando si parla di che cosa significhi che vi sia, intorno a qualcosa, un sapere unitario o condiviso, si parla - da un punto di vista filosofico - del problema dell'accordo, che come vedremo più avanti ha un ruolo fondamentale nella comprensione della paradigmaticità. A tal proposito, Carnap ha ritenuto che l'accordo intersoggettivo tenda a costituire il criterio ultimo, o per lo meno una componente essenziale dei criteri in base a cui viene stabilita la razionalità del sapere.<sup>445</sup>

D'altro canto, il vero problema teorico si pone quando si tratta di stabilire perché, nel coniugare le "assenze" si sapere nel discorso giuridico (ciò che fa l'analogia), si selezioni un riferimento piuttosto che un altro - un meccanismo che si riproduce in ogni sapere che abbia una qualche vocazione scientifica, e così dunque pure in quello giuridico: "(...) riducendo la questione alla sua formulazione più semplice, dire che c'è accordo tra gli uomini significa che in circostanze analoghe essi si comportano in modo analogo; e dire che esiste un sapere intersoggettivo significa che in circostanze analoghe esiste un'analogia tra i comportamenti linguistici. Naturalmente le difficoltà incominciano proprio a questo punto, giacché si devono stabilire le regole in

---

<sup>444</sup> Così E. Severino, *Legge e caso*, Milano, Adelphi (1980), p. 67 ss.

<sup>445</sup> Cfr. E. Severino, *Op. cit.* (1980), p. 68.



base alle quali sono rilevabili le analogie, e quindi i limiti delle analogie; in particolare: si deve affrontare il problema della struttura del linguaggio". Per cui un sapere condiviso è la trama, letteralmente la "struttura", a cui rimanda e da cui proviene ogni forma di sapere analogico, quest'ultimo inteso (come si è detto già nell'introduzione) come quel sapere che viene prodotto fra le parti e il tutto, il genere e le specie, e che nella correlazione fra queste differenze ha la sua essenza. Il sapere intersoggettivo è, nel suo senso più profondo, linguaggio, ovvero sequenza di segni a cui attribuire significati, e la comprensione dell'accordo intersoggettivo da cui si origina il sapere intersoggettivo corrisponde ad un problema epistemologico. Ecco quindi svelata la natura relazionale fra analogica e problemi di epistemologia giuridica. La questione dell'accordo intersoggettivo riguarda la struttura degli ordinamenti normativi a partire dai singoli nuclei da cui sono composti, ovvero le norme; anche queste sono elementi discorsivi sui quali ci deve essere una forma d'accordo, per cui un ordinamento giuridico conosce più livelli di accordo, e non solo l'accordo sull'utilizzabilità di una norma in più contesti (analogia estensiva). La questione dell'accordo, come vedremo anche a proposito della questione dell'origine dei paradigmi, riguarda il diritto in profondità, poiché l'accordo è la radice della normatività giuridica e al tempo stesso è il luogo in cui le differenze possono esistere attraverso tutti quei dispositivi del campo analogico che finora sono stati descritti. D'altra parte, il problema di costruire il sistema degli asseriti coordinati a reazioni linguistiche omogenee (finalizzato a una costruzione rigorosa del sapere scientifico) corrisponde con il criterio di razionalità di un sistema; per cui l'uso dei dispositivi riconducibili ai caratteri generali del "campo" analogico interessa tanto i modi di funzionamento dei singoli dispositivi quanto, ad un livello più teorico, la costruzione dei criteri di razionalità di un ordinamento normativo.

La costruzione di un sapere intersoggettivo significa anche la considerazione dell'affermazione come evento empirico che di volta in volta deve essere verificato, attraverso l'analisi delle correlazioni fra singolo evento e legge universale (sotto certi aspetti, quel che corrisponderebbe alla dicotomia *experience* o *logic*): come ha correttamente osservato Severino, l'esclusione di una dimensione o di un'altra induce all'errore, poiché "(...) è del tutto coerente che in tale costruzione si neghi ogni assolutismo. La radice ultima di ogni

antiassolutismo e di ogni convenzionalismo del neopositivismo revisionistico si trova precisamente nell'assunto di elaborare il sistema dei segni intersoggettivamente coordinati, in cui consiste la scienza".<sup>446</sup>

D'altra parte, proprio nella sua struttura essenziale il linguaggio, così come il diritto, sono sistemi originariamente intersoggettivi, perché anche una proposizione scritta da me deve essere interpretata da altri soggetti nello stesso modo in cui viene interpretata una proposizione scritta da altri. Come spesso è accaduto anche nella dottrina giuridica, la questione centrale, a partire dalla quale si snoda tutta una serie di interrogativi, può essere sintetizzata con una dicotomia, che vede opporsi da un lato l'esperienza vissuta come fonte della conoscenza, e il conoscere concettuale come vera dimensione in cui si sviluppa ogni forma di sapere. In altri termini, il sapere è logica (definizioni) o esperienza (eventi)?

Nel suo testo *La Costruzione logica del mondo*, Carnap afferma che la serie degli *Erlebnisse* (dati del vissuto, o esperienze) è differente per ogni soggetto ("*Die Reihe der Erlebnisse ist für jedes Subjekt verschieden*"); in questo senso l'intuizione di Carnap non si discosta troppo dalla tradizione filosofica greca che tanto con Protagora (e il suo "uomo come misura di tutte le cose") quanto poi in seguito con Platone e Aristotele aveva già confermato che la conoscenza non può essere universale in quanto sensazione, ma può esserlo soltanto in quanto intellesione.<sup>447</sup> E' comunicabile quanto è riconducibile alla dimensione della conoscenza intellegibile (*Erkennen*) e viceversa non lo è quanto pertiene alla conoscenza empirica (*Erleben*); riconducendo queste considerazioni al tema dell'accordo come tracciato fondamentale su cui soltanto può fondarsi un sapere razionale o razionalmente spiegabile (e dunque anche un sapere analogico, in questo senso più ampio) va ancora precisato che la designazione di un oggetto per mezzo di concetti già coordinati ad altri concetti all'interno di

---

<sup>446</sup> Così, E. Severino, Op. cit. (1980), p. 77.

<sup>447</sup> A questo proposito, E. Severino ha aggiunto che però questa "implicita identificazione dell'universale e dell'intersoggettivo può essere considerata come un equivoco. Giacché la pluralità delle coscienze (e quindi la pluralità dei soggetti aventi serie differenziate di dati vissuti) non è un dato di esperienza, e se non è dimostrata è soltanto un presupposto, mentre l'universale si costituisce indipendentemente dall'esistenza di una pluralità di coscienze aventi un comune contenuto intellegibile", Op. cit. (1980), p. 80. Più avanti, si aggiunge che "nella Costruzione logica del mondo il presupposto realistico di una pluralità di soggetti con serie differenziate di dati vissuti sta alla base e determina una costruzione concettuale in cui il concetto di intersoggettività viene definito in modo diverso da quello che determina una tale costruzione", p. 81.

un sistema è da intendersi come “espressione o rappresentazione simbolica dell’oggetto: che è appunto quanto accade nel comportamento linguistico intersoggettivo, dove ‘io’ rendo conoscibile ‘ad un altro’ un oggetto connettendo il *nome* dell’oggetto ad altri nomi che presumo siano già noti al mio interlocutore”,<sup>448</sup> per cui il discorso sulla conoscenza, qualunque sia il sapere a cui esso riferisca (nel nostro caso, il sapere giuridico) è inteso come discorso sul conoscere intersoggettivo, come peraltro verrà confermato dalle osservazioni sul ruolo dell’accordo e del consenso nell’origine dei paradigmi normativi, e sul ruolo del *sensus communis* nella costruzione dell’esemplarità come luogo di intersezione fra essere e dover essere.

E’ il caso di ribadire che la costruzione della scienza intersoggettiva è allora possibile solo qualora non ci si riferisca al materiale, ma alla forma, la quale - a differenza del materiale - può essere tradotta nel linguaggio. Ogni linguaggio, e dunque pure quello del diritto, sottintende un’ontologia, per la quale si possono distinguere le proprietà degli oggetti dai rapporti che fra gli oggetti stessi intercorrono e, da questi rapporti, possono essere distinte le strutture che fanno da sfondo; perciò, tutto il discorso sulle peculiarità di un concetto, come ad esempio “veicolo”, o “buona fede” (sia dunque esso concreto o astratto) si può ridurre ad un discorso intorno ai rapporti che legano il singolo elemento di un sistema con il sistema stesso (la parte, con il tutto; la specie, con il genere). Se, da un lato, il punto di partenza di ogni conoscenza è la percezione soggettiva (come vedremo meglio a proposito dell’analisi kantiana sul giudizio riflettente), è però possibile pervenire a un mondo intersoggettivo, oggettivo, afferrabile concettualmente e che sia unico e identico per tutti i soggetti, dal momento che certe proprietà strutturali concordano in tutte le correnti dei dati vissuti, in tutte le *Erlebnisströme* - come avrebbe detto Carnap. Tutte le possibili prospettive sul mondo, che il diritto deve ridurre per mezzo delle norme, creando dei tracciati che servano da riferimento comune e condiviso convenzionalmente per evitare l’arbitrio, possono essere immaginate come delle possibili correnti. Com’è possibile stabilire *una* forma di sapere, se per ciascun individuo esiste una corrente, cioè una dimensione del divenire della realtà mondana? L’unica soluzione per questo classico, e per certi aspetti indistricabile, interrogativo è che ogni scienza si deve limitare agli asserti che

---

<sup>448</sup> E. Severino, Op. cit. (1980), p. 83.

riguardano le proprietà strutturali, poiché soltanto questi possono essere oggettivi: “la ‘corrente’ è il *divenire* del mondo. La struttura - cioè l’oggettivo’ - ha il compito di rendere intersoggettivo il divenire. La ‘costruzione logica del mondo’ è appunto il sistema dell’anticipazione scientifica del divenire”,<sup>449</sup> è quindi anche il luogo in cui il divenire viene in contatto con la logica.

Per concludere su questo tema e per connettere lo stesso alle prossime riflessioni, è il caso di ribadire dunque soltanto che il sapere intersoggettivo può essere tale soltanto in quanto esso è formalistico, da una parte, ma deve interpretare un formalismo che è l’oggettività del mondo reale, per cui è un formalismo in cui realtà e forma devono toccarsi, poiché sarebbe altrimenti un’aberrazione dell’uno o dell’altro elemento.

Questa riflessione aggiunge una nota rilevante in questo lavoro, attribuendo un ruolo significativo all’atteggiamento metodologico che si è finora fissato proprio sull’intersezione fra esperienza e intelletto: su questa soglia abbiamo collocato l’analogia, e in una simile posizione inter-media si deve collocare questo discorso sulle forme di sapere come un discorso essenzialmente fondato sull’accordo intersoggettivo: d’altra parte, il sistema dialettico si pone come l’unica sistemazione possibile del sapere, un sistema dialettico fra logica ed esperienza che Carnap ha applicato alla costruzione del mondo secondo accordi sui criteri di razionalità, e qui si declina, con un tentativo di riprodurre l’intuizione del grande filosofo, in termini di costruzione “analogica” del mondo. La rilevanza dell’accordo intersoggettivo resta immutata se si considera il ruolo di esemplari, paradigmi, tipi e modelli, e in genere di tutti i referenti che costituiscono il campo analogico. A maggior ragione, essendo il diritto, proprio come il linguaggio, una struttura intrinsecamente convenzionale, nel discorso giuridico la costruzione analogica ha un ruolo ancor più incisivo, considerato in esso vi sono più livelli su cui l’accordo lavora, tanto all’origine quanto per lo sviluppo, l’evoluzione, le valutazioni di compatibilità fra ordinamenti disomogenei (come ad esempio si è osservato a proposito del principio di equivalenza nell’ordinamento giuridico dell’Unione Europea).

Nondimeno, se Carnap, come il primo Wittgenstein (quello del *Tractatus*) ha tentato la spiegazione e l’elaborazione *del* linguaggio perfetto attraverso questa teoria dell’accordo intersoggettivo come fondamento, è il caso invece di

---

<sup>449</sup> E. Severino, Op. cit. (1980), p. 89.

precisare qui che (come poi hanno peraltro compreso Carnap e Wittgenstein, “aggiustando il tiro” alle proprie teorie), la vera intuizione intorno all’accordo sta nella rilevanza attribuita all’atteggiamento metodologico e non alla formula per mezzo della quale l’accordo viene realizzato. Il *se*, e non il *come*. Il *se*, nel nostro caso, è dato da quel doppio legame fra diritto e analogia di cui si è detto in principio. I vari *come*, vedremo ora, non sono altro che prospettive da cui osservare, ed eventualmente risolvere, l’interrogativo da cui muove questo intero lavoro, ovvero quale sia lo scarto fra logica e ana-logica nel discorso giuridico, e quali aspetti del linguaggio giuridico assumono rilevanza nella costituzione di questo scarto, considerato che una risposta a questo interrogativo non può far altro che interessare una riflessione sulla struttura della normatività giuridica in sé, e degli ordinamenti come luoghi in cui essa si manifesta.



## CAPITOLO OTTAVO

### ORIGINI

*“Jedes heuristische Modell ist methodisch eine These, und jede These mit konkreter Antizipation bezeichnet ein konkretes Versuchmodell in dem Gestalten und in den Gestalten der Welt selber”<sup>450</sup>*

#### 1. La questione dell'origine

Dopo le riflessioni sul rapporto fra analogia e natura della cosa, introduciamo il tema conclusivo del presente lavoro, ovvero l'esemplarità, che è largamente trattato anche nel prossimo e ultimo capitolo. Il tema principale dell'ana-logica incrocia in questa sezione un aspetto specifico dell'esemplarità (e della paradigmaticità), la questione della loro origine all'interno di un ordinamento normativo: la riflessione intorno ad una tale questione invita in definitiva ad affermare che l'ana-logica contribuisce a spiegare il modo in cui funziona la normatività giuridica e nondimeno completa le osservazioni, in più passaggi accennate nel corso di questo lavoro, sul rapporto fra analogia e struttura degli ordinamenti normativi.

Dove si origina un paradigma, e come?<sup>451</sup> Il problema dell'origine dei paradigmi è una questione fondamentale per comprendere la struttura degli

---

<sup>450</sup> E. Bloch, *Tübinger Einleitungen in die Philosophie* (1963-64): “Ogni modello euristico è dal punto di vista metodico una tesi, e ogni tesi designa, con anticipazione concreta, un concreto modello sperimentale insito nel formare e nelle forme del mondo stesso”, E. Bloch, Op. cit., (1963.64), Frankfurt am Main, vo. I, p.119.

<sup>451</sup> In questo capitolo faccio riferimento ai concetti di “paradigma” ed “esempio” come se fossero sinonimi, pur sapendo che non lo sono in senso letterale. Come viene anche specificato più avanti nel testo, l'idea di paradigma ha avuto uno sviluppo diverso da quella di esempio, ed è nota la sua fortuna nel campo della filosofia e della storia della scienza. L'obiettivo di questo capitolo non è però sviscerare in ogni dettaglio le divergenze fra esempio e paradigma da un punto di vista semantico, ma piuttosto mettere in evidenza alcuni aspetti rilevanti a proposito del rapporto fra diritto e paradigmaticità in quanto carattere generico e non specificamente riferito ad una teoria. Ciò che rileva in definitiva è infatti la struttura relazionale fra diritto ed esemplarità o fra diritto e paradigmaticità, ed è su questo che ci si focalizza in questo capitolo.

ordinamenti normativi, poiché la sua rilevanza è legata ad almeno due ragioni principali: in primo luogo, la questione induce a discutere alcune questioni profonde che riguardano la struttura ordinamentale del diritto, poiché riguarda direttamente i rapporti fra le sue parti e la logica (meglio, l'analogica) che le tiene insieme. In secondo luogo, questo problema teorico offre alcuni spunti interessanti per la costruzione di una tesi sulle peculiarità del discorso giuridico, in particolare su alcuni aspetti del rapporto fra esso e i referenti del campo analogico - in particolare, esempi e paradigmi. Proprio un tema introdotto nel capitolo precedente, l'analogicità del linguaggio giuridico, crea una connessione fra quanto finora affermato e il contenuto del presente capitolo, in riferimento soprattutto alla poliedricità dell'analogicità, la quale lavora tanto a livello del linguaggio, come ha affermato Kaufmann, rendendo l'ermeneutica giuridica e l'applicazione del diritto due dimensioni essenzialmente analogiche, quanto a livello del discorso giuridico, per cui di quello spazio di ricomprensione fra gli elementi dell'ordinamento normativo, le relazioni che intercorrono fra questi, le tendenze interpretative, e più in generale le "formazioni discorsive".<sup>452</sup>

Nel mostrare come la struttura di base del linguaggio giuridico sia fondativamente connessa alla paradigmaticità del pensare analogico e del pensare *per esempi*, è insita la conseguenza che la logica ordinaria non sia sufficiente a spiegare il diritto e il suo funzionamento come sistema, come più volte si è già affermato, poiché l'approccio della logica elementare può essere riassunto nella dicotomia "tutto o niente", essendo tale approccio basato sulla bivalenza e sul *principio del terzo escluso*, mentre al contrario in ogni discorso analogico, come il discorso giuridico, il terzo è *incluso*.<sup>453</sup> Nell'Introduzione a *La linea e il circolo*,<sup>454</sup> Giorgio Agamben afferma che ogni analogia è l'opposto di una dicotomia, quest'ultima essendo ciò che generalmente domina la logica. Nel diritto, invece, il rapporto fra logica e realtà (o fra logica ed esperienza) è complesso, non potendo quindi essere ricompreso del tutto nella

---

<sup>452</sup> L'espressione è di M. Foucault e sta ad indicare, molto in sintesi, Le formazioni discorsive sono insiemi eterogenei, composti di concetti, valutazioni, procedure d'osservazione, modalità d'enunciazione, regole giuridiche, prescrizioni amministrative, che permettono di costruire l'oggetto di un sapere. Si veda a proposito *L'archeologia del sapere* (1969), Milano, BUR (1999).

<sup>453</sup> M. Klatt, *Making the Law Explicit: the Normativity of Legal Argumentation*, Oxford, Hart Publishing (2008).

<sup>454</sup> G. Agamben, *Archeologia di un'archeologia* in E. Melandri, *La Linea e il Circolo. Studio logico-filosofico sull'analogia* (1968), second ed., Quodlibet, Macerata (2004), p. XI.



bivalenza della logica ordinaria: qui viene in supporto l'ana-logica, attraverso dispositivi come l'esempio, il tipo, lo *standard*, il precedente - tutti interpreti di un tipo di linguaggio in cui dominano le forme del pensiero analogico, ragion per cui comprendere come possa originarsi un paradigma normativo implica spiegare come sia costruito l'ordine da cui esso si origina. Con un'efficace suggestione, si potrebbe dire che comprendere perché un elemento di un sistema possa essere considerato *originale* (esemplare paradigmatico) invita a riflettere sulla coesistenzialità fra l'elemento e il suo luogo *originario* (ordinamento giuridico), e di fatto conduce ad affermare che il pensiero analogico sia coesenziale al discorso giuridico. L'affermazione di una coesistenzialità di base di ordinamento normativo e ana-logica è confermata dalla connessione naturale tra analogia e generalizzazioni da un lato, e tra le generalizzazioni e la struttura del linguaggio (e del linguaggio giuridico) dall'altro. Tutto il linguaggio giuridico è frutto di astrazioni: le norme stesse sono "cornici" generali ed astratte che hanno la capacità di essere valide per più di un caso - normatività e generalità sono, prima di tutto per questa ragione, concetti relazionali e la rilevanza delle generalizzazioni, così come il loro collegamento funzionale e strutturale con pensiero analogico nella diritto, invita a riflettere, a sua volta, sul processo di applicazione della legge. Josef Esser ha dato una definizione pregnante dell'espressione "applicazione del diritto",<sup>455</sup> sottolineando che, proprio come gli altri interpreti, i giuristi (gli organi giudicanti, in particolare) sono soggetti all'impatto storico del testo, avendo come campo di competenza operativa l'intera tradizione giuridica fatta di leggi, decisioni e paradigmi: i giudici adattano le definizioni generali ed astratte alle esigenze del presente collegando lo scopo del diritto con le politiche del diritto proprie del presente in cui essi operano.<sup>456</sup> Questo processo di mediazione fra astrazione e concretezza è chiamato da Esser, per l'appunto, 'applicazione': questo concetto, è utile ribadirlo, passa necessariamente attraverso uno o più "momenti di generalizzazione",<sup>457</sup> in cui si verifica il

---

<sup>455</sup> J. Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Königsten im Taunus, Athenäum-Verlag (1970).

<sup>456</sup> Esser, *ibidem*, 136f.

<sup>457</sup> La correlazione tra applicazione, generalizzazione e analogia è anche legata alla tipologia, una dottrina filosofico-giuridica sviluppata principalmente attorno a due intellettuali tedeschi, Larenz e Kaufmann, la tradizione della tipologia legale risale al Jellinek e le teorie di Weber sulla sociologia della politica e consiste in un confronto del tipo con il concetto - la

riconoscimento della norma di riferimento - ciò che avviene sia quando si applica la legge, sia ogni volta che si ricorre al pensiero analogico e dunque alle operazioni possibili grazie ai referenti del campo analogico.<sup>458</sup> La comprensione della struttura degli ordinamenti giuridici è indissolubilmente legata alla questione fondamentale dell'origine dei paradigmi e, conseguentemente, al ruolo che l'analogia assume nel linguaggio giuridico e nel discorso giuridico.

Per comprendere a fondo questo ruolo, e per tentare di rispondere alla questione se e come l'origine di un paradigma normativo sia legata alla struttura dell'ordinamento, è utile ricostruire le radici comuni dei concetti di "analogia" e "paradigma", poiché attraverso un approfondimento della semantica dell'esemplarità si distinguono le diverse modalità operative ad essi riferibili, definendo le connessioni e le dinamiche che li vedono intersecarsi. Come per certi versi è stato detto nella prima parte del lavoro (par. I, cap. I), la filosofia classica ha distinto nell'uso terminologico l'argomento per analogia (παράδειγμα) dal concetto di analogia (ὁμοιότης), a loro volta distinti dalla predicazione analogica (κατ'ἀναλογίαν). Il discorso giuridico si è per lo più interessato dell'aspetto argomentativo dell'analogia, trascurando la circostanza che i concetti di "paradigma" e di "analogia" sono tra loro indissolubilmente legati. L'idea di fondo che si intende discutere, al fine di restituire al discorso la profondità filosofica che merita, è che le analogie nel diritto funzionino come processi finalizzati ad identificare i referenti che all'interno di un ordinamento giuridico legano la realtà e le sue descrizioni. D'altra parte, l'origine dell'esemplarità è la soglia attraverso la quale un elemento di un ordinamento giuridico, prima semplice parte di un contesto, diventa paradigmatico, essendo il risultato indifferentemente (secondo la prospettiva che si assume) la nascita di

---

differenza principale tra i due è che il concetto può essere definito in termini astratti da una serie di caratteristiche, mentre il tipo viene posizionato piuttosto in mezzo tra il generale e lo specifico.

<sup>458</sup> Si deve precisare che il tema della relazione fra diritto e linguaggio può essere affrontato da prospettive differenti [come ha sottolineato, fra gli altri, M. Klatt in *Making Law Explicit*, Hart Publishing (2008)]: nella prospettiva "ermeneutica" applicare la legge non significa limitare una procedura alla sussunzione [*infra*, Arthur Kaufmann, Karl Larenz e Josef Esser]. In questa prospettiva, il linguaggio ha un ruolo centrale nell'interpretazione come adattamento del diritto alla realtà. In contrasto con questo orientamento, si osserva - molto sinteticamente - la corrente detta "analitica", secondo il cui modello le regole d'uso del linguaggio sono chiaramente predefinite. In questa prospettiva, le proposizioni normative sono autoritative [cfr. *Infra*, Robert Alexy *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie juristischen Begründung*, Frankfurt am Main (1978), e Kelsen, H., *Reine Rechtslehre* (1960) e *Allgemeine Theorie der Normen* (1979)].

un modello, di uno *standard*, di un tipo, o di un precedente (*et cetera*). Attraversata questa soglia, il modello acquisisce la capacità di incidere su contesti estranei a quello originario, stagliandosi per la propria *originalità*, e ciò in quanto sussistono aspetti comuni che giustificano la costruzione di una referenzialità fra contesti disomogenei. L'esemplare può offrire uno schema di riferimento che supplisce ad una carenza definitoria, o può supportare l'argomentazione quando livello normativo e livello cognitivo mancano di uno spazio comunicativo adeguato: i referenti del campo analogico stanno al posto di qualcos'altro quando il sistema presenta una forma di assenza, ed è per questo che essi sono essenzialmente legati tanto alla funzione quanto alla struttura del diritto.<sup>459</sup>

La capacità di "stare al posto di", che è fenomenologicamente propria dell'esempio e strutturalmente propria del pensare analogico, ha due aspetti: da un lato, si riferisce alla capacità di integrare un argomento o di colmare una lacuna; dall'altro, meno intuitivamente, è causa e conseguenza della tendenza naturale degli ordinamenti normativi ad incorporare nuove figure, usando strutture già note: si tratta di quel processo che viene definito in filosofia "predicazione".<sup>460</sup> Un esempio è offerto dal processo di integrazione europea, che ha creato un nuovo ed originale sistema giuridico, il quale si trova ad affrontare un problema fondamentale: assicurare l'unità senza distruggere la diversità, detto altrimenti costruire un sistema di *governance* multilivello che disponga di *standard* comuni e che al tempo stesso salvaguardi le differenze nazionali, che sono parte integrante del patrimonio giuridico europeo.<sup>461</sup> Per gestire l'incertezza della novità, si è ricorso ad una struttura conosciuta: così, nella creazione di uno *standard* comune per i diritti umani all'interno dell'Unione Europea (con sufficiente flessibilità per preservare la diversità), si è fatto riferimento a categorie giuridiche già protette dal diritto costituzionale

---

<sup>459</sup> A proposito del rapporto fra struttura e funzione del diritto, si veda fra tutti, N. Bobbio, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Roma-Bari, Laterza (2007), pref. di Mario Losano.

<sup>460</sup> Si pensi ad esempio al contributo delle categorie del diritto privato nella formazione del diritto amministrativo. Categorie come "proprietà" e "responsabilità", tipiche del diritto privato, sono state traslate nel diritto amministrativo. I concetti di "soggetto" giuridico e di "contratto" hanno anche avuto uno scivolamento semantico da un campo di riferimento ad un altro. In questo caso, il diritto privato ha avuto la funzione di modello di riferimento per la definizione di elementi nuovi da incorporare nel discorso giuridico.

<sup>461</sup> Si veda in proposito L. Turchia, *Il governo delle differenze. Il principio di equivalenza nell'ordinamento europeo*, Bologna, 2006.

nazionale e dalla Convenzione Europea per i diritti dell'Uomo, *standard* che sono poi stati elevati a principi generali di diritto europeo.<sup>462</sup> Lo stesso vale per il concetto di "*equivalent rights*",<sup>463</sup> elaborato dalla Corte Europea di Giustizia in risposta alle pressioni delle Corti nazionali,<sup>464</sup> e grazie al quale si è elevata l'equivalenza fra il noto e l'ignoto a unità di misura della compatibilità con il diritto costituzionale nazionale, confermando ancora una volta come il diritto lavori costantemente su meccanismi relazionali e sull'uso di referenze, sia quando interpreta, sia quando applica, sia quando definisce nuove categorie dogmatiche in risposta alle questioni poste dal pluralismo giuridico.

## 2. Originare, originale

Come viene *originato* qualcosa di *originale*?<sup>465</sup> Questo gioco di parole include molti dei problemi teorici che legano la questione dell'origine dei paradigmi con il rapporto fra diritto e ana-logica. Andando ancora più a fondo nel campo di significato del prefisso *anà*, si può osservare che lo slittamento verso l'idea di distribuzione (cfr. Par. I, cap. I) suggerisce la presenza di un processo di gradazione continua, che può esistere prima di tutto in un quadro in cui gli elementi non sono uniti dal principio di identità, ma sono interconnessi da attributi simili e altri differenti, in una rete in cui i

---

<sup>462</sup> Sulla rilevanza dei principi fondamentali per la costruzione di un costituzionalismo europeo, si veda A. von Bogdandy, *I principi fondamentali dell'Unione europea. Un contributo allo sviluppo del costituzionalismo europeo*, Napoli, 2011.

<sup>463</sup> Dall'idea latina di *equivalentia*, equilibrio fra valori in origine differenti.

<sup>464</sup> E' sufficiente menzionare le due decisioni Solange: BVerfG 37, 271 (Solange I) e BVerfG 73, 339 (Solange II). Il problema della compatibilità del diritto dell'Unione Europea con i sistemi giuridici nazionali continua a ripresentarsi nella giurisprudenza; recentemente, dopo il Trattato di Lisbona, il discorso si è manifestato nella nota decisione del Bundesverfassungsgericht del 30 Giugno 2009. In quella occasione il BVerfG ha dovuto esaminare la compatibilità del Trattato di Lisbona con la *Grundgesetz* (GG) - il caso ha mostrato fino a che punto le questioni della compatibilità e dell'adattabilità siano decisive nel tracciamento delle connessioni fra diritto UE e sistemi nazionali. La seconda camera del BVerfG ha deciso che l'Atto che ha approvato il Trattato di Lisbona (*Zustimmungsgesetz zum Vertrag von Lissabon*) è compatibile con la GG. In contrasto, l'Atto che ha esteso e rafforzato i diritti del *Bundestag* e del *Bundesrat* nelle questioni relative all'Unione Europea (*Gesetz über die Ausweitung und Stärkung der Rechte des Bundestages und des Bundesrates in Angelegenheiten der Europäischen Union*) è stato giudicato contrario all'art. 38.1 in combinato disposto con l'art. 23.1, nella misura in cui al *Bundestag* ed al *Bundesrat* non vengono attribuiti diritti sufficienti per la partecipazione ai processi legislativi europei e alle procedure di emendamento ai trattati.

<sup>465</sup> Il paradosso della riflessività del diritto è che qualcosa di originale viene originato all'interno di un ordine originante, per cui l'originalità è nella struttura stessa di un sistema come il diritto che per molti aspetti riproduce le peculiarità del linguaggio ordinario, in questo caso in particolare a proposito della riflessività che lega parti e tutto.

potenziali di somiglianza sono infiniti: perciò, il pensiero analogico è per eccellenza luogo delle gradazioni, in cui la continuità trova la sua realizzazione, ed esso lavora soltanto all'interno di un ordine in cui gli elementi siano fra loro legati dal principio di continuità (siano interconnessi e non discreti, cfr. Pa. I Cap. VII). Questo tipo di struttura è l'opposto delle strutture tipiche della logica bivalente, che invece non lasciano alcuno spazio a sfumature e gradazioni. Per questa ragione, se guardiamo all'uso di analogie ed esemplari nel discorso giuridico soltanto attraverso la logica, l'analisi può rivelarsi incomplete, dal momento che - come poc'anzi si è detto - l'approccio della logica elementare può essere riassunto nella dicotomia tutto-o-niente, che implica *bivalenza* e principio del terzo escluso, e al contrario del discorso giuridico come discorso analogico si fonda viceversa sull'inclusione del terzo. Se nella logica gli elementi sono connessi attraverso relazioni esterne, nel diritto, al contrario, essi non sono separati nettamente, ma hanno costantemente bisogno di essere ridefiniti secondo il principio di continuità.<sup>466</sup> E' l'idea sviluppata da Arthur Kaufmann, secondo il quale, per sua natura, ogni applicazione di una norma, ogni *Rechtsfindung*, non consiste in una conclusione di natura logico-formale, ma in un processo sostanzialmente analogico fondato su somiglianze. L'intuizione di Kaufmann ha svelato un approccio nuovo nella metodologia giuridica, che ha come punto di partenza l'idea che il diritto, nell'essere sempre costruito su sussunzioni, è fondamentalmente analogico. Non soltanto nell'argomentare, o nell'interpretare, ma nella struttura stessa del suo pensiero, per cui anche nel definire, nel descrivere, nel denominare.

Se da un lato la logica lavora sull'esclusione fra *logos* e realtà, dall'altro l'ana-logica li integra attraverso una scala di diversi livelli di interazione. Principio di identità e principio di analogia sono stati contrapposti anche da Meyerson, secondo il quale l'analogia, anche grazie alla profondità paradigmatica che la caratterizza, funge da principio di mediazione fra logica ed esperienza (che in questo contesto corrisponde a "realtà"). L'identità è in questo senso un principio puramente logico, senza alcuna corrispondenza ontologica; la realtà, al contrario, si presenta sempre come un *irrattionnel*,

---

<sup>466</sup> Inclusione ed esclusione sono modalità operative tipiche nel diritto, che fa uso molto frequente di dicotomie - per esempio, universale/particolare. Per cui, il diritto è legato alle analogie intrinsecamente.

poiché non può fare a meno di sottrarsi alle maglie dell'identificazione razionale: originandosi in un contesto di questo genere, i paradigmi possono essere originali proprio perché lavorano sulla trasformazione delle dicotomie proprie delle logiche bivalenti in opposizioni polari.

Anche il termine 'esempio' offre spunti per arricchire questa riflessione. La retorica latina ha sviluppato un significato del termine 'esempio' che si riferisce principalmente alla sua capacità di servire da strumento di persuasione.<sup>467</sup> Sesto Pompeo Festo, autore dell'ambizioso progetto enciclopedico *De verborum significatu*, riporta la distinzione, comune in latino, fra i termini '*exemplar*' ed '*exemplum*'. *Exemplar* è "*oculis conspicitur*" ("percepito dai sensi"), ovvero denota ciò che è da imitare ("*exemplar est quod simile faciamus*"); *exemplum*, d'altro canto, richiede una riflessione più complessa. Infatti, il suo campo di significato non si estende soltanto alle capacità sensoriali, ma anche ai giudizi morali ed intellettuali. La tradizione retorica latina ha inoltre definito i concetti di "esempio" e di "schema" come punti di intersezione fra singolare ed universale. Già in Quintiliano, *exemplum* va oltre la mera idea di *lumina orationis*, per includere anche altre variabili, come *similitudo* e *collatio*.<sup>468</sup> Il concetto di esempio ha sviluppato altri referenti, sulla soglia fra l'agire pratico e la nascita di procedure di normalizzazione *ante litteram*, andando a corrispondere all'idea di regola da seguire o modello da imitare, com'è testimoniato in antiche attestazioni dal fatto che il termine '*regula*' significasse '*conversatio fratrum*', ovvero il *modus vivendi* dei monaci di un monastero. Regola era il modo di vivere del fondatore dell'ordine (la sua *forma vitae*), per cui letteralmente rappresentava l'esempio concreto da seguire. Fino allo sviluppo dell'ordine Benedettino, il modo di vivere esemplare rappresentato dalla regola non era una norma generale, ma fondamentalmente una comunità ispirata all'esempio (*koinós biós*).<sup>469</sup> In questo

---

<sup>467</sup> Come testimoniano molti lavori nella tradizione retorica latina. Si pensi, fra gli altri, alla *Institutio Oratoria* di Quintiliano e al *De Oratore* di Cicerone, e come si vedrà più approfonditamente più avanti, cfr. infra Cap. IX in particolare par. III. La peculiarità dell'esempio consiste nell'essere entimematico. L'entimema è un ragionamento privo di una delle premesse, perché implicita, e la cui spiegazione consiste soprattutto in un'illustrazione paradigmatica.

<sup>468</sup> L'esemplarità rimane uno strumento essenzialmente pedagogico; ha avuto alcuni spostamenti semantici da un campo di significato ad un altro a causa dell'attrazione dal senso originale verso una semantica della strumentalità.

<sup>469</sup> Nel prossimo capitolo si andrà a fondo alla questione del rapporto fra esempio e agire pratico. Qui basti aggiungere che, a proposito del rapporto fra figure e discorso, più tardi

tipo di comunità, la vita di ogni singolo monaco poteva divenire paradigmatica: ciascuna aveva il potenziale per divenire una *forma vitae*,<sup>470</sup> proprio come in un ordinamento normativo, potenzialmente ogni caso ha la capacità di diventare paradigmatico, ma poi soltanto alcuni realizzano questo potenziale (come è accaduto in passato per *MacBoyle v. US*, o per *US v. Jones* l'anno scorso). Una simile capacità di funzionare come modelli di sostituzione divenne una caratteristica delle vite dei santi in quanto esempi da imitare, e le cui caratteristiche erano modelli della vita per eccellenza nella tradizione cristiana.<sup>471</sup>

La struttura stessa del termine 'esempio' suggerisce un'ulteriore osservazione. Esso deriva dal latino *ex-emplum*, che è il participio passato del verbo *eximere*, estrarre. *Exemplum* avrebbe indicato originariamente un oggetto estratto da un insieme omogeneo di cose, a causa della sua peculiare forza rappresentativa o *originalità*.<sup>472</sup> *Exemplum* è qualcosa che possiede gli attributi della categoria esemplificata, che raccoglie le caratteristiche essenziali e le trattiene al suo interno, mostrando gli attributi rilevanti attraverso cui si può con una parte rappresentare il tutto. Per questa ragione l'esempio è legato alla dimostrazione: *de-monstratio*, una *monstratio* di qualcosa da (*de-*) qualcos'altro. L'esemplarità dei paradigmi, a fianco a quella delle dimostrazioni, ha

---

(rispetto alla retorica latina) Giambattista Vico nell'*Istituzione Oratoria* loda l'utilità della geometria per la topica, cioè per l'organizzazione degli argomenti nel discorso, assimilando schema e figura (il secondo rappresenta, secondo lui, la versione latina del greco "schema"): i due concetti sono descritti come i costumi con cui l'oratore veste i propri argomenti.

<sup>470</sup> Si veda G. Agamben, *Che cos'è un paradigma?*, in *Signatura rerum. Sul metodo*, Bollati-Boringhieri, Torino (2008), p.23.

<sup>471</sup> Come si dirà meglio nel prossimo capitolo, il concetto di esempio ha diversi campi semantici di riferimento, come si è anticipato. Uno è la logica, un altro è la retorica, un altro ancora è il discorso giuridico. Nell'ultimo caso, l'esempio è il modello a cui si aderisce e l'aderenza è fondata sulla accettazione. L'accettazione di un esempio è d'altro canto molto interessante nella tradizione filosofica. Questo topos è stato incorporato dalla figura di Socrate, ovvero la figura del maestro che rappresenta un modello di riferimento per i discepoli. I due aspetti della esemplarità, quello logico-retorico e quello normativo, sono connessi dal rispetto di un modello per mezzo della teoria e della argomentazione. Aristotele, d'altro canto, definisce la retorica come la facoltà di osservare in ogni singolo contesto tutti i possibili mezzi per la persuasione. L'uso dell'esemplarità nel discorso giuridico è un processo di ridefinizione della esperienza di vita concreta sui modelli.

<sup>472</sup> Anche la letteratura conserva alcuni passaggi che testimoniano la forza allegorica dell'argomento per analogia in quanto argomento fondato sulla forza esplicativa dei paradigmi. Nel Purgatorio, Dante e Virgilio incontrano diversi esempi di punizione dei superbi. Nel quinto girone dell'Inferno, sentono un'anima che ricorda loro di alcuni esempi di onestà e povertà (è Ugo Capeto). L'intera Commedia è una visione allegorica, ricchissima di paradigmi, dell'aldilà nella prospettiva cristiana. L'uso di questi dispositivi è basato sulla descrizione di un singolo caso che viene isolato dal contesto a cui appartiene, attraverso l'illustrazione della sua singolarità.

sviluppato infatti un ruolo chiave nel discorso scientifico, e in particolare delle dimostrazioni nel processo di falsificazione e verifica è un buon esempio delle connessioni dialogiche fra logica, scienza ed altri campi del sapere.<sup>473</sup>

Anche scavando nella profondità semantica del tema dell'origine emergono alcune letture teoriche inattese, essendo peraltro la comparsa di questo tema praticamente coincidente con la comparsa della filosofia stessa. Nel Frammento di Anassimandro, Heidegger racconta che l'essere dell'essere è legato, riunito (raccolto, da λέγεσθαι) con il suo destino.<sup>474</sup> La storia dell'essere, come accade ad ognuno degli elementi che compongono un ordinamento normativo, è legata alla sua nascita. In un commento al testo di Heidegger si legge: *"it has become clear that τὰ ἐόντα ambiguously names what is presently present and also what is not presently present [...]. If what is at the present stands in the forefront of vision, everything presences together: one brings the other with it, one lets the other go [...]."*<sup>475</sup> L'espressione "τὰ ἐόντα" definisce ciò che è presente nel presente ma anche ciò che non lo è, perché non ancora venuto ad esistenza o non ancora originatosi. E' possibile, per risolvere la questione iniziale sull'origine dei paradigmi, fornire a questo punto una risposta provvisoria. Un paradigma si origina quando una ricerca storica su un tema preciso e in un periodo determinato svela un insieme di illustrazioni ricorrenti o quasi standardizzate di diverse teorie, nelle loro applicazioni concettuali e strumentali.<sup>476</sup> I paradigmi, si pensi alla riflessione di Thomas Kuhn, identificano una continuità fra domanda cognitiva ed autocomprensione interna di una comunità. Il valore probativo del paradigma (che è un esempio, con il valore aggiunto dovuto all'accettazione e al riconoscimento da parte

---

<sup>473</sup> Il dibattito noto come *Positivismusstreit* nelle scienze sociali lo conferma. Per un quadro completo nella prospettiva dialogica fra la Scuola di Francoforte (in particolare di Adorno e, seguito, Habermas) e il Razionalismo Critico (Popper, Albert), si veda T. W. Adorno (a cura di), *Der Positivismusstreit in der deutschen Soziologie*, Francoforte, 1993.

<sup>474</sup> Il testo del frammento in greco è: "ἐξ ὧν ἡ γένεσις ἐστὶ τοῖς οὖσι καὶ τὴν φθορὰν εἰς ταῦτα γίνεσθαι κατὰ τὸ χρεών· δίδοναι γὰρ αὐτὰ δίκην καὶ τίσιν ἀλλήλοις τῆς ἀδικίας κατὰ τὴν τῷ χρόνου τάξιν." Lo possiamo tradurre con "principio degli esseri è l'indeterminato (...) da dove infatti gli esseri hanno l'origine, ivi hanno anche la distruzione secondo necessità: poiché essi debbono pagare (l'uno all'altro) la pena e l'espiazione dell'ingiustizia secondo l'ordine del tempo".

<sup>475</sup> D.M. Levin, *The Philosopher's Gaze: Modernity in the Shadows of Enlightenment*, UC Berkeley Press, 1999, p. 135.

<sup>476</sup> Si veda T. Kuhn, *The structure of scientific revolutions*, University of Chicago Press, 1962; in particolare, p. 43 e seguenti, *Priority of Paradigms*: "close historical investigation of a given speciality at a given time discloses a set of recurrent and quasi-standard illustrations of various theories in their conceptual, observational, and instrumental applications".



della comunità) consiste prima di tutto nella capacità di mediazione fra questi due aspetti.<sup>477</sup> La validità del paradigma è verificata in ragione della capacità di descrivere la realtà e i suoi bisogni, ed è esattamente su questo punto che il discorso scientifico viene in contatto con la normatività giuridica. La scoperta delle geometrie non euclidee, per esempio, è divenuta effettiva soltanto quando lo sviluppo delle fisiche moderne le ha rese necessarie e allora l'origine di un paradigma nel discorso giuridico è strutturalmente legata alla necessità - tipica dei processi cognitivi nelle scienze umane - di usare logiche polivalenti, modali e probabilistiche.<sup>478</sup>

Nelle scienze umane i paradigmi si sono affermati come modelli sostitutivi che possono *stare al posto di* un'assenza (come ad esempio una *lacuna legis*); non solo descrivono il mondo esterno, ma si posizionano sul confine fra la necessità di conoscere la realtà e la tendenza delle società moderne ad auto-osservarsi.<sup>479</sup> E' infatti la comunità giuridica, all'interno della quale un paradigma diviene tale, a decidere cosa è e cosa non è paradigmatico. L'esemplare, il paradigma, è dunque insieme parte di un quadro ed elemento per la comprensione del quadro stesso.

## 2.1 *Exempel, Beispiel*

Prima di approdare ad una conclusione in risposta alla questione dell'origine dei paradigmi, un sintetico richiamo alla teoria kantiana dell'esempio e dello schema permette di arricchire il tema del presente capitolo.

Una conferma della circostanza che il pensiero analogico lavora per conciliare il piano della logica e quello della realtà proviene dal processo che in

---

<sup>477</sup> I paradigmi, come descritti da Kuhn, identificano la continuità fra domanda cognitiva e autocomprensione normativa di una società. La peculiarità di un paradigma consiste nella sua capacità di mediare fra questi due livelli (normativo e cognitivo), essendo il paradigma verificato all'interno dello stesso sistema che lo ha originato e per il quale esso si erge ad esemplare originale, a modello. Inoltre, il fatto che un paradigma acquisisca carattere normativo richiede di effettuare una distinzione fra paradigmi e regole; il paradigma è infatti qualcosa di più di una semplice regola poiché esso si origina grazie all'accordo di una comunità. Una regola è invece qualcosa che, a livello pratico, viene seguito.

<sup>478</sup> Nello sviluppo della questione, Kuhn ha tentato di distinguere i concetti di "paradigma" e di "regola", per sottolineare che i paradigmi hanno uno status superiore se li parliamo alle regole. La connessione fra paradigmi e regole è profondamente legata al fondamento degli ordinamenti normativi e il problema dell'origine dei paradigmi è legato, per sua natura, al meccanismo del seguire una regola.

<sup>479</sup> A questo proposito si veda S. Dellavalle, *Dalla comunità particolare all'ordine universale*, Napoli, 2011.

Kant ha portato all'accostamento del giudizio riflettente a quello determinante. Nella *Critica della ragion pura*,<sup>480</sup> Kant definisce lo schema come la regola per l'esecuzione di un'idea e riferisce in genere il concetto concetto di "schema" ad una procedura di imitazione, ad una sequenza di passaggi finalizzati alla replicazione di un modello a partire dalla realtà. Già a partire da queste premesse nella prima *Critica*, per Kant, scheme ed esempi non possono essere separati dal giudizio: essi permettono la particolarizzazione del giudizio e dimostrano la realtà dei concetti.

Gli esempi, se osservati in prospettiva metodologica, sono il lato concreto di un concetto - nel diritto, di circostanze note, nella forma di una norma o di un precedente. Proprio come gli schemi, gli esempi (kantiani, ma non solo) giacciono, contemporaneamente, nello spazio visibile dei fatti ed in quello della teoria, fra il singolare e l'universale, fra la produzione e la riproduzione. *Esemplare* e *schematico* sono non a caso attributi intercambiabili sul piano concettuale, riferendosi entrambi alla trasversalità che connette teoria e pratica, astrazione e contingenza. Se immaginiamo lo schema secondo la definizione kantiana, dobbiamo considerarlo come un'idea che produce una regolarità: esso agisce come *Urbild* (archetipo) che può determinare una *Nachbild* (immagine postuma). Nel rapporto fra questi due momenti esiste sempre la mediazione di un passaggio terzo che li connette e che è - secondo Kant - un'immagine, una rappresentazione. Nella *Critica della ragion pura*, Kant ritiene che ogni tipo di schematismo sia una sorta di mistero che possiamo comprendere solo pragmaticamente e a livello fenomenologico. Se trasponiamo questa intuizione nel diritto, ciò conferma che lo schema - così come tutte le forme di generalizzazione usate nel diritto e prima ancora nelle scienze - rappresenta il nesso fra le pratiche e le definizioni universali. Infatti, per Kant conosciamo l'immagine come prodotto empirico dell'immaginazione produttiva e lo schema come monogramma dell'immaginazione pura a priori, che è ciò che rende l'immagine possibile. Il che conferma che l'argomentare analogico - per mezzo di paradigmi - è profondamente connesso alla generalizzazione.

Nella *Metafisica dei costumi*, Kant usa sia il termine *Exempel* sia il termine *Beispiel*, e poi specifica che "la parola tedesca *Beispiel*, che si adopera

---

<sup>480</sup> I. Kant, *Critica della ragion pura* (1781), trad. it. a cura di Gentile e Lombardo-Radice, Roma-Bari, 2005.

comunemente come sinonimo di *Exempel*, non ha però precisamente lo stesso significato. Prendere un *Exempel* e citare un *Beispiel* per la maggior chiarezza e comprensibilità di un'espressione, sono due concetti affatto diversi. L'*Exempel* è un caso particolare di una regola pratica, in quanto questa rappresenta un'azione come praticabile o impraticabile. Un *Beispiel*, all'opposto, è soltanto il particolare (*concretum*) rappresentato come contenuto nell'universale secondo concetti (*abstractum*), e l'esposizione puramente teorica di un concetto".<sup>481</sup> A quale tipo appartengono paradigmi, modelli, precedenti, esemplari nel discorso giuridico? Senz'altro, lo si è visto, essi rappresentano una dimensione intermedia fra le pratiche e le ricostruzioni teoriche, per questo sono sia *Exempel* che *Beispiel*. L'interazione fra sapienza pratica e livello teorico è un tratto tipico della prudenza dei giuristi (come si è visto già a partire dal mondo romano, cfr. *Infra* cap.I par.III ss.).<sup>482</sup> Il sapere ermeneutico è essenzialmente un sapere pratico, poiché sempre coinvolto nell'esistenza reale dei fatti. Lo stesso vale per il pensiero analogico nel contesto giuridico. Le forme di sapere che ne risultano portano sempre con sé le presupposizioni, le congetture e i punti di vista delle esperienze precedenti. Su queste dinamiche di razionalità si delineano i tracciati su cui si verranno a formare le possibilità della predicazione analogica (e non soltanto dell'argomento o del concetto analogici). Nella rielaborazione della ragion pratica aristotelica, Gadamer individua il luogo più adeguato per distinguere i procedimenti propri della razionalità ermeneutica.<sup>483</sup> Questa è, prima di tutto, comprensione, cioè un caso particolare di applicazione del rapporto tra universale e particolare. In Aristotele, il problema era affrontato dal punto di vista dell'agire pratico in senso stretto e non ancora nella prospettiva ermeneutica; in Gadamer, al contrario, il metodo ermeneutico si esercita nell'immediatezza della situazione e non è basato su procedure stabilite in anticipo. Il metodo ermeneutico è calato nella contingenza ed è, per questo motivo, ben più presente alla dimensione pratica che a quella teorica.

---

<sup>481</sup> I. Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen (2004).

<sup>482</sup> In particolare di quella dimensione dell'agire pratico che ha ricostruito le categorie aristoteliche della razionalità pratica per restituirle ad una dimensione dialogica fra agire pratico e comprensione dei concetti. Si prendano ad esempio le riflessioni sulla *fronesis* in Gadamer [*Wahrheit und Methode*, Tübingen, 1960]. In questo contesto, la *fronesis* è un sapere che si origina nelle situazioni concrete e da esse è informato; soltanto dopo sviluppa la capacità di essere determinante per altre circostanze (ancora una volta la dicotomia uso/menzione, tema della filosofia del linguaggio, fa la sua comparsa).

<sup>483</sup> Si tenga presente che il problema della razionalità pratica tocca, sul piano logico, il cuore della questione del rapporto tra universale e particolare

D'altronde, anche il modello di esperienza di livello superiore descritto da Goethe (*Urphänomenon*) ha, come lo schema e l'esempio, la capacità di unificare fenomeni separati. A sua volta, proprio come l'*Urphänomenon* di Goethe,<sup>484</sup> il pensiero analogico è il percorso che guida nella ricerca del fenomeno originale a partire da un raggio di declinazioni possibili.<sup>485</sup>

### 3. Logica e analogia

Secondo Goethe, "ogni esistente è un analogo di tutto ciò che esiste: perciò l'essere ci appare sempre contemporaneamente separato e collegato. Se si segue troppo l'analogia, tutto coincide nell'identità: se la si evita, tutto si sparpaglia all'infinito. In entrambi i casi la capacità di osservazione ristagna, nell'uno perché troppo viva, nell'altro perché spenta".<sup>486</sup> Vista la quantità di premesse gettate finora in questo capitolo, e considerata soprattutto la questione iniziale da cui si è partiti, ovvero dove si origini il paradigma, si deve a questo punto procedere verso una risposta possibile che metta peraltro in relazione il problema dell'origine con alcune considerazioni sul carattere ana-logico del linguaggio e del discorso giuridici.

---

<sup>484</sup> Cfr. sia *Farbenlehre*, sia *Metamorphose der Pflanzen*; si trovano riferimenti al tema anche negli *Naturwissenschaftliche Schriften*, (a cura di) Ernst Beutler, I-II, e in *Gedenkausgabe der Werke, Briefe und Gespräche*, XVI-XVII, Zurich, 1949-52. Goethe ha spesso comparato il suo metodo con quello che procede da casi particolari a descrizioni, opinioni ed ipotesi generali.

<sup>485</sup> Quando il giudice ricorre al ragionamento analogico ed utilizza modelli paradigmatici, giustifica la rilevanza minore o maggiore della somiglianza. Ogni cosa è, infatti, simile a tutte le altre cose sotto certi aspetti; allo stesso modo, ogni cosa è diversa dalle altre sotto altri aspetti. Nel diritto questo è particolarmente evidente; vi sono interi gruppi di concetti che possiedono aspetti comuni e spesso fra un gruppo ed un altro vi sono punti di contatto. Ciò corrisponde all'idea di "somiglianze di famiglia" in Wittgenstein. Queste sono somiglianze che ricordano quelle fra i membri di una famiglia, poiché si sovrappongono e si intersecano le une con le altre. Wittgenstein ne ha parlato la prima volta a proposito delle somiglianze fra giochi linguistici. I concetti che fanno parte di questi cluster in cui sono rintracciabili "somiglianze di famiglia" sono legati gli uni agli altri in molti modi differenti; la parola tedesca *Familienähnlichkeit* era già stato usato nei contesti letterari molto prima di Wittgenstein. Intorno al 1880, Nietzsche aveva già parlato di una somiglianza di famiglia fra il pensiero indiano, quella greco e quello tedesco. Solo con Wittgenstein però questa espressione ha assunto la profondità filosofica che conosciamo attualmente.

<sup>486</sup> J.W. von Goethe, *Maximen und Reflexionen* (871): "Jedes Existierende ist ein Analogon alles Existierenden; daher erscheint uns das Dasein immer zu gleicher Zeit gesondert und verknüpft. Folgt man der Analogie zu sehr, so fällt alles identisch zusammen; meidet man sie, so zerstreut sich alles ins Unendliche. In beiden Fällen stagniert die Betrachtung, einmal als überlebendig, das andere Mal als getötet."

Per sua stessa natura, il pensiero analogico occupa una posizione intermedia fra il pensiero puramente formale e quello contenutistico.<sup>487</sup> Non tanto il perché, quanto piuttosto i *come* di analogia ed esemplarità nel diritto vanno dunque posti in primo piano. Come si è detto nei paragrafi iniziali di questo capitolo, si può a questo punto del lavoro ben affermare che nel contesto giuridico la logica in senso stretto non abbia alcuna egemonia sul pensiero razionale. D'altro canto, altrettanto può dirsi in riferimento al mero dato empirico: nemmeno questo è esaustivo, essendo piuttosto entrambe le dimensioni necessarie e fondative, ma essendolo soltanto nel loro carattere relazionale, cioè nel fatto che non è possibile l'una senza l'altra (e viceversa):<sup>488</sup>

---

<sup>487</sup> Nonostante un'indagine nella giurisprudenza delle Corti Supreme inglese ed americana abbia mostrato che "analogia", "ragionamento analogico", "circostanze simili" e "concetti simili" sono termini ed espressioni ricorrenti, il dato di fatto che emerge è che siano stati usati con significati piuttosto disomogenei. Ciò conferma che, sebbene usato nelle pratiche, il pensiero analogico, in tutte le sue declinazioni (in primis l'esemplarità) non ha ancora trovato una collocazione rigorosa nel discorso giuridico. Nella recente giurisprudenza della Supreme Court of England, per esempio: [2010] UKSC 20 -R (on the application of Sainsbury's Supermarkets Ltd) vs. Wolverhampton City Council and another; [2010] UKSC 20 Agbaje vs. Akinoye-Agbaje (FC); [2010] UKSC 1 Her Majesty's Treasury v Mohammed Jabar Ahmed and others (FC)]. Il termine "analogy" è usato con frequenza nell'argomentazione dai giudici della Corte Suprema americana. Per fare alcuni esempi: 09-158, Magwood vs. Patterson, Walder, et al., (2010); 06-923, Metropolitan Life, Insurance Company et al. vs. Wanda Glenn (2008); 04-759, United States vs. Joseph Olson, et al. (2005); 00-758, United States Postal Service vs. Maria A. Gregory (2001); 02-1389, United States vs. Abel Cosmo Galletti et al. (2004); 06-10119, Allen Snyder vs. Louisiana (2007); 01-1269, City of Cuyahoga Falls, Ohio, et al. vs. Buckeye Community Hope Foundation, et al. (2003); 04-278, Town of Castle Rock, Colorado vs. Jessica Gonzales et al. (2005); 07-1428, Frank Ricci, et al. vs. John Destefano et al. (2009); 06-313, Don Roper (Superintendent), Potosi correctional center vs. William Weaver (2007); 06-1431, Cbocs West, inc. vs. Hedrick G. Humphries (2008); 05-416, Jeanne S. Woodford, et al. vs. Viet Mike NGO (2006); 00-799, City of Los Angeles vs. Alameda Books, inc. et al. (2001) ("bad" analogy); 06-6330, Derrick Kimbrough vs. United States (2007), ("better" analogy); 01-682, Kay Barnes, etc., et al. vs. Jeffrey Gorman (2002), ("closest" analogy in riferimento al diritto dei contratti); 05-1126, Bell Atlantic et al. vs. William Twombly et al. (2006), ("exact" analogy); 01-455, Franconia Associates et al. vs. United States et al. (2002), ("quick" analogy); 00-1406, Chevron U.S.A. inc. vs. Mario Echazabal (2002), ("you have to push beyond the analogy"). Si incontrano molti esempi interessanti anche nella giurisprudenza della Corte Internazionale di Giustizia, nei casi *Affaire des boutres de Mascate*, *Affaire de l'indemnité russe*, *Case of the SS 'Wimbledon'* e nel caso *German Settlers in Poland*; fra le decisioni della Permanent Court of International Justice, nel "*Trail Smelter Arbitration*". International Court of Justice: *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua Case* (Nicaragua v United States of America) e *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria Case* (Cameroon v Nigeria). L'argomento per analogia è stato usato nel *International Status of South West Africa, Advisory Opinion - South West Africa/Namibia [Advisory Opinions and Judgments]* della ICJ e nelle *Panel decisions del WTO*. Per quanto riguarda il diritto dell'Unione Europea, omissioni nella legislazione vengono rimate nei casi individuali per mezzo dell'applicazione analogica del diritto dell'Unione Europea: *John Friedrich Krohn (GmbH & Co KG) v Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung* ['Krohn case'] paragr. 13-14; *Krings GmbH v Oberfinanzdirektion Nürnberg* paras 35-38.

<sup>488</sup> Nel descrivere gli argomenti "quasi-logici" fra le diverse tecniche di argomentazione, Chaïm Perelman sostiene che questi siano simili alle strutture formali della logica e della matematica, ma non identici. Un esempio di tecnica "quasi-logica", secondo Perelman, è la

c'è la logica *poiché e mentre* può esserci esperienza, e viceversa c'è l'esperienza *poiché e mentre* c'è la logica.<sup>489</sup>

Per mettere ordine nella relazione fra logica, ana-logica e paradigma si può dire, ora, che nello sviluppo del nostro pensiero l'esemplarità dei paradigmi ha finito per essere uno degli strumenti del ragionare analogico, che si fonda sulla forza rappresentativa del simile. Possiamo dire che sia le analogie che i paradigmi coinvolgono processi di inclusione. Il paradigma, però, contiene e trattiene gli elementi che lo rendono paradigmatico, mentre le analogie sono costruite su comparazioni che giustificano inferenze. Un paradigma mostra, un'analogia crea una connessione. Un paradigma è *invece di* qualcos'altro, l'analogia conduce a trovare ciò che può stare al posto di qualcos'altro. Entrambi contengono un aspetto di efficacia funzionale legato al contesto in cui operano.

Si è detto che nel discorso analogico gli elementi sono legati da continuità e diventano indiscernibili.<sup>490</sup> Seguendo Victor Goldschmidt,<sup>491</sup> possiamo affermare che i paradigmi, sebbene siano fenomeni singoli, contengono la forma, l'*eidos* (εἶδος) di ciò che rappresentano. Essi non sono soltanto elementi sensibili, parte della realtà, ma contengono anche la relazione fra l'elemento concreto e la sua definizione, ragione per cui un paradigma può essere al posto di una definizione, di una descrizione mancante. Come avviene nella reminiscenza platonica (che è lo spazio della conoscenza per eccellenza), nel paradigma il particolare è legato all'universale, proprio come il sensibile è legato a ciò che non è sensibile.

---

definizione. Una definizione è infatti usata per stabilire il significato di un termine, ma anche per sottolineare le caratteristiche di un oggetto al fine della persuasione. Fra le altre tecniche, Perelman elenca le relazioni di divisione, gli argomenti di reciprocità e gli argomenti di probabilità. Questa tipologia di argomento, che lui definisce non formali o quasi logiche, riguarda spesso l'aderenza di un pubblico ad un modello, più che la dimostrazione per mezzo di proposizioni che è invece tipica della logica formale. Il termine *demonstratio* è dunque funzionale alla costruzione del consenso. Si veda C. Perelman, *Traité de l'argumentation* (1958), Bruxelles, p. 1396 e seguenti (ed. 2001).

<sup>489</sup> Come ha giustamente fatto notare Scott Brewer in *Traversing Holmes' Path toward a Jurisprudence of Logical Form* - parafrasando la nota posizione di Justice Holmes sul rapporto fra logica ed esperienza nel diritto -: "*the life of the law is, and should be, logic suffused by experience and experience tempered by logic*". In *The Path of the Law and Its Influence. The Legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr.* (a cura di) Steven J. Burton, Cambridge University Press, 2000.

<sup>490</sup> E' pressoché impossibile separare il terzo analogico, che connette gli attributi comuni e le differenze, dalla sua esemplarità, dalla sua capacità di valere per tutti gli elementi che compongono la classe esemplificata, dalla sua capacità di essere caso singolo e - al tempo stesso - tutti i casi di quel genere.

<sup>491</sup> V. Goldschmidt, *Le paradigme dans la dialectique platonicienne*, Parigi, 1947.

Si possono distinguere un giudizio, un argomento ed un concetto analogici. Il termine tedesco per 'concetto' è *Begriff*, che contiene la radice di *greifen*, afferrare. Quando Kuhn, facendo riferimento alle Ricerche Filosofiche di Wittgenstein, ha riflettuto sulla domanda *di cosa abbiamo bisogno per applicare un termine ad un oggetto?*, ha affermato che il primo passo per giungere ad una definizione è afferrare un insieme di attributi che tutti gli oggetti di una data categoria hanno in comune. L'atto di afferrare è esso stesso un mezzo per trattenere un'essenza.<sup>492</sup> Il paradigma, trattenendo, rappresenta, essendo capace di mostrare attraverso la sua capacità di rappresentare. Ma cosa contiene o trattiene, davvero, un paradigma? Gli attributi rilevanti per una categoria; esso lavora come la coscienza in Husserl, la cui caratteristica fondamentale è la ritenzione delle tracce.<sup>493</sup> Come il paradigma di un verbo, esso traccia gli aspetti fondamentali che rappresentano gli elementi di differenziazione rispetto a ciò che è "normale".<sup>494</sup> Quando ricorre all'uso di una analogia, un giudice non solo denota una somiglianza, ma la produce per mezzo di una procedura di distinzione rispetto ad anomalie e differenze.

Veniamo dunque alla questione centrale: il paradigma esiste già o deve essere scoperto? A partire da Platone fino al XXI secolo (Yan Thomas), i filosofi e gli storici del diritto sono stati in accordo sulla capacità poetica dei giudizi analogici; generati dalla necessità, essi sono già parte della natura delle cose. Se la forza del ragionamento analogico è già negli oggetti, non è possibile definire quando, esattamente, un paradigma viene generato, essendo il contesto, la necessità e altri elementi contingenti a creare ogni volta una nuova origine, come succede con la norma pensata per un caso che diventa norma anche per un altro caso. Ciò è possibile, e qui veniamo al rapporto fra origine dei paradigmi e struttura degli ordinamenti normativi, poiché se nel discorso della logica elementare gli elementi sono connessi attraverso relazioni esterne, nel discorso giuridico gli elementi non sono chiaramente separati, ma devono costantemente ridefinirsi secondo il principio di continuità. Ogni fenomeno

---

<sup>492</sup> M. Ferraris, *Estetica razionale*, Milano, 2011, p. 297.

<sup>493</sup> Sia nel termine '*paradeigma*' che in '*syneidesis*' (che in greco significa "coscienza"), è rintracciabile l'idea di una capacità di trattenere attributi per mezzo della rappresentazione. I modelli e gli schemi sono infatti rappresentazioni che contengono la forma, l'*eidos*.

<sup>494</sup> Kuhn fa riferimento ai paradigmi in grammatica (amo, amas, amat - laudo, laudas, laudat), in *The Structure of Scientific Revolutions, The Nature of Normal Science*, p. 23).

giuridico, ogni norma o decisione è, intrinsecamente, capace di *stare al posto di*, perciò è impossibile stabilire una volta per tutte dove si origini un paradigma.

Heidegger, in *Unterwegs zur Sprache*,<sup>495</sup> ha fatto notare che ogni segno ha un suo potere implicito di mostrare. D'altro canto, "mostruoso" è ciò che mostra e, mostrando (come il *Beispiel* kantiano), diviene esemplare poiché capace di mostrare oltre se stesso. La forza dimostrativa dei paradigmi è dunque legata all'ambivalenza costitutiva dell'*arché*,<sup>496</sup> non essendo il paradigma un elemento estraneo al giudizio: è il nucleo della particolarizzazione e del processo che dimostra la realtà dei concetti, è la parte per il tutto che proviene dal tutto di cui si fa esemplare originale.

La questione dell'origine della paradigmaticità nel discorso giuridico si sovrappone anzitutto con le sue strutture ermeneutiche e pragmatiche; in particolare, il tema si confonde con quel tipo di *logos* che è l'*ana-logos*.<sup>497</sup> Il concetto di *λόγος* ha un vasto numero di possibili traduzioni: "parola", "detto", "affermazione", "discorso", "conversazione", "linguaggio", "storia", "descrizione", "pensiero", "ragione", "misura", "proporzione", solo per nominare i più ricorrenti.<sup>498</sup> L'uso delle analogie e degli esempi nel diritto ci ricorda che la struttura degli ordinamenti normativi è intrisa di questo raggio di possibilità semantiche. Se l'analogia non ha un formalismo proprio, distinto da quello logico, è inevitabile che si debba ripiegare su considerazioni riguardanti il suo contenuto, in particolare sulle dinamiche della sua operatività, tenendo a mente la duplice dimensione mostrata da questo discorso sull'origine dei paradigmi: da un lato, l'*analogicità* del linguaggio giuridico, dall'altro l'*analogicità* del discorso giuridico.

#### 4. Principio d'identità, principio di analogia

Come ha osservato Claudio Magris,<sup>499</sup> il principio di continuità,<sup>500</sup> opposto al principio d'identità, è metaforicamente rappresentabile con

---

<sup>495</sup> M. Heidegger, *Unterwegs zur Sprache*, Stuttgart, Klett-Cotta (2003).

<sup>496</sup> Che in greco significa, allo stesso tempo, "principio", "comando", "origine", "ordine".

<sup>497</sup> Come è noto, *arché* e *logos* sono termini entrati nella tradizione occidentale da lunghissimo tempo: "Ἐν ἀρχῇ ἦν ὁ Λόγος, καὶ ὁ Λόγος ἦν πρὸς τὸν Θεόν, καὶ Θεὸς ἦν ὁ Λόγος" -- "in principio era il verbo, il verbo era presso Dio, il verbo era Dio" (Giovanni 1:1).

<sup>498</sup> Dal *Lexicon* Liddell-Scott.

<sup>499</sup> C. Magris, *Danubio*, Milano, Garzanti (1986).



l'immagine di un fiume, per questo la ricerca di un'origine in genere è somiglia a ciò che in concreto rappresenterebbe la ricerca della sorgente di un fiume. Fin dai tempi di Eraclito, il fiume è per eccellenza l'immagine che richiama tutte le questioni relative all'identità, essendo, per definizione, l'idea che per il suo fluire e mutare costante, per il movimento e l'inevitabile tendenza a cambiare ne costituisce il naturale opposto. Nel fiume, tutto è interconnesso, ma tutto è diverso: è la dinamica che lo definisce, e non i suoi singoli elementi. L'immagine della sorgente di un fiume può essere visto come una similitudine del problema dell'origine dei paradigmi nel discorso giuridico, se si immagina quest'ultimo come un sistema in continuo mutamento in cui il significato di termini, concetti e proposizioni deve adattarsi costantemente ai cambiamenti che si verificano nella società. L'uso di esemplari per mezzo del discorso analogico prova l'influenza nel diritto del principio di continuità (e di analogia): non solo vi è continuità tra gli elementi costitutivi del diritto (concetti, norme, casi) ma anche tra la logica e l'esperienza.<sup>501</sup>

Per tentare di leggere il discorso giuridico in chiave di continuità (in modo tale da giustificare poi l'applicazione dell'ana-logica ad esso), è necessario evitare confusioni, non dovendosi confondere il concetto di lacuna normativa con il problema filosofico dell'inesistenza di "buchi" o "salti" dove regni il principio di continuità. La struttura di un ordine normativo può infatti essere fondamentalmente continua e, allo stesso tempo, può avere lacune causate dall'adattamento del discorso alle variazioni della realtà sociale o economica o politica (come si è per esempio dimostrato con le riflessioni sul tema diritto e tecnologia). Che cosa significa letteralmente possedere il carattere della continuità, a parte l'assere ininterrotto?<sup>502</sup>

---

<sup>500</sup> A proposito del rapporto fra continuità e discretezza, si rimanda alla ricca trattazione di E. Melandri in *La linea e il circolo* (1968), pp. 671- 678.

<sup>501</sup> Una specificazione di natura storica è necessaria: la dicotomia fra continuità e discretezza (o identità) ha avuto un ruolo significativo nella filosofia greca, in cui il dibattito intorno a questo tema ha interessato filosofi come Parmenide e Zenone, i quali hanno stabilito una teoria del monismo assoluto. Parmenide sosteneva infatti che l'essere è omogeneo e continuo, e addirittura che sia un tutto indivisibile. Più tardi Aristotele, sfidando l'atomismo si è occupato nuovamente della relazione fra continuo e discreto e ha ritenuto che la realtà fosse un plenum continuo, e che la struttura del continuum non si potesse in alcun modo ridurre o dividere.

<sup>502</sup> Cfr. J. Bell, "Continuity and Infinitesimals", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2010 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <http://plato.stanford.edu/archives/fall2010/entries/continuity/>.

La continuità è un carattere generalmente attribuito a qualità come lo spazio e il tempo, ma alcuni filosofi fra cui Leibniz lo hanno applicato anche alla natura (*natura non facit saltum*). Anche in matematica si è adottato il principio di continuità, e nel XVIII secolo la continuità di una funzione significava che cambi infinitesimali in uno dei domini della funzione avrebbero provocato altrettanti cambi infinitesimali nel valore della funzione stessa.<sup>503</sup>

D'altra parte, già Aristotele aveva individuato nella continuità e nella discretezza (o "identità") gli attributi che si applicano alla categoria della quantità, menzionando linee, piani, solidi, estensioni, movimento, spazio e tempo come esempi di quantità continue, dette per questo "*continua*"; definendo la continuità come una *relazione tra* entità, piuttosto che come un attributo della singola entità individuale e individuata, egli non forniva una definizione esplicita del concetto di continuità, offrendo ai posteri ciononostante (o forse proprio per questo) un'intuizione rilevante, consistente nell'aver dimostrato che la continuità agisce sulla struttura di un sistema nel suo insieme e non sul singolo elemento, proprio come (secondo quanto viene sostenuto in questo lavoro) l'analogia fa nel diritto. Come la continuità per la realtà, l'ana-logica nel diritto rileva in quanto forma di relazionalità e non come singolo episodio argomentativo arginabile a casi specifici.

La continuità denota unità, richiamando l'immagine di un ordito che è rappresentativa dell'ordinamento, da cui i paradigmi a causa del quale possono diventare tali, proprio in ragione della continuità che li connette agli altri elementi dell'ordinamento. Se la continuità corrisponde all'unità, l'identità e la discretezza corrispondono alla pluralità. L'unità del (e nel) *continuum* nasconde una molteplicità potenzialmente infinita - perché ciò che è rilevante dal punto di vista della continuità è il meccanismo di collegamento tra i diversi elementi di un sistema.

Come descritto magistralmente nella *Monadologia* da Leibniz, non vi è mai un *primum* in senso naturale, una generazione dal nulla, né una fine in senso assoluto; gli animali né sorgono, né periscono, ma si trasformano soltanto. Aderendo ad una concezione organicista che lo conduce a vedere l'universo come un tutto animato, per cui in ogni particella dell'universo è

---

<sup>503</sup> *Ibidem*. Dopo il calcolo infinitesimale la definizione di continuità è stata da sempre vincolata al concetto di "limite".

contenuto un mondo di infinite creature e “si trova che vi è una quantità prodigiosa di animali in una goccia d’acqua imbevuta di polvere e se ne possono far morire milioni in un solo colpo”, il filosofo sostiene che “ogni porzione di materia può essere concepita come un giardino pieno di piante, o come uno stagno pieno di pesci. Ma ciascun ramo delle piante, ciascun membro dell’animale, ciascuna goccia dei loro umori, è a sua volta un tale giardino o un tale stagno” ((Cfr. M.66-77), M.67), per cui l’universo va concepito come un *pieno*, dove regna sovrano il principio di continuità (*sùmpnoia pànta*).<sup>504</sup>

Nel diritto, ogni elemento è legato agli altri per qualche ragione, perciò nel richiamare l’esemplarità di un caso, di una fattispecie o di un altro referente del campo analogico, si interagisce ogni volta con un elemento che nella sua paradigmaticità, è coesenziale al discorso giuridico, discorso di cui l’analogicità è uno degli elementi fondamentali.

---

<sup>504</sup> G.W. Leibniz, *Monadologia*, Testo francese a fronte, a cura di S. Cariatì, Bompiani, Milano, 2001 (Cfr. M.66-77).



## CAPITOLO NONO

### ESEMPLARITA'

*“Il principio proprio del potere di giudicare è dunque: ‘La natura specifica le sue leggi universali in leggi empiriche, in armonia con la forma di un sistema logico per uso del potere di giudicare’”<sup>505</sup>*

#### 1. Il carattere polisemico dell'esemplarità fra *logic* e *experience* <sup>506</sup>

Il diritto consiste di diverse tecniche di argomentazione. Alcune fra queste, come l'induzione, la deduzione e l'abduzione, sono in realtà associate non solo con il ragionamento giuridico, ma anche con le cosiddette scienze dimostrative (matematica, logica) e con quelle empiriche (scienze naturali e sociali). Da quanto detto finora in questo lavoro emerge un'importante reciprocità di metodo fra il cosiddetto *legal reasoning* e gli altri saperi in cui si fa uso di tecniche argomentative.

<sup>505</sup> Kant, *Critica del giudizio*, Prima Introduzione, V (1790), trad. it. A. Gargiulo, Roma-Bari, Laterza (2011).

<sup>506</sup> Dal Dizionario etimologico Garzanti (T. De Mauro, Garzanti 2000, p. 699) il termine 'esempio' viene descritto così: "derivato di *eximere*, 'mettere da parte come modello' composto da *ex*-fuori ed *emere*, acquistare". Nel *Dictionnaire étymologique de la langue latine: histoire des mots*, A. Ernout e A. Meillet, Parigi 1967, p. 205: "irl. *esimul*, *sompla*. *Exemplum* est proprement l'objet distingué des autres et mis à part pour servir de modèle; cfr. *Emo*, *eximo*, *eximus*". Nel Vocabolario degli Accademici della crusca (Vol. V, Firenze, 1886, p. 274 e ss.): "azione o modo di operare che, se buono e virtuoso, dia altrui occasione od incitamento a imitarlo o a emularlo; se riprovevole, possa spingere altri ad atti cattivi o non degni" (Dante, Parad. 18; Purgatorio 19; Orlando Furioso 15,99; Tasso, Gerusalemme Liberata 18, 76 - "l'esempio all'opre ardite e peregrine spinge i compagni". Può significare anche "atto, fatto, caso, effetto, da servire altrui di ammaestramento o di norma circa al modo di operare o di comportarsi, al fare o non fare una data cosa, e simili; e dicesi anche di persona"; anche "atto, fatto, effetto, che per una certa conformità con ciò di che si discorre, sia opportuno a confermare il detto, a comprovare un assunto, a corroborare una data conclusione"; vale anche come "prova di fatto, dimostrazione, di ciò che si dice, s'insegna e simili". E' qualcosa da imitare. Come terminologia delle Scuole (p. 277) si usa per "idea, forma ideale, archetipo" [Dante, Convivio 130: "vollero (alcuni filosofi), che siccome le Intelligenze dè cieli sono generatrici di quelli, ciascuna del suo; così queste fossero generatrici dell'altre cose, ed esempli ciascuna della sua spezie: e chiamale Plato idee, che tanto è a dire, quanto forme e nature universali"]. Anche per "oggetto rassomigliante ad un altro nella forma e nella materia o per cosa che rassomigli un'altra o il proprio archetipo, o che ne sia la figura o rappresentazione sensibile" (Dante, Paradiso 14: "qui vince la memora mia lo ingegno: chè in quella croce lampeggiava Cristo sì, ch'io non so trovare esempio degno").

Per integrare l'argomento della fondamentale relazionalità fra analogia ed esemplarità, in modo da procedere allo svolgimento delle riflessioni conclusive del lavoro, devono essere ripresi alcuni caratteri costitutivi del dispositivo analogico nel discorso giuridico nei sistemi di *Common Law*, da un lato; d'altro canto è ancora utile ricostruire molto brevemente il carattere fortemente assimilatorio del *precedent*.

Lo schema tipico dei dispositivi analogici nelle pratiche del diritto ruota sempre intorno ad un passaggio intermedio, in cui viene a compiersi una mediazione, nel senso di una messa in comunicazione fra campi disomogenei, fra i quali si evidenziano intersezioni rilevanti.<sup>507</sup> La triangolarità di questi ragionamenti che si ricompongono in un principio, in un carattere o attributo comune è la cifra essenziale di tutto il campo analogico, e tale carattere è presente anche nei dispositivi tipici dei sistemi di *Common Law* basati sull'analogia. Il dibattito che intorno ai referenti del campo analogico si è sviluppato nei sistemi di *Common Law* (soprattutto relativo al *precedent*), hanno come contesto di riferimento tipico quello dei *justificatory arguments*, cioè di quelle tipologie argomentative che contribuiscono a motivare la decisione.

E' stato sostenuto che la similarità del meccanismo applicativo, tanto nella dottrina del *precedent* quanto più genericamente nell'uso del ragionamento analogico, sia riconducibile ad una sua forma logica – che alcuni i giuristi di *Common Law* hanno descritto come “*logical form*” dell'analogia. Ora, mi pare interessante che finisca per definire “*logici*” strumenti fondati, di fatto, sulla somiglianza, la quale possiede, di per sè, una struttura che si caratterizza per la flessibilità e la variabilità, pur rimanendo sempre un criterio comparativo già noto alla logica classica (Aristotele). Il carattere variegato della somiglianza, il cui potenziale viene canalizzato, all'interno del campo analogico, soltanto grazie all'intervento dell'altrettanto discusso criterio della rilevanza, si condensa, di volta in volta, su un aspetto differente, cosicchè (come più volte ribadito) risultando tutt'altro che semplice la ricostruzione di uno statuto

---

<sup>507</sup> La complessità del tema, tanto nell'approccio teorico quanto in quello empirico, richiede di tenere a mente, fra gli altri numerosi aspetti, in particolare le ambiguità semantiche della locuzione “ragionamento analogico”, ragion per cui si usa in questo lavoro l'idea di un “campo” analogico, che sia soltanto ricomprensiva del ragionamento ma non limitata ad esso. Per citarne soltanto alcune, procedimento relativo a norme esistenti e procedimento che fa riferimento a principi generali del sistema normativo; ovvero, secondo la dizione classica, *analogia legis* e *analogia iuris*, o - secondo la dizione usata dalla *European Court of Justice*, “*rule-based analogy*” e “*principle-based analogy*”.

logico dei dispositivi operativi del campo analogico, è necessario analizzarli a partire alcuni aspetti fenomenologicamente ricorrenti. A questo proposito, si deve anzitutto riportare che la categoria degli argomenti analogici è stata spesso fatta coincidere, dalla dottrina di Common Law, con il cosiddetto di *exemplary reasoning*, denominazione dovuta al fatto che nella selezione dei precedenti la relazione da tracciare è fra *il fatto* e *questo fatto*, poiché il giudice cerca, per il caso da decidere, il *suo* precedente, e non un altro, segnando perciò il precedente prescelto con un netto carattere esemplare. Com'è noto, il caso già deciso funziona insieme da esemplare (o da paradigma): si è deciso così allora, dunque - vista la situazione in cui si deve decidere oggi, e visto che il caso di allora è *exemplum* per quello che si decide oggi - l'argomento sarà fondato sul *precedent*.<sup>508</sup>

Nella tradizione di Common Law la natura degli argomenti giuridici è stata per secoli una delle tracce principali del dibattito sul ruolo e la struttura della giurisprudenza; inoltre, la questione dibattuta in ordine alla portata razionale degli *exemplary arguments* ha rappresentato uno dei fulcri del dibattito anglo-americano per almeno un secolo e presumibilmente anche più a lungo. Sulla

---

<sup>508</sup> Il carattere esemplare dell'esempio giurisprudenziale e del precedente giurisprudenziale in quanto esemplare all'interno dei tracciati logici e semantici del discorso giuridico è discusso, e ancora discutibile. L'attribuzione del carattere dell'esemplarità al precedente nell'interpretazione di *Common law* e l'affermazione di una tesi per cui il rigore logico dell'uso dei dispositivi operativi del campo analogico sia praticamente da escludere, non è la sola. Molti hanno infatti sostenuto che l'analogia sia un ragionamento logicamente rigoroso, e ancor di più che debba esserlo per ragioni di politica del diritto, poiché un eccessivo arbitrio nell'uso dello strumento analogico e dei suoi derivati potrebbe risultare dannoso alla coerenza del sistema. Si prenda ad esempio Bobbio, il quale ha ricostruito la storia dell'analogia nella logica e nel diritto. Il fondamento della definizione emergente nella sua monografia è una concezione antivolontaristica e razionalistica del diritto, che postula "l'intima razionalità del sistema positivo" come presupposto non soltanto della scienza giuridica, ma anche di ogni applicazione razionale del diritto: "è in questa razionalità che trova fondamento, senza andare a trovare giustificazioni trascendenti, l'estensione analogica, in quanto essa è prima di tutto un procedimento logico che contribuisce a dare alla norma, considerata nel suo valore razionale, tutta la sua efficacia". Inoltre, Bobbio aggiunge, "la sua giustificazione e il suo fondamento" consistono nell'idea stessa "di ordinamento giuridico come sistema razionale", assunta "a ipotesi fondamentale, come espressione di una esigenza razionale intrinseca al mondo delle azioni". La preoccupazione principale di Bobbio al tempo in cui scrisse *L'analogia nella logica del diritto* era quella di difendere, in ragione del principio di legalità, la certezza del diritto contro i "nuovi ideali del giudice-legislatore e della scienza creatrice del diritto", - ideali emersi tanto con la *Interessenjurisprudenz* e con la *scuola libera del diritto*, e di andare "fuori dall'ordinamento stesso, rivolgendosi ad altre fonti del diritto, principalmente alla giurisdizione e alla scienza" (pg. 101). Bobbio affermò la necessità di restringere l'utilizzo del ragionamento analogico, e lo fece su due fronti: con l'ancoraggio del ragionamento analogico alla legge e con la sua configurazione come ragionamento logico, di tipo deduttivo o induttivo. Fra i suoi intenti, il contrasto agli attacchi che, in quegli anni, venivano portati in nome della analogia al principio di legalità, non solo sul piano teorico, ma anche, nella Germania nazista e nella Unione Sovietica, sul terreno della legislazione penale.

scia di una tradizione giuridica tracciabile a partire dai filosofi razionalisti, antichi e moderni, alcuni giuristi hanno sviluppato una linea deduttivista dell'argomento giuridico, secondo cui il metodo argomentativo fondamentale consiste nella deduzione di risultati particolari a partire da norme giuridiche valide. La risposta a questo approccio, com'è noto ai più, è la celebre frase di Justice Holmes *"The life of the law has not been logic; it has been experience"*. Fondamentalmente la critica dei realisti consisteva nel sostenere che le decisioni, invece che essere deduttive, fossero soprattutto basate su esempi profondamente connessi al contesto politico-storico-sociale di riferimento. In questa direzione andavano inoltre gli argomenti a favore di un processo decisionale costruito analogicamente piuttosto che sul ragionamento deduttivo - vale a dire procedendo da somiglianze e differenze fra gli esempi, piuttosto che dalla applicazione delle regole della inferenza deduttiva.

Prima di decidere se il prefisso *anà-* determini in maniera definitiva l'esclusione della logica dal discorso analogico nel diritto, consegnandone l'identità una volta per tutte alle pratiche e all'esperienza, prima dunque di stabilire a prioristicamente se l'ana-logica sia in grado di provare se il diritto sia logica o esperienza, è utile ribadire che, complessivamente preso, il il criterio dell'analogia non è giustificabile logicamente. L'analogia presuppone un calcolo diverso da quello logico in senso stretto, calcolo che viene presupposto dalla definizione giuridica della fattispecie. Tuttavia un tale stato di cose è solo virtualmente contraddittorio. Di fatto, come ha dimostra Bobbio, si può sempre 'definire' un tipo di analogia che soddisfi al criterio dell'analiticità. Solo che allora si tratta di un criterio dell'analiticità per così dire postulatorio, cioè derivato non da quel calcolo proporzionale di cui l'analogia è diretta estrinsecazione, ma da una speciale interpretazione restrittiva del medesimo, non giustificabile nè logicamente, nè in base al suo principio estrinseco.



## 1.1 Rilevare, precedere<sup>509</sup>

John Stuart Mill sosteneva che non vi fosse alcuna differenza intrinseca fra analogia ed induzione. Più nel dettaglio, la teoria di Mill in proposito era posta in questi termini: la portata dell'analogia, così come quella dell'induzione, è concentrata nel numero statisticamente significativo degli elementi che sono "induced over" oppure "analogized". Una ricostruzione simile oggi può servire come punto di partenza da confutare per sostenere il peso che va attribuito alla *rilevanza* come criterio orientativo che gioca un ruolo fondamentale nel funzionamento dei dispositivi che compingono il campo analogico. In effetti, né la presenza di elementi simili, né il numero delle somiglianze fra gli oggetti possono essere sufficienti a fare di un argomento un processo di ragionamento vincolante per il giudice. Il ventaglio delle possibilità fra similitudini e differenze è tale e tanto complesso (richiamando Goethe, ogni esistente è analogo di tutto ciò che esiste, cfr. cap. VII, par. III), i livelli della comparazione, le categorie da confrontare sono così variabili sia a livello quantitativo che qualitativo, che si converge nel ritenere la *rilevanza* ("relevance" in Common Law) il criterio essenziale su cui si fonda la preferenza di una *linea analogica* rispetto alle altre, che non deve muovere dalla pura somiglianza, ma dalla somiglianza *rilevante*.<sup>510</sup> Allo stesso modo della somiglianza, anche la *rilevanza* è

---

<sup>509</sup> S. Brewer [*Exemplary Reasoning: Semantics, Pragmatics, and the Rational Force of Legal Argument by Analogy*, 109 Harvard Law Review 923 (1996)] ha ritenuto che l'analogia in *Common Law* è familiare, seppur in misura ridotta, anche nei casi che rientrano nella categoria degli "statutory" e "constitutional" cases. Ad esempio, in *California v. Carney*, la Corte Suprema degli Stati Uniti si è trovata a dover decidere se, per valutare la compatibilità del "warrant requirement" del *Fourth Amendment*, un camper parcheggiato sulla strada fosse legato da una somiglianza rilevante con un'abitazione, o piuttosto con un'automobile, poichè l'obbligatorietà di un mandato per effettuare "searches and seizures" è prevista per il primo caso, ma non per il secondo. In questa sezione ci concentriamo esclusivamente sul rapporto fra analogia e precedente perché è questa la peculiarità dei sistemi di *Common Law* che si vuole mettere in evidenza in rapporto alla tradizione di *Civi Law*. Il tema del precedente è talmente vasto e complesso che meriterebbe una trattazione apposita e uno spazio decisamente maggiore di quello che, per il momento, viene ad esso riservato da questa ricerca. La letteratura è tale da non permettere di arginare un tema così importante ad un mero paragrafo, per cui questo è stato volutamente soltanto accennato nel corso del lavoro e viene qui solo tangenzialmente citato in rapporto al tema centrale della tesi. Questa carenza, e la consapevolezza della stessa, sono uno stimolo a proseguire nella ricerca per approfondire questo, così come molti altri dei temi affrontati ma soltanto marginalmente da questo lavoro.

<sup>510</sup> Etimologicamente è un termine derivante dal latino "relevare" composto di "ri", di nuovo, ancora, talora significa un'azione intensiva, e "levare", ossia alzare, tirare su, alleggerire. Rialzare, fare sporgere verso l'esterno. Significa genericamente "importare" per cui è rilevante ciò che emerge è ciò che importa; ciò che rileva è dunque l'aspetto, l'attributo o l'elemento che,

un concetto di difficilissima definizione; infatti, si tratta di descriverlo sempre in relazione al contesto di riferimento, per cui, caso dopo caso, vi sono declinazioni differenti del criterio, che viene ridefinito dalle esigenze, costituendo un modo di selezione della somiglianza piuttosto che un vero e proprio criterio discrezionale per stabilire cosa sia simile o cosa non lo sia. La rilevanza costituisce anche un tema in cui le due tradizioni di Common Law e Civil Law e le rispettive dottrine convergono, essendo sempre citato come fulcro centrale del pensare analogico, comune a tutte le sue forme. In sostanza, la rilevanza consente di comprendere se e come *precedent* e analogia siano legati, e a questo proposito è molto interessante che si sia parlato di “*precedential analogies*”.<sup>511</sup>

Un altro campo in cui il criterio della rilevanza (delle somiglianze) serve ad effettuare la comparazione fra casi esemplari è l’ambito della cosiddetta “*equal protection*”. All’interno di un sistema complesso come un ordinamento normativo, è naturale che i casi che potrebbero risultare “*alike*” o “*unlike*”- ovvero “*similarly*” o “*dissimilarly circumstanced*” sono praticamente infiniti. Il

---

essendo più visibile ed evidente, è in questo modo anche quello che si comprende in modo più chiaro, così acquisendo importanza rispetto ad un contesto di riferimento.

<sup>511</sup> Il discorso sull’indefinibilità del concetto di relevance abbraccia molti aspetti. Ad esempio, nel trattare il ragionamento *case to case*, Edward Levi richiamava l’attenzione sull’opinione di Cardozo nel caso *MacPherson v. Buick Motor Co*, caso risalente all’inizio del XX secolo che rappresenta da sempre un paradigma dell’uso del *precedent*. Cardozo era stato chiamato a stabilire se il volante in legno di una automobile fosse da considerarsi sufficientemente pericoloso per rientrare nell’ambito delle possibilità di un’eccezione alla “*rule of privity*”, quella *rule* secondo cui soltanto una persona “*in privity of contract*” con il produttore potesse agire per danno causato da un prodotto difettoso. Se il volante fosse stato “*inherently dangerous*”, allora sarebbe rientrato nell’eccezione e il ricorrente avrebbe avuto ragione. La Corte e Cardozo avevano davanti a sé numerosi precedenti ciascuno dei quali conteneva una diversa misura dello *scope* della “*inherently dangerous exception*”, offrendo ogni precedente un’analisi sulla intrinseca pericolosità dell’oggetto. Le corti avevano negato il risarcimento secondo la *rule of privity* per la manifattura negligente di una carrozza a cavalli, di una sega circolare, di una lampada ad olio, di una caldaia, e di un saldatore; avevano invece ammesso il risarcimento secondo questa *rule* per la manifattura negligente di un distributore di caffè, di una bottiglia di shampoo, di una bottiglia di bevanda alla soda, di una bottiglia di medicinale, e di alcuni ponteggi. La *majority opinion* articolò, per poi applicarla, una regola che divenne un riferimento nell’ambito della *consumer protection law*, secondo la quale un’automobile fatiscente può essere un oggetto intrinsecamente pericoloso e può esserlo di diritto e che, dunque, la responsabilità del produttore andava estesa oltre la *contractual privity*. La descrizione dei limiti di applicabilità di una *rule* verte, nell’argomento dell’organo decidente, sulla valutazione del criterio della rilevanza degli interessi: aspettativa dell’acquirente, definizione del pericolo rispetto al contesto operativo dell’oggetto della vendita (automobile, in questo caso), comparazione con eventuali casi già noti, per citare soltanto alcuni fra i fattori determinanti. ‘Rilevante’ diventa dunque un termine il cui contenuto varia al variare delle politiche del diritto e delle circostanze del caso, e la cui descrizione dipende dall’analisi della compatibilità fra modelli che presentano elementi di disomogeneità, insieme con il lavoro di adattamento delle differenze attraverso dinamiche comparative.

principio *equal protection* risulta dunque di per sé non sufficiente a giustificare un ragionamento, se non viene supportato da argomenti su quale *tipo* di *similarity* o *dissimilarity* sia decisivo per la questione specifica; argomenti che, nel caso più frequente, permettono di distinguere chi e cosa sia realmente “*similarly situated*” e debba dunque essere trattato equamente. Anche per stabilire cosa sia simile e in che modo lo sia, il diritto si affida all’effetto paradigmatico del rimando ad un contesto terzo, in cui i rapporti di somiglianza possono essere ponderati e valutati rispetto al caso. Un altro criterio che riproduce questa logica è quello dell’*ejusdem generis*”, secondo il quale data una serie di termini descritti in modo specifico seguiti da altri termini a contenuto più generico, si deve procedere indagando sui secondi come se appartenessero allo stesso *genus* dei primi, secondo la solita dinamica del campo analogico che dal noto definisce e conosce l’ignoto, e anche secondo una ricomprensione della specie nel genere.<sup>512</sup> Per stabilire quale genere sia lo stesso genere, si deve ancora una volta ripiegare sulla valutazione della rilevanza che precede l’affermazione di una compatibilità fra due dimensioni disomogenee, perché il genere è lo stesso *rispetto* a qualcosa.

## 2. La forza dell’esempio: fra essere e dover essere

Per comprendere la forza dell’esempio si deve analizzare il rapporto fra l’esempio e la normatività giuridica. L’esemplarità è un carattere che permette ad un elemento di un ordine di collocarsi fra essere e dover essere: l’analogia e l’esempio dimostrano che, fra la descrizione e la prescrizione, *tertium datur*:<sup>513</sup> l’esempio si pone fra la forza di ciò che esiste, che è nel mondo (le cose) e la forza di ciò che deve essere (le norme): proprio all’intersezione fra queste due

---

<sup>512</sup> In *Osborn v. Wilson & Co* il giudice tracciò il quadro semantico in cui generalmente operano i concetti di “*generality*” e “*specificity*” nella descrizione della “*rule of construction expressed in the maxim ‘ejusdem generis’*”: “*when general words follow specific words, and the latter are not exhaustive of their class, the comprehensive words are restricted to a sense analogous to that of particular word*”.

<sup>513</sup> A. Ferrara osserva a riguardo che “(...) la visione dicotomica di un mondo diviso tra ‘fatti’ e ‘valori’, ‘fatti’ e ‘norme’, *Sein* e *Sollen*, ‘is’ e ‘ought’, resoconti descrittivi e valutazioni normative, in modo fuorviante ci ha condotto a trascurare la specifica forza e rilevanza di ciò che è esemplare: ovvero, di identità materiali o simboliche, le quali sono come dovrebbero essere, atomi di riconciliazione in cui ‘essere’ e ‘dover essere’ si fondono e, come effetto, liberano un’energia che attiva la nostra immaginazione.”; così in *La forza dell’esempio. Il paradigma del giudizio*, Milano, Feltrinelli (2008), p. 11.

dimensioni, l'esempio è *come dovrebbe essere*, includendo in una sola parte i caratteri rilevanti del tutto che è esemplificato. L'attitudine principale dell'esempio consiste nel collocarsi *tra*, nello svolgere la funzione di connessione fra qualcosa e qualcos'altro: parte e tutto, specie e genere, essere e dover essere. Proprio come per l'analogia, la relazionalità è per l'esempio un carattere letteralmente fondamentale (nel senso anche di "fondativo"): l'analogica esiste perché trovando dei punti di connessione rilevanti si possono colmare delle lacune all'interno di un ordinamento, e l'esempio esiste perché può risultare utile - a diversi livelli, argomentativo, cognitivo, normativo - il riferimento ad un singolo elemento per racchiudervi una narrazione. Proprio per questa sua capacità di stare *tra*, l'esempio può anche collocarsi fra il noto e l'ignoto, o fra qualcosa di cui siamo già consapevoli e qualcosa di nuovo. D'altro canto, esistono diversi modi di essere esemplare, e infatti "anche l'esemplarità di manifesta in due modalità distinte. Talvolta ciò che è esemplare incorpora e riflette una normatività di cui siamo già consapevoli; sappiamo già di che cosa l'esempio è un esempio. (...) Altre volte, tuttavia, l'esemplarità è così pura e innovativa che dapprima ne abbiamo solo una vaga sensazione, grazie al rifarci ad analogie con esperienze passate, e solo in seguito riusciamo a identificare quel momento normativo così potentemente riflesso nell'oggetto o nell'azione che abbiamo di fronte".<sup>514</sup>

L'esemplarità, come tema filosofico, ha conosciuto nella *Critica del giudizio* il suo momento di maggiore profondità teorica, e infatti è proprio da Kant che conviene ripartire per approfondire l'attitudine dell'esempio a comportarsi come medio fra dimensioni differenti (attitudine che abbiamo definito, semplificandola, dello "*stare tra*"). Il paradigma del giudizio kantiano stabilisce un passaggio dalle forme descrittive alle forme prescrittive, introducendo un modello di normatività fondata sull'essere per qualche ragione *speciale* (dell'*ex-emplum*) rispetto ad un genere che viene mostrato attraverso l'esempio. Introdotto nel campo dell'estetica, il paradigma del giudizio riflettente kantiano ha un potenziale che gli permette di essere agevolmente esportato, come modello di normatività, oltre il dominio dell'estetica a cui naturalmente appartiene; nel contrapporsi, come a breve si dirà, al giudizio determinante, il giudizio riflettente (fondato sull'esempio, e

---

<sup>514</sup> Così A. Ferrara, Op. cit. (2008), p. 19.

anche definito “giudizio analogico”) definisce una concezione non fondazionalista della validità: se il giudizio determinante è fondato su una logica deduttiva per cui il particolare è sempre ricompreso nell’universale (una legge o principio), il giudizio riflettente si applica ai casi in cui manca l’universale per la ricomprensione, e va ricostruito dal particolare. Questo paragrafo è dedicato all’analisi della validità esemplare come validità tipica del campo analogico, un’idea di validità normativa che possiede una rilevanza che va al di là dell’ambito estetico, a cui la tradizione filosofica l’ha per secoli confinata, e che fornisce invece qui un modello coerente di spiegazione della validità del pensiero analogico che si manifesta proprio sotto forma di esemplarità.

E’ stato correttamente osservato che “il giudizio riflettente (...) costituisce non tanto una specifica dottrina ma piuttosto un modello di validità il quale, attraverso la nozione di validità esemplare - la validità esemplare come predicato, originario anche se certamente non esclusivo, dall’opera d’arte - ci mette in grado di coniugare insieme quello che nessuna dottrina filosofica contemporanea sembra in grado di riconciliare pienamente: l’universalismo e il pluralismo”.<sup>515</sup> Il giudizio riflettente consiste nel concepire il particolare come incluso nell’universale, mentre il giudizio determinante si caratterizza al contrario per essere fondato sulla premessa che chiunque può giungere alle medesime conclusioni se fornito delle stesse premesse e se il suo ragionamento non è distorto. Il giudizio riflettente è invece un genere di giudizio in cui è dato il particolare, e per questo particolare la facoltà trascendentale del giudizio deve trovare un universale. E’ per questa forma tutta peculiare di ricerca dell’universale che fa coincidere il giudizio riflettente col giudizio analogico: com’è stato giustamente osservato, “(...) il giudizio riflettente è il modello di default per pensare la validità quando o la natura stessa della domanda sollevata, o la pluralità culturale dei modi di porla, ovvero la distanza temporale e storica, o qualsiasi altra ragione ci pongano in una situazione in cui non si dia un ‘universale’ nettamente individuabile e generalmente accettato a cui ricorrere per rispondere o per valutare le risposte disponibili”.<sup>516</sup>

---

<sup>515</sup> Così A. Ferrara, Op. cit. (2008), p. 37.

<sup>516</sup> A. Ferrara, Op. cit. (2008), p. 39.

Il problema teorico fondamentale che coinvolge il giudizio riflettente è il medesimo che interessa l'uso dell'analogia nel diritto, ovvero il seguente: come è possibile immaginare una teoria o una norma che, nata in un contesto determinato per rispondere ad esigenze determinate, possa proiettare la propria validità oltre quel contesto? Se, per un verso, la concezione più classica e ordinaria della deduttività risponde a questo interrogativo in virtù di leggi o principi generali, per cui la costituzione trascendentale del sapere e del soggetto non si origina nel particolare (e per questo è in grado di sussumere e includere molti contesti particolare), per un altro verso con la *Critica del Giudizio* Kant sostituisce la normatività deduttiva del giudizio determinante con la normatività dell'esempio.<sup>517</sup> Una normatività tutta peculiare, costruita intorno al fatto che l'esempio può ottenere validità ed esercitare cogenza *oltre* il proprio contesto (è in grado, come è stato detto, di mostrare *oltre, paradigmaticamente*) - grazie ad una relazione eccezionale con la soggettività, individuale, che l'ha posta in essere. Quella dell'esempio è una normatività che non si fonda sulla deduttività propria del giudizio determinante, ma è piuttosto ancorata ad un'idea di autenticità rispetto ad un modello, che di volta in volta può essere ridefinita in ragione delle esigenze. L'esempio ha dunque una normatività fondata sulla propria capacità di bilanciare la parte e il tutto in un solo elemento, e questa proprietà della moderazione è centrale in tutti i meccanismi dell'ana-logica, come si è finora affermato e come più avanti verrà ancora confermato.

A differenza della pregnanza di una legge o di un principio, la pregnanza dell'esempio è autoreferenziale e non richiede di essere tradotta o interpretata, poiché essa integra l'essere e il dover essere in un solo elemento, dunque normatività e universalismo sono compresenti nel giudizio riflettente: "l'idea che la normatività possa emanare tanto dalla forza ispiratrice dell'esempio quanto dal potere sussuntivo di leggi e principi può trovare applicazione virtualmente in qualsiasi campo oltre l'estetica".<sup>518</sup> D'altra parte, come si è detto, sebbene la terza critica nasca come trattato di estetica, il paradigma del giudizio che essa inaugura è un approccio metodologico che si estende ben oltre il territorio dell'estetica, e, come correttamente suggerito

---

<sup>517</sup> Al tema della normatività dell'esempio è dedicato il prossimo paragrafo.

<sup>518</sup> A. Ferrara, *Ibidem*, p. 41.

anche da Melandri, è incardinato nel pensiero analogico in ogni sua dimensione. Dunque, aggiungiamo noi, anche nel discorso giuridico dove l'analogia occupa uno spazio di rilevanza diffuso e considerevole, trovandosi spesso declinata anche in termini di "precedente", "standard", "modello", "tipo". Dunque, questa ubiquità del principio di esemplarità conferma il fatto che la normatività possa emanare tanto da una legge scritta quanto da un esempio, e trova applicazione in molti altri campi poiché il paradigma del giudizio esemplare si fonda su una forma di autoreferenza che troviamo tanto nell'estetica quanto in altri discorsi (politico, giuridico, antropologico, ad esempio),<sup>519</sup> il cui carattere principale è quello di mettere in movimento l'immaginazione, sia essa estetica, politica o giuridica. In tutti quei discorsi in cui si avverte fortemente l'esigenza di mediare fra il persistere nell'intendere la validità universalisticamente e l'inevitabile necessità di assumere posizioni relativistiche, la categoria del giudizio riflettente offre un'occasione per esportare l'universalismo dell'esempio (che integra queste due alternative) al di là dell'estetica.

Il giudizio riflettente implica un problema ulteriore: come diventa esemplare un caso, e non un altro? Ovvero: posto che la grande novità del giudizio riflettente rispetto al giudizio determinante consiste nel fatto che la normatività è interpretata attraverso un elemento particolare, mentre generalmente alla normatività si associa l'idea di una definizione generale ed astratta, in che modo il singolo elemento di un ordine può essere "elevato" a norma? In che modo, in altri termini, si può trovare il dover essere nell'essere? Secondo alcuni, questo procedimento può verificarsi soltanto dove esista un *sensus communis* - una sorta di mondo condiviso, o un insieme di nozioni che

---

<sup>519</sup> Come ha correttamente osservato Alessandro Ferrara, "(...) l'esemplarità di un'istituzione politica, di un elemento costituzionale essenziale, di un movimento collettivo consiste, non meno che l'esemplarità di un'opera d'arte, nella sua capacità di mettere in movimento l'immaginazione *politica*, grazie alla sua eccezionale autocongruenza". Aggiunge ancora Ferrara che "diversamente da quanto suggerito da Arendt nella sua interpretazione di Kant (...), in politica non meno che in arte ciò che è esemplare orienta ed esercita normatività al di fuori del suo contesto di origine *non* al modo in cui tale funzione è esercitata dagli *schemi*, ossia fornendo precedenti a cui assimilare il caso attuale, ma al modo in cui è svolta dalle opere d'arte, ossia fornendo incarnazioni sensibili di un'autocongruenza eccezionale, autentica, le quali affinano il nostro discernimento tramite l'esporsi a esperienze concrete di quello speciale piacere che Kant chiamava *Beförderung des Leben*, ovvero 'agevolazione', arricchimento, espansione, affermazione della vita"; così Ferrara, *La forza dell'esempio* (2008), p. 41.42.

costituiscono una forma di conoscenza condivisa all'interno di una comunità.<sup>520</sup> Il *sensus communis* è "un genere di conoscenza che costituisce un dominio pubblico non soltanto di fatto accessibile a tutti, ma *conosciuto* come tale".<sup>521</sup> Non è questa la sede per addentrarsi nella ricchissima e complessa teoria kantiana sul rapporto fra *sensus communis* (*gemeine Verstand*) e conoscenza; ciononostante, un breve accenno all'aspetto specifico del ruolo della rappresentazione nel processo cognitivo permette di chiarire il ruolo giocato dal *sensus communis* nella costruzione della rilevanza di un esempio, e al tempo stesso funziona da raccordo con quanto già detto a proposito dell'accordo intersoggettivo (Carnap, Severino) in relazione alla costruzione logica del mondo.

Il funzionamento del giudizio estetico (da intendere anche come giudizio riflettente o analogico) è ricostruito così: quando si entra in contatto con un oggetto, la sfera sensoriale attiva l'immaginazione e questa trasforma il contatto sensoriale avvenuto con il "molteplice" (*Mannfaltig*) in una rappresentazione. Si verifica così la creazione di una rappresentazione, che avviene per mezzo della facoltà dell'immaginazione - propria dell'intelletto - la quale fornisce gli strumenti per comporre la sintesi del molteplice, ovvero la dimensione empirica della conoscenza, in una rappresentazione astratta e per questo conoscibile attraverso l'intelletto e non attraverso l'esperienza. Il molteplice, che è il luogo in cui si origina la conoscenza sensibile, rinvia a sua volta all'immaginazione, dove gli oggetti vengono "raffinati" sotto forma di rappresentazioni. Per cui la molteplicità della realtà, con cui si viene in contatto attraverso i sensi, è relazionale con la dimensione rappresentativa di questa esperienza sensoriale, che è invece più oggettivabile.<sup>522</sup>

La forza dell'esemplarità è una forza autentica, la cui validità è direttamente collegata alla sua autenticità, e non all'essere riconducibile ad una legge universale - in questo l'esempio si discosta dal giudizio determinante. La forza dell'esempio sta nel mostrare che, fra universale e relativo, il terzo esiste (*tertium datur*): esiste una possibilità terza, e non meramente procedurale, fra

---

<sup>520</sup> A. Ferrara la definisce "una conoscenza la cui validità è data per scontata da tutti i membri della società", Op. cit. (2008), p. 44.

<sup>521</sup> A. Ferrara, Op. cit. (2008), p. 44-45.

<sup>522</sup> Cfr. a questo proposito il paragrafo intitolato "la costruzione ana-logica" del mondo, cap. VII, par. IV.



l'universalismo di principio e la ricostruzione di strutture di significato localmente vigenti.

### **3. Esempiare, normativo: archeologia di un legame**

In cosa consiste, concretamente, il carattere polisemico dell'esemplarità? Per rispondere si deve prima di tutto partire da una spiegazione del carattere normativo dell'esempio che come poc'anzi si è detto è contenuto dall'esemplare stesso che presenta un carattere descrittivo. Il carattere polisemico consiste dunque nella compresenza dei livelli descrittivo e prescrittivo in un solo esemplare, ma è comunque utile scavare più a fondo, perché da questa intuitiva anticipazione il discorso può essere sviluppato ulteriormente, e proprio ciò si tenterà di fare nei prossimi paragrafi ricostruendo la complementarità dei piani argomentativo, cognitivo e normativo nel tema dell'esempio. In particolare a proposito del piano normativo si tratterà di spiegarne i caratteri in rapporto alla possibilità di governare attraverso l'esempio, per cui la normatività sarà affrontata nella prospettiva del governo per mezzo dell'esempio, quindi di una governamentalità fondata sull'inclusione fra essere e dovere essere e fra particolare e universale, che come abbiamo visto sono alcuni dei caratteri essenziali dell'esempio.

Lo studio della categoria della normatività, in particolare in rapporto alla descrizione dei modi di governo in una prospettiva storica, richiede un approccio comprensivo, da un lato, dell'attenzione per la ricerca storica a partire dalle pratiche emergenti dalla casistica, e dall'altro di una predisposizione alla riflessione filosofica sull'esempio come categoria dell'agire pratico e della governamentalità. Dall'intersezione fra queste due dimensioni, quella dei casi e quella teorica di speculazione sulle questioni rilevanti per i casi, si sono costruiti, fra continuità e discontinuità storiche, linguaggi, forme e procedure della normatività giuridica e dei modi di governo. Uno spunto per la riflessione è offerto da un caso riportato dal teologo Jean Gerson (1363-1429), ed è costituito dall'istituto della visita pastorale come dispositivo che incarna il problema teorico del governare non più attraverso una legge scritta, ma per mezzo dell'autorità del pastore, in un percorso di differenziazione delle procedure di governo che dalla logica tipica della legge scritta si sono aperte

all'efficacia dell'esempio e al suo utilizzo nell'evoluzione della razionalità amministrativa. Già conviene anticipare che l'attenzione non sarà focalizzata sulla struttura della governamentalità, tema già ampiamente e diffusamente discusso,<sup>523</sup> ma sull'intersezione fra i diversi piani che vengono a contatto quando si studia il tema dell'esemplarità. Se si utilizza lo studio del caso come pretesto per la scoperta delle narrazioni retrostanti la coppia esemplare/normativo, il focus viene rapidamente a scivolare dal piano politico dei modi di governo a quello retorico dell'argomentazione attraverso l'uso dell'*exemplum*, passando per alcuni aspetti della cognitività che proprio nella "forza" dell'esempio vedono incardinata la loro efficacia. *Governare* con l'esempio è dunque un discorso inscindibile dall'*argomentare* con l'esempio e dal *conoscere* attraverso l'esempio. Tutti questi meccanismi sono peraltro accomunati da una natura euristica e quasi-logica: la *phrônesis* aristotelica ed il ricorso all'*epikeia* vanno lette in relazione alla natura euristica ed entimematica delle tecniche argomentative formulate attraverso l'esempio; parallelamente figure come quella del pastore o del maestro, in questo senso altrettanto "esemplare" – rappresentano la misura su cui costruire veri e propri saperi. La divaricazione dei livelli, essenzialmente tre, è funzionale al loro sviluppo trasversale, per cui la separazione non va slegata dall'intersezione, e quest'ultima va considerata come l'interazione fra le differenze.

Ripercorrendo il tema della scrittura della legge e sul suo sdoppiamento fra *ratio scripta* e *lex animata*, si possono riaprire, in primo luogo, le questioni che riguardano le declinazioni della normatività sotto forme e in dimensioni disomogenee, insieme al problema, fondamentale anche nel discorso filosofico, delle forme della razionalità fra logica ed agire pratico. Proprio a partire da quest'ultimo aspetto si può osservare una connessione, ampiamente discussa nella tradizione filosofica classica già a partire da Aristotele, fra l'esemplarità e la sua autorità.<sup>524</sup>

---

<sup>523</sup> Fra tutti, M. Foucault, *Sicurezza, territorio, popolazione* [trad. italiana a cura di Paolo Napoli, *Sécurité, territoire, population. Cours au Collège de France (1977-78)*, Paris: Gallimard/Seuil (Collection « Hautes Études »)], Milano, Feltrinelli (2005).

<sup>524</sup> Il rapporto fra il diritto e la vita ha conosciuto dinamiche di avvicinamento e allontanamento, di rappresentazioni: "l'idea di un *nomos basilèus* si presenta come *nomos*, prima che *basilèus*, dotato di anima (*èmpsychos*), capace di agire, di aver vita: è solo per paradosso, poi, che l'idea dell'anima venga indicata col meccanismo dell'incorporazione". Cfr. E. Resta, *Diritto vivente*, Roma-Bari, Laterza (2008), p. 3.

Gerson, nel *Sermo de officio pastoris* (1408), spiegando in cosa consistono la funzione del pastore e l'istituto della visita pastorale, permette di comprendere la questione dell'impotenza strutturale della legge di fronte alla necessità di governare l'infinità dei casi, i quali proliferano con l'evolversi delle richieste di gestione ed amministrazione già durante il Medioevo, per accrescersi in maniera esponenziale con il passaggio alla modernità. I casi richiedono, nel loro moltiplicarsi, rimedi rapidi ed appropriati, ma al tempo stesso richiedono di agire all'interno di meccanismi logici che sono quelli tipici della *phrônesis* aristotelica, dispositivi prudenziali generati dalla *epikeia* in cui l'esemplarità diviene una dimensione più immediata ed efficace per governare l'estremo – inteso come l'imprevisto (*événement*) dell'ordinamento. La razionalità pratica interviene, appunto, negli slittamenti semantici che storicamente hanno definito il tema della governamentalità, per regolare il carattere imprevedibile delle situazioni di fatto: la proceduralizzazione della visita pastorale rappresenta una soglia di ampliamento del paradigma della normatività, che subisce una differenziazione interna, legittimata dal valore autoritativo attribuito alla figura "viva" della legge, incarnata dal pastore.

Questo caso va letto in una chiave adeguata alla sua complessità, comprensiva perciò anzitutto della natura polisemica che il termine ha assunto dalla sua comparsa in avanti.<sup>525</sup> La questione della governamentalità riguarda una sfera che va ben al di là della mera amministrazione; come ha sottolineato Michel Foucault, "si governano persone, individui o collettività", ma "innanzitutto e fondamentalmente, si governano gli uomini".<sup>526</sup> Prima di acquisire la valenza semantica tipicamente politica, a cui generalmente viene oggi associata l'idea di "governo",<sup>527</sup> quest'ultima ha per lunghissimo tempo ricoperto un campo di significato ben più ampio, indicando anche meccanismi di cura per gli individui, secondo modalità a volte anche notevolmente disomogenee: la salvezza da procurare attraverso l'esercizio del comando, che poteva riferirsi allo spazio, al movimento, all'alimentazione, secondo una dinamica prescrittiva premurosa e continua. Se si concentra l'attenzione sulla

---

<sup>525</sup> Il termine 'governare' contiene la radice del greco *κυβερνάω* – «governo», «dirigo», «guido», «reggo»; verosimilmente si tratta di una derivazione dal sanscrito *kubara*, «timone» [cfr. L. Rocci, *Vocabolario Greco-Italiano*, Società Ed. «Dante Alighieri», 1998].

<sup>526</sup> M. Foucault, *Sicurezza, popolazione, territorio* (trad. italiana a cura di Paolo Napoli), Milano, Feltrinelli, p. 98 ss.

<sup>527</sup> Acquisita a partire dal XVI secolo.

visita pastorale e sulla figura del pastorato nel suo complesso, l'attitudine a governare gli uomini e non semplicemente un territorio risulta ancora più evidente: "il potere del pastore non si esercita su un territorio, ma per definizione su un gregge e, più esattamente, sul gregge che si sposta da un luogo all'altro. Il potere del pastore si esercita essenzialmente su una molteplicità in movimento".<sup>528</sup> Proprio perché, d'altronde, il governo di una comunità nella sua disomogeneità costitutiva risulta complesso se affidato esclusivamente al "dire" della parola scritta, il "fare" della legge animata ed incorporata dal pastore integra e talvolta sostituisce la *ratio scripta*. Lo fa, come si è anticipato, attraverso tutta una serie di operazioni: ad esempio, quando la legge "escarnata" in un corpo materiale (generalmente un testo scritto) viene sostituita dalla legge "incarnata" nella figura che incorpora l'autorità e la agisce attraverso la pratica della visita pastorale, che viene introdotta nella sfera delle razionalità normative modificando di fatto profondamente i modi di governo delle collettività.<sup>529</sup> La dimensione prudenziale dell'esemplarità, attraverso questa pratica, sviluppa durante il Medioevo il suo potenziale normativo, mostrando come il discorso giuridico consista di continui adattamenti delle forme di razionalità alla realtà da ordinare, governare, amministrare. Il livello della validità e quello dell'efficacia giuridica conoscono nella forma esemplare un interessante contatto, che per molti versi corrisponde quasi ad una fusione: nella semiologia variegata del pastore (ma si potrebbe fare un discorso analogo per il maestro), fatta di gesti, posture, abiti liturgici, simboli,<sup>530</sup> viene a descriversi una dimensione comunicativa forte del proprio dinamismo, nella quale la ragione del gesto ricalca, riproduce e sostituisce la ragione del testo. Come descritto da Gerson nel suo *Sermo de officio pastoris* del 1408, la funzione pastorale si sviluppa su tre linee principali: "*Pasce verbo, pasce exemplo, pasce subsidio; pasce verbo praedicationis doctae, pasce exemplo conversationis sanctae, pasce subsidio caritatis piae*".<sup>531</sup> La proceduralizzazione della visita costituisce il paradigma della complessificazione della normatività, la quale - attraverso i modi (plurali) di governo, fra la voce e i gesti, fra la parola e la regola agita e

<sup>528</sup> M. Foucault, *ibidem*, p. 100.

<sup>529</sup> P. Napoli, *Ratio scripta e lex animata: Jean Gerson et la visite pastorale*, in *L'écriture des Juristes* (XVIe-XVIIIe siècle), Etudes réunies par Laurence Giavarini, Paris, Garnier, 2010, p. 132.

<sup>530</sup> P. Napoli, *ibidem*, p. 141.

<sup>531</sup> *Ceuvres, V, Sermo de officio pastoris*, p. 125.

formulata oralmente -, si va declinando sotto forme e dimensioni che si incrementano al crescere del carattere imprevedibile dei casi (della loro, letterale, stra-ordinarietà). L'istituto del pastorato, e la visita come sua epifania concretizzata nelle dinamiche dell'esemplarità che analizzeremo nel dettaglio, sono da intendersi in relazione tanto alla *salvezza* delle anime, quanto alla dimensione normativa come *legge* incarnata, così come pure nel senso di una forma di produzione della *verità*. Le tre dimensioni, salvezza, legge e verità, vanno tenute insieme.<sup>532</sup> L'intersezione fra i piani del discorso è il punto di contatto originario fra l'esempio e il suo potenziale normativo: nel Medioevo il sapere è ancora, sotto certi aspetti, interiorizzato rispetto al "sapiente" (pastore, maestro, guida, o modello), qualunque sia la posizione occupata da quest'ultimo nel processo della conoscenza. Al contrario di ciò che accade nella condizione "postmoderna", alla collettività medievale governata dal pastore è ancora applicabile il principio per cui l'acquisizione del sapere è inscindibile dalla formazione dello spirito, (*Bildung*), così come della personalità individuale.<sup>533</sup>

Eppure un elemento di continuità è riscontrabile anche in questa considerazione in negativo rispetto al postmoderno: l'euristica dell'esempio come strategia di governo e trasmissione del sapere nel caso della visita pastorale rimanda alla dicotomia che contrappone sapere scientifico e sapere narrativo in epoche di accelerazione della dimensione cognitiva. L'elemento comune è la reciprocità: fra fedeli e pastore, fra allievi e maestro, fra legge scritta e legge incarnata, fra dire e fare; in questo senso il potenziale pragmatico del linguaggio è tanto nella direzione che dal dire muta nel fare ("quando dire è fare", come nei giochi linguistici), quanto nella direzione opposta. Il pastore

---

<sup>532</sup> Foucault ritiene che il pastorato nella sua definizione generale e astratta debba essere compreso "in rapporto con tre cose: [in primo luogo] con la salvezza, dato che il suo obiettivo principale è guidare gli individui, aiutarli ad avanzare e a progredire sulla via della salvezza. Questo vale sia per i singoli sia per la comunità. Il pastorato ha poi un rapporto con la legge, deve vigilare affinché gli individui e le comunità si sottomettano realmente agli ordini, ai comandi e alla volontà di Dio, condizione essenziale per raggiungere la salvezza. Infine, il pastorato ha un rapporto con la verità: nel cristianesimo, come in tutte le religioni basate sulla scrittura, si raggiunge la salvezza e ci si sottomette alla legge a condizione di accettare, credere e professare una certa verità. Rapporto con la salvezza, con la legge e con la verità. Il pastore conduce verso la salvezza, prescrive la legge, insegna la verità." (*Ibidem*, p. 126). Non solo, ma per Foucault il pastore non si deve limitare all'insegnamento della verità, ma deve anche dirigere la coscienza.

<sup>533</sup> Cfr. Jean-François Lyotard, *La condizione postmoderna: Rapporto sul sapere* (trad. italiana di Carlo Formenti, *La condition postmoderne*, Parigi, Minuit, 1979), Milano, Feltrinelli, 2012, p. 12.

dice facendo, e fa dicendo: la performatività si condensa dunque nell'elemento di relazionalità.<sup>534</sup>

L'esperienza religiosa rappresenta pure, nel caso paradigmatico riportato da Gerson, la dimensione del comprendere, incarnando il gesto del pastore tanto l'espressione di una proposizione intellettuale, dove prevale l'aspetto argomentativo dell'esempio, quanto il messaggio di una proposizione speculativa, in cui invece prevale la comprensione: qui si apre la comunicazione fra dimensione estetica e dimensione ermeneutica del discorso. Attraverso il gesto del pastore durante la visita, l'universale è introdotto per mezzo dell'esperienza (*Erfahrung*) del modello; le categorie del pensiero astratto vengono riconosciute attraverso la vita dell'effettualità.<sup>535</sup> La figura del pastore è dunque anche un catalizzatore del processo di realizzazione degli individui che compongono la collettività cui la visita si rivolge, poiché concretamente realizza la conciliazione della realtà effettuale con il suo senso, che è appunto "mostrato", paradigmaticamente, dal tipo. Quest'ultimo nella figura del pastore presenta alla dimensione visibile ciò che sarebbe normalmente trascendente, conferendo all'invisibilità del messaggio un'esemplarità sensibile tanto alla vista (abiti, oggetti simbolici, movenze, posture) quanto all'udito (voce, tono). L'esperienza religiosa della visita pastorale introduce un veicolo per la comprensione di un messaggio, tracciando il rapporto fra fede e secolarizzazione della tradizione religiosa, fra principio intellegibile ed esistenza effettiva.<sup>536</sup> La visita diviene un'esperienza religiosa in quanto basata su un'esperienza estetica nel senso più completo del termine, coniugando il carattere "presentificante" tipico della tradizione religiosa con la narrazione sotto forma di esperienza. Niente di più chiaro, in questo senso, dell'esemplarità della vita del Cristo, paradigmatica per eccellenza e prototipo del metodo agiografico,<sup>537</sup> in cui si incarna il modello di un *positum* che realizza

---

<sup>534</sup> Sempre in Lyotard la capacità dimostrativa del fare (e del suo "dire") si rispecchia anche nella legittimazione del sapere per paralogia.

<sup>535</sup> L. Bagetto, *L'argomentazione esemplare nella tradizione religiosa*, in *Filosofia '94* Roma-Bari, Laterza, 1994, pp. 123-144.

<sup>536</sup> Bagetto, *ibidem*, p. 133.

<sup>537</sup> L'agiografia va intesa in questo contesto non soltanto come genere di divulgazione popolare della tradizione, ma anche come vero e proprio percorso della verità attraverso i segni particolari trasmessi ad una comunità, attraverso il rapporto ambivalente fra scrittura e parola, come ha giustamente sottolineato Michel de Certeau in *L'écriture de l'histoire*, Gallimard, 1975: il dire dello scarto, della differenza che apre le possibilità dell'esistenza rende la scrittura agiografica anche una poetica del senso. L'aspetto mistico dell'agiografia è il lato nascosto in

in sé la propria ragione, nella *dynamis* redentiva della sofferenza: l'opposizione dicotomica *positum/dynamis* riproduce, è quasi superfluo indicarlo, il discorso doppio fra legge scritta e legge viva. La doppiezza fra i due piani è funzionale alla sopravvivenza di entrambi all'insegna di un sapere tradizionale: è questa la dimensione in cui si crea il bisogno di argomentare per difendere il contenuto originario (di un ordinamento normativo, nel nostro caso), la sua legittimità, anche di fronte ad una realtà che moltiplica gli episodi impreveduti, gli eventi da ricondurre ad una *ratio* non scritta ma prudentemente narrata, narrabile, ricostruita.<sup>538</sup>

La struttura reciproca e relazionale di esemplare e normativo (nel caso del pastore, ma non soltanto) è legata inoltre all'intersezione del rapporto fra condizione autentica e condizione inautentica della vita: sebbene sia questo un tema che meriterebbe una trattazione autonoma e più densa, è bene comunque riprenderlo brevemente per arricchire questo tentativo di un'archeologia del legame fra esempio e norma della profondità storica e teorica che merita. La figura del pastore è assimilabile a quella del maestro,<sup>539</sup> il quale incarna a sua volta l'assetto di principi guida e procedure normalizzate e normalizzanti, trasmesse con l'esercizio orale e la testimonianza scritta. Il maestro e il pastore, così come tutte le figure esemplari, incarnano una logica di reduplicazione, in cui la parola del modello combacia con un ideale di razionalità peculiare (quasi-logica, para-logica, entimematica): la struttura di questa razionalità trova la propria auto-legittimazione nell'atto. E' in questo senso legittimata da un meccanismo riflessivo, governando la comunità di cui fa parte, secondo una dinamica tipica della normatività, per cui è una norma a dire come interpretare le altre norme (dunque anche se stessa, come nel caso delle disposizioni preliminari al Codice Civile del 1942, in particolare dell'art. 12).

---

ogni atto di enunciazione: la scrittura è dunque per eccellenza un meccanismo senza luogo, perché apre il presente all'assente, ricordando il passaggio dall'uno all'altro, marcando l'accento sull'assenza la rilevanza della effettività.

<sup>538</sup> Come ha ricordato Alexandre Kojève, "nel mondo non c'è posto per il nuovo; nascendo dal Niente, il nuovo può penetrare nell'Essere ed esistere solo prendendo il posto dell'Essere dato, vale a dire negandolo" (*La dialettica e l'idea della morte in Hegel*, trad. it. P. Serini, Einaudi, Torino, 1991).

<sup>539</sup> Il problema "De Magistro" ha una tradizione antichissima, che va ricostruita anzitutto a partire dalla figura di Socrate nei dialoghi platonici, fino al suo sviluppo nel dialogo Sant'Agostino. Si tratta di un tema la cui rilevanza è tale e talmente trasversale che sembra limitante il richiamo a due sole fonti, sebbene ciò sia opportuno per la focalizzazione sul tema centrale del testo.

La *lex animata* nel pastore, nella guida, nel maestro ha, come si è anticipato, non soltanto una dimensione prescrittiva, ma è capace di trasmettere una verità, un significato preesistente. Come sottolineato da Lyotard, “la legittimazione teorica non si produce più in una logica di duplicazione nel corso della quale un’asserzione viene ricondotta al modello della sua unica e possibile origine in una razionalità fondata e prestabilita, bensì nell’effettualità e performatività del suo stesso sviluppo immanente”.<sup>540</sup> Proprio come fa un paradigma, il pastore diviene norma, modello, comunicando o almeno insinuando oltre la lettera del suo gesto o della sua parola: dice oltre se stesso, rimanda ad un discorso e ad un valore che trascendono la dimensione immanente nella quale la performatività si produce. La normatività dell’esempio incarnato dal pastore, dalla guida (o dal maestro) indica oltre se stesso un valore che trascende il piano dell’immanenza della sua realizzazione così come delle sue possibilità operative. In questo senso è paradigmatico (che d’altro canto è sinonimo di “esemplare” per eccellenza): letteralmente ciò che “mostra a fianco” (*parà*, “oltre” ma anche “a fianco” e *deiknyo*, “mostrare”).

L’intreccio fra normativo, argomentativo e cognitivo è strettissimo a questo punto: nel definirsi ‘pastore’ perché si attiene ad un fenomeno e ad un messaggio originari, il modello esemplare descrive se stesso: la verità esemplare si costruisce nella parola del simbolo animato, che diviene tale per effetto di un raddoppiamento, di una duplicazione di una verità. Quest’ultima è aderente al suo senso originale di “discorso auto-rivelato”. Governando si svela una verità e contestualmente è giustificata la prescrittività del messaggio pastorale proprio grazie al disvelamento della verità stessa.

### 3.1 L’esempio come forma di generalizzazione

La normatività dell’esemplare va interpretata come necessario precipitato della sua polisemia. In altri termini, si tratta di comprendere a fondo la ragione per cui l’esempio può acquistare la valenza di una norma quando il contesto lo richiede. Si deve considerare, come già anticipato, che la normatività di un esempio procede insieme al suo potenziale argomentativo; per cui si può

---

<sup>540</sup> Questa rilettura di Lyotard è di Aldo Gargani e si trova in *La figura del maestro. Esemplarità, autenticità e inautenticità*, in *Filosofia* '94 cit., p. 17.



prescrivere perché si è convincenti e si è convincenti nella misura in cui si sta prescrivendo qualcosa attraverso l'azione. Il nesso fra esemplarità ed argomentazione fa parte, d'altronde, di un più ampio discorso che può essere descritto come "comunicazione asimmetrica": è nel dialogo fra il pastore e i fedeli (così come in quello fra il maestro e i discepoli) che può compiersi l'interpretazione di un messaggio come forma di conoscenza da parte di individui (ecco qui che ritorna il terzo aspetto evidenziato innanzi, quello cognitivo).<sup>541</sup> Nel quadro della comunicazione asimmetrica il pastore agisce esercitando sulla comunità la trasmissione di un messaggio tradizionale, e facendo questo è legittimato, per estensione, ad amministrare, ad ordinare, a controllare – in una parola, a governare. Sempre all'interno di questa dinamica comunicativa *sui generis*, in cui la forza del messaggio gode anche della posizione di superiorità "carismatica" ed autoritativa di una figura sulle altre, si verifica la trasmissione di un sapere che è fondato tanto sul potenziale argomentativo quanto su quello normativo. Ciò che rende specificamente interessante questa pratica è pure l'esemplarità del "chi parla", elemento che finisce per essere inseparabile dalla produzione del vero; il pastore da cui si riceve un insegnamento e che incarna una norma è colui che crea la possibilità di comprendere il mondo: egli è insieme uno specchio che mostra la realtà nel suo essere e dover essere (qui il normativo), e pure il luogo di un'esistenza particolare. Il pastore, così come l'esempio in filosofia, il paradigma nella storia della scienza e nella grammatica, è l'universale ed il caso singolo in un solo momento. E' universale proprio perché il caso singolo ha quei caratteri, e comprende il suo carattere generale ed astratto pure agendo la sua specificità. Il legame profondo fra esemplare e normativo mostra dunque il carattere tutto unico del governo esercitato per mezzo dell'esempio: si governa essendo simile alla collettività ordinata. Lo scarto costitutivo fra individui e legge scritta è superato, integrato in una nuova differenza, molto più sfumata: anche il pastore è un'anima fra le anime da governare. Anche quando il pastore si presenta alla comunità come il puro portavoce di una tesi per la quale rivendica una validità universale, il suo messaggio non si separa mai completamente da lui, essendo l'esemplarità un elemento inseparabile di questo processo di trasmissione di verità. L'esemplarità è una parte inseparabile dell'approccio ermeneutico al

---

<sup>541</sup> G. Vattimo, *Introduzione a Filosofia* '94 cit.

vero:<sup>542</sup> il pastore si pone nei confronti della comunità come se ogni sua affermazione costituisse una rivendicazione di validità universale, in una dinamica che in qualche modo riproduce il meccanismo dell'*esserci* che si sceglie i suoi eroi: il concetto heideggeriano àncora la propria storicità individuale ad altre storicità individuali che si impongono ad essa come modelli ed appaiono come veri e propri elementi di destino.<sup>543</sup> La tradizione, trasmessa storicamente, spiega la potenza del classico, l'autorità della figura del maestro, e soprattutto –ciò che ci interessa particolarmente – la cogenza normativa di un esempio.<sup>544</sup>

Particolare e generale convivono nell'esemplare, che in questa corrispondenza trova la giustificazione della propria normatività: la capacità di essere norma per il tutto, pur essendo una parte del tutto stesso, è il meccanismo fondamentale di ogni ordinamento normativo, sia medievale che contemporaneo, che nell'ambiguità di questo paradosso così evidente trova la propria forma di "sopravvivenza".<sup>545</sup>

L'esempio è dunque prima di tutto uno strumento che consente di governare l'infinita possibilità dei casi per il suo potenziale generale e astratto: l'esemplare nella sua archetipicità contiene e trattiene i caratteri di un'intera categoria (o di più categorie). La sua esemplarità consiste nella capacità di trattenere i caratteri di un'essenza, e, attraverso questo meccanismo, di rappresentare un insieme di elementi i cui caratteri essenziali corrispondono. L'esemplare ha al contempo un altro carattere fondamentale: definisce le differenze della categoria esemplificata rispetto all'esterno, proprio come il paradigma di un verbo, che traccia le differenze rispetto a ciò che è normale.

---

<sup>542</sup> Come il "classico" di Gadamer in *Verità e Metodo*, che ha al suo sorgere tutta la casualità dell'invenzione poetica, la gratuità di ciò che non è previsto in alcuna legge, né da una necessità metafisica: "è più di una nozione indicante un'epoca o uno stile senza tuttavia voler essere l'idea di un valore sovrastorico" (Cfr. H.G. Gadamer, *Verità e Metodo*, trad. it. G. Vattimo, Bompiani, Milano 1983, pp. 334, prima edizione 1960).

<sup>543</sup> Cfr. M. Heidegger, *Essere e tempo* (1927), tr. It. P. Chioldi, Utet, Torino, 1968, p. 552

<sup>544</sup> Vattimo, *ibidem*, p. 10.

<sup>545</sup> Come ha giustamente notato Vattimo (*ibidem*), l'esemplarità e la sua funzione nei processi di governo delle anime e dell'amministrazione della comunità rispecchia un tema ricorrente della tradizione ebraico-cristiana. Chiedersi quanto l'esemplarità archetipica del magistero di Cristo possa valere anche per la tradizione ermeneutica significa ripercorrere dalle sue origini il legame fra ermeneutica e sapere ebraico-cristiano, di cui la vicenda dell'esemplarità rappresenta in un certo senso una "prosecuzione secolarizzata" (p.7). Il che dimostra che anche l'intuizione foucaultiana del pastorato come necessità essenzialmente ebraico-cristiana è fondata.

La dimensione paradigmatica dell'esempio serve a comprendere quindi il nesso fra esemplarità e normatività, aggiungendo profondità alla pratica del governare per mezzo dell'esempio analizzata a partire dall'analisi di Gerson. La medesima dimensione paradigmatica getta luce sul livello del linguaggio ordinario, quello da cui gli esempi vengono generalmente tratti, e pure quello utilizzato per governare la collettività attraverso gesti, modi, discorsi, parole, e più generalmente pratiche. La profonda spinta alla generalizzazione che è insita nell'esemplare ha rappresentato d'altro canto un tema filosofico molto tradizionale, tanto che come già anticipato in precedenza nella *Metafisica dei costumi* Kant usa sia il termine *Exempel* sia il termine *Beispiel*, e poi specifica che "la parola tedesca 'Beispiel', che si adopera comunemente come sinonimo di 'Exempel', non ha però precisamente lo stesso significato. Prendere un *Exempel* e citare un *Beispiel* per la maggior chiarezza e comprensibilità di un'espressione, sono due concetti affatto diversi. L'*Exempel* è un caso particolare di una regola pratica, in quanto questa rappresenta un'azione come praticabile o impraticabile. Un *Beispiel*, all'opposto, è soltanto il particolare (*concretum*) rappresentato come contenuto nell'universale secondo concetti (*abstractum*), e l'esposizione puramente teorica di un concetto".<sup>546</sup> Paradigmi, modelli, precedenti, esemplari nel discorso giuridico rappresentano una dimensione intermedia fra le pratiche e le ricostruzioni teoriche. Per questo sono sia *Exempel* che *Beispiel*, provando che l'interazione fra sapienza pratica e definizioni è un tratto tipico dell'ermeneutica.<sup>547</sup>

Ripercorrendo le riflessioni svolte fin qui, si può dunque affermare che l'esemplarità possiede, tanto in filosofia quanto nella funzione di governo, due nature coesistenti e compresenti: una retorico-argomentativa, l'altra etico-esistenziale. Questa doppia radice dell'esemplarità è stata ripresa dal pensiero contemporaneo, ma è riscontrabile molto prima in un'intuizione aristotelica, secondo cui esistono due tipi di retorica: una "di primo tipo", più in contrasto con la logica formale, caratterizzata da un tipo di argomentazione che opera soprattutto nel campo dell'entimema e del probabile. La normatività del probabile viene informata dalla contingenze legate alla necessità di governare

<sup>546</sup> I. Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (1785), Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 2004.

<sup>547</sup> Cfr. A. Condello, *Analoga ed esemplarità nel discorso giuridico*, in *Politica del diritto*, XLIII, n. 2-3, Giugno-Settembre 2012, Bologna, Il Mulino, pp. 421-440.

ben più che dalle strutture della logica formale. In questo tipo di ragionamento la legge generale si delinea da elementi ogni volta differenti, senza seguire una regolarità precisa, essendo poi applicata di volta in volta al caso concreto secondo dinamiche prudenziali (secondo *phrônesis*). La normatività di queste forme argomentative non consiste nella ripetizione di una regolarità, ma nella forza dell'esemplare, che per una ragione storica, politica o di altra natura, permette di controllare ed amministrare secondo una procedura peculiare. La retorica "di secondo tipo" ha invece rilevanza cognitiva: in questo senso comprende anche la facoltà di scoprire e capire ogni argomento che è capace di convincere.

Riprendiamo brevemente il discorso sulla generalizzazione come forma argomentativa per concludere brevemente su questo punto. Nella *Nouvelle Rhétorique*, Perelman colloca l'argomentazione per mezzo dell'esempio fra i legami che fondano il reale ricorrendo all'uso del particolare, in questo modo offrendo uno spunto immediato per la connessione fra livello argomentativo, livello cognitivo e livello normativo: "come esempio, permetterà una generalizzazione, come illustrazione, servirà da sostegno a una regolarità già fissata, come modello, inciterà all'imitazione".<sup>548</sup> L'esempio permette una generalizzazione in quanto presuppone un accordo sulla possibilità di generalizzare partendo da casi particolari, per cui esso contribuisce a formare una regolarità; l'illustrazione serve a supportare una regolarità già fissata; il modello invece incita all'imitazione.

Nell'argomentazione per mezzo dell'esempio, un fenomeno viene introdotto nel discorso, come *principio di generalizzazione* – rappresentando l'esempio un argomento in favore o in supporto di una regola e trovando nella generalizzazione la giustificazione che legittima il suo utilizzo *come se fosse una regola*. L'esempio conosce modalità operative differenti, e nella retorica aristotelica viene descritto come un tipo di argomento che permette di passare da un conclusione particolare ad un'altra altrettanto particolare, senza che venga enunciata regola alcuna.<sup>549</sup> Certo è che, ad ogni modo, anche

---

<sup>548</sup> C. Perelman, L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation: La nouvelle rhétorique*, Parigi, Presses Universitaires de France, 1958, pp. 370-420.

<sup>549</sup> Il classico racconto è il seguente: "Occorre prepararsi a resistere al Re e non lasciare che si impadronisca dell'Egitto; infatti Dario non attraversò il mare prima di essersi impadronito dell'Egitto;

nell'apparenza di un'argomentazione che va dal particolare al particolare, si verifica sempre la conferma di un passaggio astratto ed intermedio, che stabilisce una regolarità sulla quale possono essere misurate le due situazioni particolari: "quale generalizzazione si può trarre dall'esempio? A questo problema si riallaccia strettamente quello di sapere quali siano i casi che possono essere considerati esempi della stessa regola. Infatti, è in rapporto a una data regola che dei fenomeni possono essere intercambiabili, e, d'altra parte, l'enumerazione di questi permette di metter in luce il punto di vista in base al quale sono stati assimilati l'uno all'altro".<sup>550</sup> La regola offre il metro dell'esempio, e l'esempio offre effettività e legittimazione alla regola – non soltanto, ma citare più esempi in supporto della medesima regola invita a riflettere sul fatto che gli esempi possono esercitare fra loro un'azione reciproca, poiché la menzione di un nuovo esempio modifica il significato di quelli noti, permettendo di arricchire e precisare la prospettiva da cui possono essere considerati i fatti. Questa osservazione acquista rilevanza nel campo della normatività giuridica, infatti in questo contesto i significati da attribuire ad elementi del sistema, come risulta chiaramente dagli esempi, mutano con il mutare del contesto storico – per cui può avvenire che la portata del giudizio sul significato venga a chiarirsi poco per volta in seguito a decisioni successive.<sup>551</sup>

Nella logica dell'esemplarità, generalizzazione, regolarità ed eccezione sono concetti relazionali: non stupisce che sia possibile, nell'argomentazione, usare casi invalidanti per confutare la regola, ma anche per ricavarla. L'utilizzo

---

*preso l'Egitto, compì la traversata: ora anche questi se prenderà l'Egitto, attraverserà poi il mare: per questo non dobbiamo permetterglielo".*

<sup>550</sup> Perelman, Tyteca, *ibidem*, p. 373.

<sup>551</sup> Se si considera l'esempio del pastore come sospensione di una regolarità formale stabilita dalla legge scritta, ci si potrebbe chiedere a questo punto se l'esempio, così come è stato detto dell'eccezione, non sia la forma originaria del diritto. Per questo tema si rimanda ad Agamben fra tutti, *Stato d'eccezione*, Torino, Bollati-Boringhieri, 2003. Come sostenuto da Agamben rispetto all'eccezione, questa figura logica consiste in una paradossale "esclusione inclusiva". Come il sovrano schmittiano, che segna il limite dell'ordinamento giuridico, l'eccezione e l'esempio sono contemporaneamente fuori e dentro l'ordinamento giuridico (in altre parole, la legge è fuori di se stessa, in quanto l'ordinamento giuridico riconosce al sovrano il potere di sospendere l'ordinamento giuridico stesso). In questo senso l'eccezione è la forma originaria del diritto, il presupposto delle coordinate giuridiche fondamentali: ordinamento e localizzazione. Lo stato di eccezione, ossia quella sospensione dell'ordine giuridico che siamo abituati a considerare una misura provvisoria e straordinaria, sta oggi diventando sotto i nostri occhi un paradigma normale di governo. Quando lo stato di eccezione tende a confondersi con la regola, le istituzioni e gli equilibri delle costituzioni democratiche non possono più funzionare e lo stesso confine fra democrazia e assolutismo sembra cancellarsi (cfr. <http://www.juragentium.org/topics/thil/it/campanal.htm>).

del linguaggio fondato sull'assimilazione di casi diversi o analoghi è utile a sussumere esempi sotto la stessa regola.<sup>552</sup> Lo stesso processo può essere rappresentato dall'idea di una proiezione, nel senso di uno "slancio" della tradizione verso il caso nuovo da risolvere – proiezione ed imitazione in questo senso sono meccanismi assimilabili, nella misura in cui in entrambi i casi l'assimilazione, grazie proprio a questi principi, può essere fatta in maniera agevole, senza il ricorso ad alcuna tecnica di giustificazione.

Dall'esempio differisce l'illustrazione nel fatto che, mentre l'esempio serve a fissare una regolarità, il meccanismo illustrativo lavora al rafforzamento dell'adesione ad una regola già nota ed affermata, colpendo l'immaginazione per imporsi all'attenzione, fornendo casi particolari che chiariscono l'enunciato generale.<sup>553</sup> Terzo e ultimo tipo richiamato da Perelman: quando si tratta di esemplificare una condotta ideale attraverso il caso particolare, un comportamento può servire a fondare o a illustrare una regola generale, ma anche a sollecitare l'azione che ne viene ispirata. In questi casi si parla di "modello": l'argomentazione si fonda sulla regola, ma l'invito a conformarsi a tale regola si concretizza in un modello, che implicitamente raffigura la misura di riferimento dell'emulazione. E, ciò che è particolarmente interessante per il nostro caso, il carattere normativo va a delinearci soltanto in quelli, fra i possibili modelli, che godono di particolare prestigio o valore – l'attribuzione di una particolarità è la premessa da cui l'esaltazione di un contegno peculiare può essere tratta. Il comportamento e la gestualità del pastore divengono *lex animata* proprio perché gli si riconosce un carattere specificamente unico e distinto rispetto all'*ordinario*, al punto che esso – in quanto *modello* – è proposto all'imitazione di tutta la comunità non soltanto sotto forma di ideale morale, ma anche e soprattutto (per quel che ci riguarda più da vicino) come sostituto animato della legge scritta. Il modello rappresenta dunque, in qualche modo, una sintesi fra il più astratto livello esemplificativo e la più concreta

---

<sup>552</sup> Ciò che avviene in particolare nel campo del diritto, ove l'assimilazione di nuovi casi nel processo decisionale non rappresenta soltanto un passaggio dal generale al particolare, ma è un vero e proprio contributo alla costruzione della realtà giuridica. Gli esempi nuovi si confrontano con quelli vecchi.

<sup>553</sup> Secondo la *Nuovelle Rhétorique*, l'illustrazione – mirando a dare una presenza – deve essere sviluppata ed avere contenuti chiari e concreti. L'esempio al contrario, puntando alla generalizzazione per l'affermazione di una regola, deve essere "prudentemente spoglio per evitare che il pensiero venga distratto o devii dallo scopo che l'oratore si propone" (p. 378, *ibidem*).

declinazione che abbiamo visto consistere nell'illustrazione: esso "indica la condotta da seguire: serve però anche da garanzia per una condotta già adottata", considerato che seguendo un modello riconosciuto dalla comunità come valido viene garantito il valore della condotta.<sup>554</sup>

Il pastore, come ideale di essere perfetto, si presta ad essere adattato alle circostanze di contesti mutevoli, poiché per sua stessa natura possiede qualcosa di inafferrabile, indescrivibile e sconosciuto, il cui valore si dimostra trasversalmente al di là di un tempo o di un luogo di riferimento. Questo valore inafferrabile è anzitutto conseguenza della natura ambivalente e polisemica dell'esempio, che come abbiamo visto è sia il caso singolo che la regola generale, e riguarda tanto il livello retorico quanto quello esistenziale. Questa capacità dell'esempio di risultare "anfibia riapre questioni classiche: il nesso fra struttura e funzione, ma anche quello fra il tutto e le sue parti.

### **3.2 *Exemplum*: fra sintagmatica e paradigmatica del discorso giuridico**

Per governare si deve essere convincenti e conviene alla credibilità del governo d'essere il più possibile legittimato da argomenti ben supportati. Si governa con l'esempio ma anche in ragione dell'esemplarità. Come dire: il pastore incarna le virtù che devono essere praticate, dunque il pastore, e soltanto lui, è legittimato a controllare le azioni dei membri di una collettività, facendo così dell'esempio il fine, il mezzo e la causa: questa è la vera polisemia dell'esemplarità.

Dopo aver dimostrato che ogni "estremo" e ogni "eccezione" hanno la capacità di far emergere il politico sul giuridico, discutere il potenziale normativo dell'esempio rispetto alla legge scritta significa anzitutto, dunque, comprendere come governare nell'eccezione significhi anche governare *per mezzo* della stessa – grazie ad un meccanismo per cui la straordinarietà del

---

<sup>554</sup> Perelman, Tyteca, *ibidem*, p. 384: l'argomentazione così strutturata poggia principalmente sull'assunto che il modello è originale – e quest'originalità si manifesta nel fatto di poter essere applicato a circostanze disomogenee. Dall'argomentare secondo un modello si distingue l'argomentare secondo un antimodello: riferirsi ad una condotta esemplare corrisponde a promuovere una condotta, mentre richiamare un antimodello permette di prendere distanza da una condotta. I due meccanismi potrebbero all'apparenza sembrare esattamente speculari, ma un elemento li distingue: se da un lato l'imitazione di un modello indica nel dettaglio i caratteri del comportamento da emulare, la logica dell'antimodello indica ciò da non fare ma lascia un margine di discrezionalità alla selezione della linea da seguire.

contesto diviene ad un tempo causa, mezzo e fine. Straordinarietà che può trovare il suo fondamento nella complessità della situazione da governare, ovvero nella mancata previsione di un'eventualità da parte dell'ordinamento. Proprio nell'extra-ordinario l'esempio mostra la propria capacità normativa, poiché si presta ad essere adattato secondo la necessità delle circostanze, offrendo un'immagine invece di una descrizione dai caratteri specifici (quello che generalmente fa invece la *lex scripta*) – ciò prova che le figure sono, sotto certi aspetti, più efficaci dell'organizzazione di una struttura discorsiva.

Lo scarto fra sistematicità - sintagmaticità' (e dunque pure prevedibilità, o normatività giuridica a carattere "ordinario") e paradigmaticità è d'altro canto un tema ben noto già alla retorica antica.<sup>555</sup> Come ha fatto notare Roland Barthes ricostruendo la storia della retorica dal mondo classico alla filosofia del linguaggio contemporanea, "nell'arte retorica completa (quella di Quintiliano ad esempio) vi sono grosso modo due poli: un polo sintagmatico: è l'ordine delle parti del discorso, la *τάξις* o *dispositio*; ed un polo paradigmatico: sono le "figure" di retorica, la *λέξις* o *elocutio*".<sup>556</sup> Anche per la neoretorica,<sup>557</sup> la divaricazione fra argomentazione improntata sulla struttura del discorso e argomentazione fondata sulla capacità raffigurativa delle immagini (o figure retoriche) mantiene l'originaria rilevanza. Sul piano sintagmatico l'esercizio della *declamatio* diventa preponderante: essa è un'improvvisazione su un tema esemplare. Il discorso, ormai privato dello scopo di persuasione, si destruttura in diverse parti, delle quali la principale è la *descriptio* o *φρασίς*: un frammento trasferibile da un discorso all'altro che appare come nuova unità sintagmatica, meno esteso delle altre parti del discorso, ma caratterizzato da un potenziale paradigmatico. Sul piano paradigmatico, d'altro canto, la neoretorica celebra l'enfaticizzazione dello stile ricco di figure, valorizzando gli ornamenti, gli arcaismi, le metafore. Il confronto fra un polo strutturale e uno figurativo si mantiene dunque vivo durante lo sviluppo storico della tradizione retorica, ma la relazionalità dei due piani si conserva nel fatto che la sistematica non può esistere senza la paradigmatica, e questa a sua volta necessita della struttura per esprimere il suo potenziale di esemplarità.

---

<sup>555</sup> R. Barthes, *La retorica antica: Alle origini del linguaggio letterario*, Milano, Bompiani, 2011.

<sup>556</sup> *Ibidem*, p. 16.

<sup>557</sup> Quell'estetica letteraria composta da retorica, poetica e critica che ha regnato nel mondo greco-romano dal II al IV secolo dopo Cristo.



Nei trattati dell'antichità il tema dell'esemplarità come strumento di persuasione mostra un'ossessione di classificazione, per cui l'*exemplum* nella retorica antica deve essere immaginato come una parte precisa e collocabile in un quadro organizzato (il discorso sistematizzato nelle quattro fasi *inventio*, *dispositio*, *elocutio* e *actio*). Fra le prove utilizzabili, ci sono quelle tecniche e quelle extra-tecniche. Fra le prove tecniche, si usavano maggiormente l'*exemplum* e l'*entimema*: il primo, fondato sull'induzione, produce una persuasione dolce, rappresenta una forza che arricchisce il piacere proprio di ogni comparazione; il secondo produce una forza più decisa, e può beneficiare del potenziale normativo del sillogismo (quindi è sostanzialmente deduttivo). L'*exemplum* – o *παράδειγμα* – corrisponde all'induzione teorica, procedendo da un caso particolare ad un altro caso particolare attraverso il passaggio implicito del generale.<sup>558</sup> Questa capacità di connettere particolare con particolare può corrispondere ad un fatto, un individuo, un'espressione linguistica, persino ad un semplice gesto: l'elemento in cui si concretizza l'esempio è per la retorica infatti meno rilevante del fatto che la similitudine persuasiva, basata su un argomento analogico, sia il cuore segreto di tutti gli *exempla*. Riprendendo una distinzione aristotelica, gli *exempla* si dividono in reali e fittizi; questi ultimi consistono in narrazioni come la parabola o la favola; il reale al contrario copre esempi storici, mitologici. Nonostante la distinzione, in entrambi i casi l'elemento della narrazione è fondamentale per la trasmissione di un sapere esemplare che possa funzionare come regola di comportamento.

Il carattere normativo dell'esempio si rafforza a partire dall'inizio del I secolo a.C., quando fa la sua comparsa la figura del personaggio esemplare (*imago*, *εἰκόν*), che designa l'incarnazione di una virtù in una figura; tanto che nelle scuole di retorica vengono istituiti veri e propri repertori di queste *imagines* – repertori che acquistano una fortuna immensa durante il Medioevo, come è testimoniato dalla poesia colta e dalla letteratura (Dante ne è una conferma). La costruzione di repertori di esempi di virtù è particolarmente

---

<sup>558</sup> Un classico esempio riportato da Quintiliano nell'*Institutio Oratoria*: "dei suonatori di flauto che s'erano allontanati da Roma vi furono richiamati da un decreto del Senato; a più forte ragione devono essere richiamati grandi cittadini che si sono illustrati servendo la Repubblica e che la tristezza dei tempi aveva costretti all'esilio". In questo caso il tema generale, la regola, consiste nel fatto che persone utili e meritevoli debbano essere prima o poi richiamate a Roma.

significativa poiché evidenzia il carattere strutturale e paradigmatico degli *exempla* – che sono elementi staccabili dal contesto originario di riferimento, e comportano un senso che viene reso attraverso l'immagine del carattere eroico o di un racconto agiografico. Queste immagini sono destinate a persuadere del fatto che bisogna essere virtuosi, coraggiosi, buoni: la profondità prescrittiva consiste anzitutto in questa logica. Dal momento che questi grandi personaggi hanno incorporato queste grandi virtù, allora bisogna imitare il loro comportamento e le loro vite devono funzionare da *modelli*. L'eccezionalità di questi esemplari è dunque soprattutto mostrata: attraverso le immagini o per mezzo di narrazioni che nutrono l'immaginazione e la capacità figurativa del pensiero. La forza persuasiva trova in queste dimostrazioni di virtù una conferma ulteriore del *dover essere*; anche il miracolo è una narrazione che viene spesso richiamata. La semantica del miracolo rimanda a ciò che viene guardato perché attira l'attenzione con il suo essere differente da una norma, con la sua eccezionalità; dal latino "*miraculum*", cosa meravigliosa – il termine viene da *mirari*, che significa meravigliarsi: perciò il significato di "fatto contrario alle leggi della natura e prodotto per potenza soprannaturale", o figurativamente "cosa grande e meravigliosa o non sperata".

D'altronde, mostrando alla comunità un *come (si) dovrebbe essere*, o un *come ci si dovrebbe comportare*, l'esempio ha una normatività semplicemente sfumata, leggermente differente dalla normatività giuridica, ma non per questo meno efficace; il che invita ad una riflessione sulla natura della normatività giuridica e sulle forme da essa storicamente assunte, richiamando alcuni interrogativi fondamentali sulla natura del carattere normativo degli ordinamenti giuridici. Questa riflessione per il momento deve essere rimandata lasciando spazio piuttosto ad alcune conclusioni sull'analisi finora effettuata. Dal caso paradigmatico della visita pastorale come spunto per una riflessione su una nuova grammatica della normatività giuridica generata dalla necessità di amministrare, si può agevolmente risalire verso alcune considerazioni di fondo sulla profondità teoretica dell'esemplarità e del suo potenziale normativo nel discorso giuridico. L'uso di esempi, modelli, standard nello sviluppo del sapere giuridico è infatti estremamente diffuso; il ricorso a logiche prudenziali è stato da sempre fondamentale per lo sviluppo dei meccanismi ermeneutici del diritto; lo studio di questo tema permette di riaprire la questione di una

legittimazione teorica non più prodotta in una logica di duplicazione nel corso della quale un'asserzione viene ricondotta al modello della sua unica e possibile origine in una razionalità fondata e prestabilita, bensì nell'effettualità e performatività del suo sviluppo immanente. Il gesto del pastore, l'esempio, stando al posto della logica deduttiva in senso stretto, dicono oltre se stessi, indicano oltre se stessi un valore che trascende l'immanenza della loro operatività e realizzazione: esemplare è in questo anche 'paradigmatico', ovvero letteralmente ciò che "mostra a fianco" (*parà*, "oltre" ma anche "a fianco" e *deiknyo*, "mostrare"). A partire dal caso medievale si può seguire un filo rosso che conduce fino al pensiero contemporaneo, che, come si è detto, rispetto alla tradizione classica ha incluso la rivalutazione, a fianco di ciò che si spiega per dimostrazione, anche di ciò che analogicamente viene appreso per emulazione rispetto a qualcosa di esemplare, in un processo per cui la normatività è quella del probabile e viene informata dal potere ben più che dalle strutture della logica. Lo studio in una prospettiva storica del legame fra normatività ed esemplarità offre dunque l'occasione per riflettere soprattutto sulle trame strutturali e funzionali degli ordinamenti giuridici, che costantemente devono mettere in comunicazione il previsto e l'imprevisto, l'estremo e l'ordinario, la decisione e la definizione.

Lo studio della scrittura della legge richiede la considerazione delle conseguenze pratiche di una messa in forma in un contesto preciso e determinato, per cui la questione dell'opposizione fra legge scritta e legge animata richiama anche tutte le tensioni provocate dalla discussione sulla natura dell'autorità giuridica.<sup>559</sup> Essa può infatti trovare il proprio fondamento nella messa in forma scritta di una regolarità, ma come si è mostrato può anche conoscere modalità differenti, meno formali e più "agite", come nel caso della visita pastorale riportato da Gerson. Il confine fra il corpo e la struttura del diritto è speculare al confine che nella tradizione filosofica divide rispettivamente il *dire* dal *fare*, per cui la coerenza fra il messaggio da trasmettere (in qualunque forma) e la pratica di vita corrisponde alla misura della validità e della legittimità di un modello – sia esso il pastore, il maestro, o

---

<sup>559</sup> P. Napoli, *Ratio scripta e lex animata: Jean Gerson et la visite pastorale*, in *L'écriture des Juristes* (XVIe-XVIIIe siècle), Etudes réunies par Laurence Giavarini, Paris, Garnier, 2010, p. 131.

genericamente una qualsiasi guida investita anche di una qualche modalità della potestà governativa.

L'emergere di nuovi modi di governo, già nel Medioevo, è una questione teorica fondamentale: il passaggio dalla scrittura alla parola, sotto certi aspetti più agevole ed efficace, mostra che la razionalità giuridica è sempre alla ricerca di nuove forme per sopravvivere al mutamento dei contesti che è chiamata a regolare. La creazione di un ordine giuridico fondato direttamente sulla "gestione" di una collettività è una declinazione di quella già citata *phrônesis* – un meccanismo prudenziale che si differenzia dalla logica in senso stretto perché si fonda sulle ragioni dell'agire pratico.<sup>560</sup> Collocata da Aristotele fra le virtù di "secondo grado", il concetto di "*phrônesis*" rimanda ad una saggezza pratica attuata in circostanze determinate, legata in origine al fine: ad esempio, per il perseguimento della felicità. E' in questo senso che la *phrônesis* va intesa come virtù di secondo grado, che comprende altre virtù, che è capace di mettere in comunicazione più livelli dell'agire pratico: essa rimette in causa i fini, dunque per esempio nel caso della visita pastorale rimette in causa l'amministrazione di una collettività e perciò legittima l'assimilazione dell'esempio alla norma. Non soltanto: alla fine del sesto libro dell'*Etica nicomachea* si trova un capoverso dove si afferma, in definitiva, che più importante della *phrônesis*, della saggezza, è il *phrônimos*, l'uomo saggio, perché è il suo gusto, il suo tatto morale, che gli permette in una data situazione di riconoscere in che senso si può agire bene o male. La *phrônesis* è accostata alla sensazione, la *aísthesis*, che mette in contatto con le cose singole: la *phrônesis* si muove dal basso in alto, esattamente come un principio di generalizzazione: in alto c'è l'idea che ci facciamo della felicità, in mezzo le diverse virtù con cui la

---

<sup>560</sup> La *phrônesis* è un sapere che si origina nelle situazioni concrete e da esse è informato; soltanto dopo sviluppa la capacità di essere determinante per altre circostanze. Le forme di sapere che ne risultano portano sempre con sé le presupposizioni, le congetture e i punti di vista delle esperienze precedenti. Nella rielaborazione della ragion pratica aristotelica, Gadamer individua il luogo più adeguato per distinguere i procedimenti propri della razionalità ermeneutica [H.G. Gadamer, *Wahrheit und Methode: Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, Tübingen, Mohr, 1960]. Questa è, prima di tutto, comprensione, cioè un caso particolare di applicazione del rapporto tra universale e particolare. In Aristotele, il problema era affrontato dal punto di vista dell'agire pratico in senso stretto e non ancora nella prospettiva ermeneutica; in Gadamer, al contrario, il metodo ermeneutico si esercita nell'immediatezza della situazione e non è basato su procedure stabilite in anticipo. Il metodo ermeneutico è calato nella contingenza ed è, per questo motivo, ben più presente alla dimensione pratica che a quella teorica. Per una riflessione più completa sul tema in rapporto al discorso giuridico si rimanda a A. Condello, *Analogia ed esemplarità nel discorso giuridico*, in: *Politica del diritto*, XLIII, n. 2-3, Giugno-Settembre 2012, Bologna, Il Mulino, p. 435.

perseguiamo, e in basso le singole azioni. La *phrónesis* è l'arte di accordare tutti i livelli, dunque un'arte morale: connettendo il piano normativo, i modi di governo, l'argomento per la persuasione e la trasmissione di un sapere attraverso la normatività dell'esempio,<sup>561</sup> questo concetto vive per eccellenza fra il dire e il fare, e invita a riflettere sulla natura della normatività giuridica dalle origini fino alla contemporaneità, contesto in cui la dimensione para-logica della legittimazione scientifica e giuridica è emersa con tutto il suo vigore.<sup>562</sup>

#### 4. *Med-* : il carattere polisemico della misura

Che il "medio" sia stato finora una chiave di lettura di molti interrogativi di questo lavoro, a partire dalle iniziali riflessioni sul rapporto fra analogia e omologia, passando per il ruolo di un "terzo" che lavori come una sorta di *benchmarking* quando si tratta di stabilire l'equivalenza fra le differenze (nel diritto dell'Unione Europea, o come abbiamo visto anche nella giurisprudenza costituzionale), è stato a questo punto confermato da molte e differenti riflessioni. Il carattere multiforme dell'esemplarità, che come si è appena visto lavora su diversi livelli (retorico-argomentativo, normativo, cognitivo), va analizzato parallelamente alla ricca semantica della radice indoeuropea *med-*, da cui derivano i termini 'modello' e 'medio'. Si è già accennato qualcosa nel capitolo dedicato proprio ai modelli,<sup>563</sup> ma a questo punto della trattazione vale la pena di andare a fondo per mostrare alcune interessanti fra il carattere polisemico di modelli ed esempi, da un lato, e della relazione fra questo carattere e la normatività giuridica, dall'altro.

Benveniste ha ricostruito il campo semantico della radice *med-*, la quale in data storica mostra la capacità di designare nozioni molto diverse fra loro: 'governare', 'pensare', 'curare', 'misurare'. Verosimilmente, la semantica

---

<sup>561</sup> In particolare in rapporto all'aspetto "cognitivo" della normatività, si noti che l'etimologia del termine 'norma' è verosimilmente riconducibile al latino "*gnosco*". Il termine dovrebbe infatti derivare dalla voce "*gnorma*", che indicava una cosa per far conoscere, dal verbo greco "*gnorizein*", che per l'appunto significa "conoscere" – da cui poi la radice latina di "*gnoscere*". Per cui si può supporre che la norma sia l'archetipo per eccellenza della giuridicità, poiché stabilendo una regolarità ed aggiungendo ad essa la prescrizione, la norma origina ed informa gli ordinamenti giuridici, in questo modo funzionando proprio come un *arché* (nel senso della ambivalenza fra principio e comando).

<sup>562</sup> Cfr. Jean-François Lyotard, *La condizione postmoderna: Rapporto sul sapere* (trad. italiana di Carlo Formenti, *La condition postmoderne*, Parigi, Minuit, 1979), Milano, Feltrinelli, 2012, p. 110 ("*La legittimazione per paralogia*").

<sup>563</sup> Infra, ca. VI.

originaria della radice *med-* (da cui anche ‘medio’, ‘mediare’, ‘meditare’, ‘medicare’, ‘medico’, ‘medicina’) non è facilmente riconducibile ad un comune denominatore, ma potrebbe riferirsi al concetto di “misura” intesa nel senso di “moderazione” e non nel senso di “misurazione” (da cui derivano il latino *modus* e *modestus*).<sup>564</sup> All’idea di una misura, di un bilanciamento fra più parti all’interno di un tutto, appartiene anche l’idea di ristabilire l’ordine, tanto in senso lato quanto fra le parti di un corpo (per cui il latino *medeor*, “curare”, da cui anche *medicus*) e nell’universo (*Zeus médéon*, “Zeus moderatore”). Fra gli altri uomini, quello che “conosce la *medea*” non è un pensatore o un filosofo, ma è uno di quei capi moderatori (*hegerotes* edè *médontes*) che sanno prendere le misure più adatte nelle diverse circostanze.<sup>565</sup> La radice *med-* appartiene al medesimo registro di *ius* (il diritto) e *dike* (la giustizia): è una regola stabilita finalizzata a perseguire o a mantenere un ordine, che il magistrato ha la funzione di formulare (*med-diss*); fra la cura, il governo, e la meditazione, questa radice rimanda quindi principalmente ad un’idea di misura che varia in rapporto al contesto, una misura “mobile” potremmo dire, da trovare di volta in volta e a seconda delle circostanze. Tant’è vero che il latino *medeor*, “io giudico” (che viene da *midathar*, “colui che esercita l’autorità, che ha il potere e domina”), ha la stessa radice del presente meditativo *meditor*, e sempre *medeor* può significare anche “guarire” (e ha come derivato nominale *medicus*). Peraltro, il greco *médomai* significa “prendere cura di” (*médimnos* indica la misura, *médéon* il capo, *medomai* l’atto del meditare, e *medea* sono i progetti o i pensieri); tutti questi significati vanno presi in considerazione insieme, per cui *med-* è una dimensione di inclusione di tutta una serie di azioni: guarire, misurare, governare, riflettere, preoccuparsi di qualcosa.

Pur essendoci la compresenza di diversi possibili significati, c’è una nozione predominante, ed è quella di misura, ma non nel senso di neutra misurazione, bensì una misura intesa come una com-misurazione delle differenze e finalizzata a garantire la moderazione. Tanto che il latino *modus*, d’altra parte, non indica propriamente una misura propria della singola cosa,

---

<sup>564</sup> E. Benveniste, *Vocabolario delle Istituzioni indoeuropee*, Vol. II, Torino, Einaudi, 1976, p. 376 e ss. Al testo di Benveniste si rimanda per l’analisi più completa ed esaustiva sulla natura di questa radice, qui infatti si possono trovare tutte le ricostruzioni anche dall’iranico (*v-mad*), dall’irlandese (*midiur*).

<sup>565</sup> Benveniste, cit. p. 376.

ma quel meccanismo per mezzo del quale si può tentare di trovare l'equilibrio nella misura fra le parti ed un tutto, dunque una misura imposta alle cose, che può essere controllata e padroneggiata attraverso la riflessione e la scelta: "in breve, non è una misura di *misurazione*, ma di *moderazione*, cioè una misura applicata a ciò che ignora la misura, una misura di limitazione e di obbligo".<sup>566</sup> L'obbligo da imporre ritorna nel latino *modus*, che riguarda anche la sfera morale, come dimostra anche *moderari*, che significa sottomettere a misura ciò che vi sfugge. La normatività intrinseca in questo ricco campo di significati cui fa riferimento la radice *med-* è, inoltre, insita nel fatto che un'altra fondamentale attività ad essa collegata è il "prendere con autorità le misure che sono appropriate a una difficoltà attuale; riportare alla norma - con un mezzo consacrato - un problema definito".<sup>567</sup>

La misura, nell'accezione emergente da questa analisi semantica, ovvero come meccanismo di comparazione finalizzato a mantenere un ideale equilibrio fra le parti nel quadro di un sistema, va compresa in rapporto a un altro concetto fondamentale nella storia del linguaggio giuridico e politico: quello di ordine, o *thémis*, che indica genericamente una regola stabilita all'interno di un *oikos* (una sorta di "diritto familiare") e si oppone al concetto di *dike*,<sup>568</sup> che invece indica piuttosto il diritto "interfamiliare". Il diritto nel linguaggio classico non conosce un termine fisso per la propria designazione, ma si può ricostruire il contenuto del concetto di diritto proprio a partire dalle riflessioni svolte a proposito della radice *med-* e dell'idea di *thémis*. L'ordine a cui si riferisce quest'ultimo concetto può essere di natura giuridica, quanto di natura politica o religiosa, è indifferente, essendo invece centrale il ruolo affidato dalla radice sanscrita *rta-* (da cui *thémis*) che indicava un ordine come adattamento

<sup>566</sup> Benveniste, Op. cit. (1976), p. 379.

<sup>567</sup> Benveniste, Op. cit. (1976), p. 381.

<sup>568</sup> Il concetto di *dike* indica secondo Benveniste la regolazione dei rapporti tra famiglie, e si genera dalla radice *deik-* da cui deriva il verbo latino "dico". Ciò che è però ancora più interessante è che la medesima radice è contenuta nel greco *déiknumi* - che significa mostrare (come in para-digma, mostrare a fianco). Il punto è che la giustizia sia legata semanticamente all'atto del mostrare (mostrare *come*, e mostrare *cosa*). Tanto al mostrare verbalmente o incidentalmente a titolo di esempio, quanto mostrare una cosa visibile, che *deve essere*, una prescrizione che perviene sotto una forma [Cfr. Benveniste, Op. cit. (1976), p. 365]. Il *deik* indica un atto del mostrare che si risolve spesso in un atto di parola, significando "mostrare ciò che si deve fare, prescrivere una norma". Anche il termine latino '*ius*' sembra avere dei legami con la conformità ad un ordine, tanto che l'indoeuropeo *yaos* è da considerare nella sua particolare affinità con *dico*; e *ius* può essere definito come una "regola di conformità"; *yous* è anche lo stato di regolarità, di normalità che è richiesto dalle regole rituali. Una formula di regolarità che è anche una formula di normalità, prescrivendo quello a cui ci si deve attenere.

armonico delle parti di un tutto fra loro, un ordine non prestabilito e fissato, ma piuttosto da verificare caso per caso, proprio come caso per caso di deve verificare l'equilibrio nella moderazione seguendo la traccia della radice *med-*. L'ordine di *thémis* è un tipo di proporzione riproducibile su più dimensioni: tanto nel movimento degli astri, quanto nei rapporti fra uomini e dei e in quelli degli uomini fra loro. L'ordine, e quindi pure l'ordinamento giuridico, nasce allora anzitutto come meccanismo per l'adattamento delle parti al tutto.

Il legame fra la misura e la legge somiglia molto al legame fra il medio e la mediazione, per cui la misura è sia quella che la legge indica come effetto, sia la causa della misura (o la sua origine), e d'altra parte il *nomos* (da cui 'normale', 'normativo', normatività') indica anche un'appropriazione che viene messa in atto nelle forme di una misura consentita: *nomos* è dunque legato a *med-*, e a *ius*. Tutte queste radici, tutti questi concetti, a loro volta sono legati a *thémis*, l'ordine che include e ricompone le differenze secondo un principio di moderazione.<sup>569</sup>

Questa digressione nella storia dei concetti di misura, diritto e giustizia mostra un discorso molto vasto, sul quale sarebbe opportuno soffermarsi adeguatamente e dunque molto di più; il tema centrale di questo lavoro richiede, al contrario, di interrompere qui la trattazione delle origini semantiche svolta in questo paragrafo, per procedere piuttosto allo sviluppo di una sintetica conclusione a riguardo. Il *Leitmotiv* di questa digressione (tanto in *med-*, quanto in *dike*, *ius*, e *thémis*) è il concetto di misura come strumento per la valutazione della conformità all'interno di un ordine; misura, dunque, che viene a descriversi come meccanismo e non come valore stabile. La misura è un approccio di metodo, tanto che correttamente Benveniste ha più volte ripetuto nel suo lavoro che non si tratta di una misura "di misurazione", ma piuttosto di una misura "di moderazione". La stessa moderazione che, nel descrivere il carattere polisemico dell'esemplarità e il suo legame con la normatività,

---

<sup>569</sup> La coppia norma-normale riprende il rapporto che è alla base della coppia *rex-regula*; la misura della normalità è data dalla norma, come la regola è data dal *rex*; queste coppie dicotomiche in cui un termine deriva dagli altri mostrano quello spazio linguistico vuoto che viene a crearsi fra concetti che condividono la radice ma hanno poi sviluppato semantiche differenti. *Med-* e *modus* somigliano alla coppia *lego* e *logos*, il discorso che lega e tiene insieme le parti (ritorna il rapporto fra parti e tutto che abbiamo visto essere anche centrale per lo scarto fra paradigmatica e sintagmatica del discorso giuridico a proposito del carattere polisemico dell'esempio).



abbiamo visto corrispondere alla prudenza (o saggezza pratica) aristotelica o alla *mesotes*, come facoltà dell'agire pratico che possono essere adattate a contesti diversi, disomogenei, essendo prima di tutto anch'esse degli approcci metodologici e non dei singoli criteri valoriali fissati.

Il carattere della misura come moderazione ritorna anche, a questo punto è quasi superfluo sottolinearlo, se non fosse per richiamare ancora una volta il tema centrale di questo lavoro, nell'*ana-logica*, che si distingue dalla logica proprio perché essa incardina un tipo di discorso che si mostra sotto forme anche molto differenti, e che non può essere ridotto ad una formula d'inferenza ma deve invece essere compreso e analizzato nella sua multiforme capacità di connettere le parti in un tutto (ordinamento giuridico, linguaggio giuridico) proprio grazie alla commisurazione, e alla moderazione degli elementi di differenza e di identità. L'*ana-logica* è anche il luogo in cui, proprio a causa della ricomprensione della parti in un tutto, si mostra la riflessività del discorso giuridico: la questione rilevante non è allora se l'esemplarità derivi dalla normatività o se quest'ultima derivi dall'esemplarità, ovvero se tipi, *standard*, modelli e precedenti si originino secondo un criterio definito. Ciò che rileva è il fatto che ciascuno di questi referenti o attributi del campo analogico richiama il carattere riflessivo del linguaggio giuridico, per cui è al suo interno che una parte può emergere come esemplare (o tipica), potendo così essere usata analogicamente in contesti disomogenei. Esemplarità e normatività sono caratteri relazionali, per cui la possibilità di mostrare il tutto attraverso una parte di esso, che può per questa ragione assumere un potenziale prescrittivo, è un carattere intrinseco della normatività in genere, e della normatività giuridica in particolare. Come nel linguaggio ordinario un elemento può assumere, per ragioni complesse e che andrebbero propriamente analizzate, carattere normativo (è il problema del "perché si segue una regola", studiato da Wittgenstein in particolare), così nel linguaggio giuridico, e sempre all'interno del linguaggio stesso, una parte può emergere dal tutto per mostrare alcuni caratteri rilevanti del tutto di cui è parte e da cui emerge.

#### 4.1 Fra tema e predicato

Proprio dal meccanismo riflessivo di cui si è detto in chiusura del paragrafo precedente è utile ripartire per discutere, sebbene sinteticamente, di un'altra fondamentale proprietà dell'esempio e dell'analogia: quella di collocarsi *tra* tema e predicato, mettendo ancora una volta in comunicazione dimensioni diverse, e vedendo in questo senso definito il loro carattere proprio in ragione di questa dinamica attitudine a collocarsi come mezzo (o *medio*).

L'esempio della visita pastorale riportato nel paragrafo 3 del presente capitolo non rappresenta altro che una delle possibili narrazioni intorno al carattere normativo dell'esemplarità. La storia del diritto e la storia politica sono peraltro ricche di episodi che testimoniano il legame forte fra linguaggio e potere - che è lo stesso che si è visto figurare tanto nel caso del governo di una comunità per mezzo del gesto del pastore (che si sosituisce al testo della legge, diventando legge incarnata), quanto nella ricostruzione semantica della radice *med-* da cui derivano "modello" ma concettualmente anche "governo, riflessione, cura".<sup>570</sup> Questa riflessione sul rapporto fra linguaggio e potere (e di riflesso anche su linguaggio e diritto) deve essere integrata da più ampie osservazioni sulla dissimulazione del potere e sul ruolo della finzione nella costruzione metaforica dello stesso. Ci viene in aiuto un celebre scritto di Ernst Kantorowicz, *I due corpi del re*,<sup>571</sup> i cui viene formulata la teoria della coegualianza fra corpo politico e corpo naturale della sovranità, relazione che è spiegata proprio attraverso un tema rilevante per il presente lavoro, ovvero quello delle continuità discontinue: ovvero, il significato dei concetti spesso muta nel corso del tempo (discontinuità), ma muta sempre all'interno dello stesso sistema di riferimento, che è il linguaggio, per cui muta mantenendo alcuni caratteri di continuità. Un concetto può infatti mutare il proprio contenuto mantenendo la stessa forma (lo stesso termine per definirlo, nel caso di un concetto giuridico), oppure può mantenere il medesimo contenuto ma presentandosi sotto una forma differente.

---

<sup>570</sup> Cfr. par. 4, "Med-: il carattere polisemico della misura".

<sup>571</sup> E. H. Kantorowicz, *I due corpi del re*, Torino, Einaudi (2012), ed. originale *The King's Two Bodies. A Study in Medieval Political Theology*, Princeton University Press (1957).

La teoria di Kantorowicz sui due corpi del potere regale (uno concreto, uno astratto) contribuisce a chiarire con un paradigma ulteriore quell'idea di continuità che è un carattere fondativo di tutto il campo analogico, distinguendolo dal campo della logica dove invece è la distinzione (ciò che abbiamo chiamato "discreto") a dominare. L'intuizione di Kantorowicz riprende un lavoro precedente di un giurista elisabettiano, Plowden, che agli inizi del XVI secolo aveva affermato che il sovrano dispone di due corpi distinti, uno naturale, il proprio corpo di uomo, che è soggetto all'azione del tempo e delle fragilità umana, potendo perire e subire cambiamenti, e uno politico, perpetuo, che passa da un individuo a un altro rimanendo invece continuo (poiché astratto e dunque slegato dalla realtà mondana). Il corpo naturale rappresenta una sorta di accidente della sostanza, che è il corpo politico, costituendone una declinazione concreta. Da un punto di vista della teoria del linguaggio, questo scarto fra un corpo e l'altro somiglierebbe, secondo Kantorowicz e i suoi commentatori, allo scarto fra tema e predicati: questi ultimi non sono altro che possibili declinazioni (come lo è il corpo naturale) di un tema che fa da sfondo e nel quale queste plurime declinazioni vedono incardinata la propria trascendenza, un tema che - soprattutto - le include e ricomprende (come il concetto di "corpo politico"). Il gioco finzionale dei due corpi del re è dunque pure centrale per la comprensione del rapporto fra diritto e parola, poiché offre un esempio piuttosto chiaro dei giochi di duplicazione e rappresentazione che sono la base su cui il rapporto fra diritto e parola, così come quello fra politica e parola, poggia.

Il mito regale è il luogo in cui storicamente si è manifestata la questione della simbolica del potere con maggiore evidenza; il meccanismo della divaricazione dell'epifania del potere attraverso i due corpi rappresenta una dinamica che permette la sopravvivenza del consenso nei confronti del potere accentrato nello Stato e nella figura del sovrano anche al cambiare delle condizioni storiche e sociali, dunque in questo senso i due corpi sono la declinazione nella dimensione storica dell'*adlinguisticità* dei concetti,<sup>572</sup> che nella loro evoluzione conoscono passaggi intermedi, slittamenti semantici, variazioni

---

<sup>572</sup> L'idea di *adlinguisticità* implica che i concetti subiscano nel tempo delle variazioni, ma tali variazioni si verificano sempre all'interno del linguaggio stesso, per cui in sostanza il linguaggio varia ma sempre all'interno del linguaggio stesso.

sul tema, cambiamenti di significato, all'interno di un medesimo contesto che è appunto il linguaggio stesso.

Per Kantorowicz, il carattere essenziale della vita politica, ovvero il consenso verso lo Stato, passa attraverso il lavoro metaforico che struttura invisibilmente la totalità del linguaggio della comunità occidentale;<sup>573</sup> la metafora, proprio come l'analogia e l'esempio, è il luogo di *coesistenze* - in questo caso della coesistenza del sovrano nelle sue dimensioni concreta e figurata.<sup>574</sup> La costruzione figurata del potere regale (e del potere in genere) è un gioco costante di referenti e finzioni: proprio come gli enunciati foucaultiani dell'*Archeologia del sapere*, le formazioni discorsive funzionano da avvenimenti, da espressioni di "cose che si trasmettono e si conservano, che hanno un valore, e che si cerca di far proprie".<sup>575</sup>

La finzione è quindi il principio su cui viene costruita la dissimulazione del potere regale sotto la forma dicotomica corpo naturale - corpo politico, tanto che nel delineare metaforicamente il potere regale come sdoppiamento di un meccanismo congiunto, Kantorowicz pone l'accento metaforico non tanto sul predicato in sé e per sé (quindi sul *modo* dell'espressione), quanto piuttosto sul fatto che si tratti di un uso della metafora (cadendo dunque l'accento piuttosto sul *fatto* dell'espressione). Come ha finemente rilevato Alain Boureau, "il colpo di genio di Kantorowicz consiste nell'individuare qui una metafora viva ponendo l'accento metaforico non più sul predicato, ma sul tema: se la dignità non muore mai è perché essa viene equiparata a un essere vivente, a una persona. (...) A cementare questo paradigma contribuiscono altre figure retoriche: una paronomasia (/i/-/s/-/us/), che unisce Cristo, a fisco; una metafora secondaria (il re / il Re) che istituzionalizza la persona regale; una

---

<sup>573</sup> Nel suo lavoro si fa riferimento a un quadro storico determinato, cioè il periodo compreso tra il XIII e il XVII secolo.

<sup>574</sup> La metafora dei due corpi è anche un esempio della coesistenza fra cognitivo e normativo, che come abbiamo visto è un carattere importante dell'esemplarità. Nella descrizione di un potere che coesiste nei due corpi, quello figurato e quello concreto, si ripropone un antico meccanismo, quello dell'incorporazione dell'anima in un corpo (*nomos basileus*, *nomos empsychos*), per cui lo stato consiste di una fisionomia personale e di una costruzione impersonale: il linguaggio e il politico lavorano in maniera relazionale, non vi è potere se non vi è linguaggio e l'uso del linguaggio trova nel discorso sul potere e del potere uno luogo di condensazione. In questo contesto, i segni metaforici (metafore, simboli) hanno nello Stato il loro referente ultimo.

<sup>575</sup> M. Foucault, *L'archeologia del sapere*, Milano (1971), p. 139.

metonimia (l'oggetto parziale *fiscus* per la totalità, ossia lo Stato o il regno); e una allegoria (la Fenice che rappresenta la perpetuità della dinastia, sempre identica e rinascente)".<sup>576</sup>

Lo sdoppiamento fra corpo naturale e corpo politico corrisponde allo sdoppiamento fra finzione e continuità. C'è un legame perenne fra speculazione giuridica e pensiero teologico, non a caso il corpo politico è stato spesso concepito a somiglianza dei "santi della regalità, spiriti ed angeli", perché, proprio come gli angeli, è una rappresentazione dell'immutabile attraverso il tempo (il che richiama il meccanismo di continuità - discontinua citato poc'anzi). La simulazione, la finzione (anche la dis-simulazione?) favoriscono l'innalzamento per mezzo della rappresentazione: il corpo giuridico entra nel corpo naturale, e il corpo naturale a sua volta rappresenta il corpo giuridico come concetto immutabile nel suo mutamento. La costanza diventa la variazione, e la variazione è l'epifania di processi latenti, sotterranei, che accompagnano gli slittamenti semantici e la riappropriazione dei significati originari.

I due corpi sono possibili se e in quanto unità indivisibile, proprio come nei meccanismi della paradigmaticità: l'esempio è sia parte, sia elemento che rimanda al tutto. I due corpi sotto le cui forme si mostra il potere sono dunque emblematici del doppio codice del diritto, della naturale ambivalenza dei concetti e della rappresentazione. Ciascuno dei due corpi è pienamente contenuto nell'altro, proprio come l'esempio che è pienamente contenuto nel discorso che esemplifica e a sua volta lo contiene pienamente, attraverso l'esposizione di un attributo che per mezzo della rilevanza assume un carattere raffigurativo dell'intero referente<sup>577</sup>. Finzione, esemplarità e simulazione sono accomunate dall'elemento della rappresentazione.

---

<sup>576</sup> Così A. Boureau, Introduzione, p. XXI. Molto importante, sempre a proposito dello scarto fra tema e predicato che è alla base tanto della finzione, quanto di molte delle relazioni che abbiamo visto essere fondative del campo analogico, quanto anche dell'esemplarità come luogo d'intersezione fra concreto e astratto e parte/tutto, è pure la seguente riflessione di Plowden riportata da Kantorowicz "che secondo il diritto comune nessun atto che il re compie come re potrà essere annullato a causa del suo difetto di età. Perché il re ha in sé due corpi, cioè il corpo naturale e il corpo politico. Il corpo naturale è un corpo mortale, soggetto a tutte le infermità naturali e accidentali, alla debolezza dell'infanzia e della vecchiaia (...), ma il suo corpo politico è un corpo che non può essere visto o toccato, consistente di condotta politica e governo (...)", Plowden, Commentaries on Reports, Londra (1816).

<sup>577</sup> Per riprendere una distinzione richiamata da Roland Barthes, la metafora dei due corpi concentra in maniera efficace l'oscillazione fra polo sintagmatico e polo paradigmatico.

Se allora è vero che esiste un tema, che si manifesta sotto diverse forme come fa la sostanza spinoziana con i suoi *modi* - ora può dunque comprendersi meglio perché l'espressione "una persona, due corpi" sia così rilevante nella ricostruzione dei campi, degli usi e delle modalità operative del campo analogico.<sup>578</sup>

La regalità offre uno spunto interessante per riflettere sulla dicotomia tema-predicati che è rilevante tanto per il linguaggio giuridico quanto per quello politico. La regalità è un elemento accidentale o necessario del potere? Se la si osserva attraverso la metafora dei due corpi, la regalità assume un carattere rilevante non in quanto espressione frutto del caso, bensì in ragione della sua capacità di esprimere attributi indicativi di un discorso esistente. L'immagine "trasporta" vichianamente un contenuto, per cui l'elemento rappresentativo, sia esso l'esempio, il modello, la raffigurazione del potere regale nella persona di questo o dell'altro re, è l'elemento che incorpora il sapere più frequente in un determinato contesto. Questi meccanismi di relazionalità fra polo del tema e polo del predicato nascondono un più profondo legame, che potremmo definire come il paradosso fondamentale della comunicazione, secondo cui il parlante è anche parlato, l'ascoltatore è ascoltato, e la comunicazione è a sua volta inserita in un più largo contesto di riferimento, che la contiene e che a sua volta ne è contenuto. Il rapporto di relazionalità tra forma e predicato riguarda quindi anche, più in generale, tutte quelle forme per mezzo delle quali, all'interno del linguaggio, avviene un "trasporto", uno slittamento di un significato da un termine ad un altro. Molti concetti corporativi volti a definire il potere papale, ad esempio, sono stati traferiti direttamente e introdotti appositamente nell'Inghilterra dei Tudor per sostenere il potere del re. D'altra parte, la tendenza dei giuristi di "ispirarsi all'ecclesiologia e di servirsi del linguaggio ecclesiastico per scopi secolari aveva comunque una propria tradizione ben consolidata, trattandosi di una pratica la cui legittimità era pari all'antichità della prassi di trarre conclusioni *de similibus ad similia*".<sup>579</sup>

---

<sup>578</sup> Kantorowicz aggiunge a proposito che "la coeguaglianza tra corpo naturale del re e corpo politico durante la loro 'associazione e congiunzione' era fuori questione; d'altra parte, l'inferiorità del corpo naturale per se rispetto al corpo politico non è 'ariana', ma è in perfetta sintonia con il *minor Patre secundum humanitatem* del credo ortodosso e del dogma ufficiale (...)", Op. cit., p. 17.

<sup>579</sup> E. Kantorowicz, Op. cit. (1957), p. 19.

L'aspetto rilevante consiste nel fatto che qualunque di questi trasporti (o slittamenti, o traslazioni) avviene all'interno del linguaggio e secondo i meccanismi del linguaggio; questa riflessione sul rapporto fra tema e predicato in rapporto all'uso metaforico di alcuni concetti richiama, come si è detto poc'anzi, la teoria delle "continuità discontinue" e l'idea di "adlinguisticità", che sono accomunate da una concezione secondo cui il linguaggio varia all'interno del linguaggio stesso. Il che rimanda a un vecchio dibattito, sviluppatosi intorno agli anni Sessanta del secolo scorso, sul tema del cosiddetto "pan-linguismo" (tutto è linguaggio), che riprendeva per certi versi la famosa intuizione di Wittgenstein secondo cui *tutto è linguaggio* (è nota la frase "*Die Grenzen meiner Sprache bedeuten die Grenzen meiner Welt*", ovvero "i confini del mio linguaggio sono i confini del mio mondo").<sup>580</sup>

La predicazione è davvero compresa, e non soltanto spiegata, se descritta come un meccanismo che varia all'interno del sistema riferimento, che è il linguaggio; la predicazione, come abbiamo visto nella sezione dedicata allo sviluppo della predicazione analogica durante il Medioevo,<sup>581</sup> è una possibilità di creazione del mondo che è data all'interno del mondo stesso, di cui la comunicazione è parte. Il gioco linguistico, in questa prospettiva, va inteso dunque prima di tutto come pratica sociale, che come ha fatto notare Wittgenstein è sia il meccanismo attraverso cui si possono creare mondi che il mondo stesso che è creato, è sia fine che mezzo.

E' dunque improprio domandarsi se il tema derivi dai predicati, o se piuttosto i predicati abbiano nel tema la loro origine: i due elementi sono legati da una relazione che può essere definita di co-variazione funzionale, per cui al variare della funzione dell'uno varia anche la funzione dell'altro e il tema non sarebbe "tema" se non vi fossero i predicati (e viceversa); la consapevolezza analogica del linguaggio mette dunque in crisi i meccanismi causa-effetto, riportando all'interno di una covariazione gli elementi (parte-tutto, causa-

---

<sup>580</sup> Ha rilevato Enzo Melandri (*La linea e il circolo*, 1968, pp. 117 ss.) che "la semiologia (...) tende a porsi come linguistica e quindi, col progresso, una volta o l'altra arriverà anche a esserlo; e dato che ogni interpretazione del mondo deve per forza concretarsi in una semiologia o in un'altra, e il mondo non è nulla all'infuori dell'interpretazione che ne diamo (...). Che cosa mai non è oggi - linguaggio? La musica, le arti figurative, il cinema, la mimica, il comportamento: pochi avrebbero difficoltà a identificare queste cose, e molte altre, con un linguaggio. (...) Tutto è linguaggio. Quel che non sembra, in realtà fa solo finta di non esserlo: è il 'linguaggio dimenticato'".

<sup>581</sup> Parte I, cap. II, pp. 79 ss.

effetto, esempio-discorso esemplificato, etc.). La covariazione che viene messa in luce dalla natura analogica del sapere, del linguaggio e dunque pure del pensiero umano e giuridico ha un carattere peculiare; il modo in cui gli elementi variano non pertiene soltanto alla funzione, bensì anche alla struttura. La relazionalità inscindibile che lega gli elementi delle coppie dicotomiche richiamate non riguarda soltanto lo spazio causa-effetto, ma influisce pure sulla dimensione di dipendenza strutturale di un elemento dall'altro.



## CONCLUSIONI

Il tema, di certo, non si presta ad essere agevolmente semplificato in una formula conclusiva, né d'altra parte è possibile limitare ad un solo risultato la spinta espansiva che l'analogia ha mostrato nella sua capacità di ramificarsi da un lato, e di insinuarsi nel discorso giuridico dall'altro. Se per di più il presupposto del lavoro corrispondeva, più che ad una singola domanda, al tentativo di approcciare il diritto con lo sguardo dell'analogica, tentativo il cui scopo principale era la spiegazione del rapporto fra logica e analogia nel discorso giuridico, allora non stupisce che le conclusioni di questo lavoro finiscano per corrispondere, in definitiva, all'apertura di nuove questioni.

E' noto che con il tema dell'analogia si siano cimentati studiosi di indiscussa autorevolezza, e d'altro canto la produzione giurisprudenziale che a questo tema faccia in qualche modo riferimento (a livello nazionale, sovranazionale, indistintamente in Common Law e in Civil Law) è continua e copiosa. Il timore che ha accompagnato questa ricerca è stato da sempre, per queste ragioni, quello di chi rischia un'impresa difficile e necessariamente parziale e incompleta; eppure lo stesso timore di lanciarsi in una sfida apparentemente destinata a dimostrarsi insoddisfacente - tanto per l'autrice quanto per il contributo offerto al dibattito - ha fatto invece da sfondo, da vera propria trama metodologica che ha permesso di scavare in molte direzioni, spesso certamente trascurando la quantità o la completezza del dato, ma concedendo cionostante al lavoro di crescere in più direzioni, su più livelli. La domanda originaria, se logicamente sia coerente l'uso dell'analogia nel diritto, e quali forme assuma il rapporto fra queste due dimensioni, ha condotto la ricerca attraverso un itinerario fatto di paralleli e di intersezioni: laddove vi sia un'indubbia vocazione all'analicità e alla formalizzazione da una parte, vi è comunque luogo per l'intuizione, il "salto" logico, la costruzione metaforica - vi è luogo, per dirla con un'espressione molto usata nel testo, per l'ana-logicità, una dimensione in cui la guerra civile fra logica e analogia, per dirla con le parole di Melandri, conosce una vera e propria stasi, un equilibrio dinamico che presuppone la dialettica, unica vera possibilità per evitare la

loro sconnessione. Per questo si può senz'altro ritenere che il primo fondamentale carattere dell'ana-logica che emerge da questa ricerca sia l'inclusività: già a partire dalla digressione storico-concettuale contenuta nella prima parte, la tendenza alla ricomprensione delle coppie in un discorso unitario (ma non uniforme) si evidenzia come base per gli sviluppi successivi del progetto. Nel pensiero classico, e pure nelle pratiche dei giuristi romani, l'inclusività si mostra sia nelle logiche interpretative, sia nel metodo in senso lato, come meccanismo che permette ad esempio di saltare dal responso del caso singolo alla *regula* che rappresenta l'universale. Proprio la multidimensionalità dell'inclusione ana-logica rileva, potendo essa presentarsi come forma di generalizzazione, come universale, come regola; non è però nella formula con cui essa si spiega (parte-tutto, genere-specie, etc.), ma nella frequenza con cui riemerge e nella sua presenza diffusa che essa riproduce il suo contenuto sotto molte forme: l'ana-logica è quindi multiforme.

Un altro aspetto di grande rilievo è la portata cognitiva: l'analogia e la metafora sono state usate per lungo tempo come modo per la denominazione e la conoscenza e non è un caso che queste due operazioni vengano qui citate insieme. Attraverso la predicazione analogica si può procedere ad una teonimia, e *mutatis mutandis* si possono includere nell'ordinamento giuridico oggetti ignoti sul modello di oggetti noti. La dinamica noto-ignoto denota così un'altra costante, insieme all'inclusione, di questa ricerca, la cui parte prima costituisce lo sfondo storico-concettuale in cui a spiccare sono i temi dell'inclusione (cui precede la connessione) e della predicazione: nella prima parte si mostra quindi il *tema* dell'ana-logica, inteso come il principio su cui essa si fonda, il suo vero e proprio contenuto.

Alla seconda parte fa da sfondo l'assunto per cui se la logica punta alla fondazione, l'ana-logica punta invece alla formulazione: dal tema si passa ai suoi possibili predicati, che nel caso dell'ana-logica nel discorso giuridico corrispondono alle prassi con cui il diritto mostra la sua analogicità sotto molte forme ma riproducendo il medesimo tema. Fra Common Law e Civil Law, il materiale casistico è praticamente infinito, e qui si ripropone appositamente (ma anche inevitabilmente) una mera

selezione, che non per questo però è inesatta: dai più alti livelli di giudizio, fino a più circoscritti episodi di traslazione analogica di un modello da un campo ad un altro - dal diritto reale di proprietà al diritto di internet, dal dominio sullo spazio a quello sul corpo nel caso del trattamento giuridico delle informazioni genetiche, attraverso il bilanciamento per equivalenza nel diritto europeo e il quasi sistematico ricorso all'analogia nel diritto internazionale. Le "formulazioni" (al plurale) dell'analoga che si ritrovano nel diritto sono infinite, ma possono essere ricomposte in due macrocategorie: i *dispositivi* analogici (come il precedente, l'esempio, il tipo, lo standard), che rappresentano la possibilità di ricomprendere l'universale nel singolo; e i *meccanismi* analogici, come uguaglianza, equivalenza e omogeneità, che si caratterizzano per alcune costanti, come la commisurazione, l'adeguamento, la valutazione di compatibilità: tutte strategie di cui il diritto, dovendo governare le infinite differenze della realtà per ricompenderle in un sistema coerente e possibilmente coeso, si serve costantemente. In sintesi, può allora dirsi che nella seconda parte sono descritti alcuni dei *predicati* del più ampio *tema* dell'analoga introdotto con la prima parte.

Riproponendo la struttura triadica di ogni sezione, che sta anche a simboleggiare il carattere inclusivo del pensiero analogico, alle prime due parti se ne affianca una terza, che non a caso è costruita proprio intorno alla ricomprensione fra il nucleo centrale della prima e quello della seconda, dunque fra tema e predicati. L'essere *quasi-logica* dell'analoga si è mostrato nella terza sezione sotto le forme della *paradigmaticità*, un carattere della normatività giuridica che permette al singolo elemento dell'ordinamento di *stare al posto di* qualcos'altro: mostrando (da *parà* e *deiknymi*, «mostrare qualcosa a fianco di qualcos'altro») con il proprio essere come si dovrebbe essere, il paradigma (nelle varie tipologie sotto cui si presenta) è il modello in cui si integrano da una parte il tema dell'analogia e le sue declinazioni, e dall'altro le dimensioni descrittiva e prescrittiva, costitutivamente i fondamenti - relazionali - della normatività giuridica.

Lo stesso stile di questa ricerca ha assunto un carattere analogico, quindi, come dimostra il tributo rivolto alla categoria dell'inclusività per

mezzo della struttura generale, così come di quella interna a ciascuna sezione. Introducendo l'ana-logica si è tentato soprattutto di dare spazio alla riformulazione dei problemi al fine di riportare alla luce alcune delle dinamiche del dominio razionale nel discorso giuridico: in questo senso si è stabilita una coerenza con l'intento originario del lavoro, quello di puntare ad una descrizione non soltanto delle forme del pensiero analogico nel diritto, ma anche (e in particolare) delle relazioni fra i contenuti, gli scopi e la dialettica costante che lega logica e analogia, che scorre parallela ai tre nuclei centrali di questo lavoro: il tema nel suo percorso storico-concettuale, i predicati o forme attraverso cui esso si mostra nel discorso giuridico, e la ricomprensione di questi nella paradigmaticità che a ragione può essere considerato l'approdo della ricerca che qui si chiude e insieme lo spunto per un nuovo lavoro.

Se già la scelta del titolo mostrava l'intento di ricomporre in un discorso relazionale logica e analogia, la dialettica fra queste è la vera costante con cui si può e si deve chiudere questo lavoro, che finisce per collocarsi, come mostrano le numerose coppie dicotomiche dei titoli, su molte soglie, che verosimilmente stanno a riprodurre quell'originario *limen* fra logica e analogia da cui appunto muove tutta la ricerca, all'esito della quale non si può certo negare che il diritto, come ogni discorso che tenta una riconciliazione fra pensiero e realtà (o fra logica ed esperienza), si trovi sospeso fra due poli, quello logico e quello analogico, come si è mostrato nella prima parte con l'analisi del carattere ambivalente della particella *anà-*.

La dialettica ana-logica ha costituito la ragione principale di uno stile e di un metodo per certi versi ancora misconosciuti alla teoria generale del diritto, e proprio la sua rideterminazione a partire dal rapporto fra forme e contenuto, e fra predicati e tema ha portato infine a discutere alcuni problemi di interazione fra struttura e funzione che si danno nell'ambito del pensiero giuridico. D'altra parte, osservando criticamente l'analogia in contrapposizione (ma comunque in relazione) alla logica, si è scoperto come anche la logica sia utile, feconda e indispensabile e come l'analogia, partendo dai modi con cui si manifesta e risalendo digressivamente ai *perché*, possa apparire razionale.

Per concludere, se dalla dialettica si è partiti, alla dialettica bisogna tornare per riprendere il filo di questa ricerca affinché essa possa opportunamente porsi come base per nuovi interrogativi e per indagini future. Nel discorso giuridico, la dialettica logica-analogia svolge una funzione mediatrice e “se è vero che la dialettica è la più alta prestazione del pensiero, è impossibile che si possa mai trovare un meccanismo formale che, una volta adottato, ci dispensi di qui in poi da quel che Hegel chiama la ‘fatica del concetto’” (Melandri, 806). In definitiva, il lavoro non ha inteso dare un giudizio dell’ana-logica nel diritto nei termini di un’operazione buona o cattiva: poiché il tratto che accomuna ogni concetto, ogni relazione, ogni formazione discorsiva che abbiano un carattere analogico ha nel proprio carattere l’essenza, che trascende la valutazione a posteriori: l’esistenza dell’ana-logica è sempre un’esistenza transitoria, e il suo essere “transeunte” (Melandri) è l’unica costante, l’unico vero attributo che sembra possibile associare ad essa al termine di questa ricerca. Non uno, ma molti sono in effetti i luoghi del diritto in cui l’ana-logica si è mostrata essenzialmente come soglia di una transizione: prima di tutto fra identità e differenza (non è un caso che Hegel abbia definito l’analogia come “*Identität der Identität und Nachidentität*”, cioè identità fra identità e non identità”); poi anche fra parti e tutto all’interno di un ordine, e molto spesso i casi hanno dimostrato che la sua funzione principale a livello ermeneutico-decisionale sia quella di mediare fra genere e specie. La questione critica che emerge è che i dispositivi e i meccanismi analogici assumono particolare rilevanza quando dalle forme logiche del pensiero ci si avvicina ai fenomeni dell’agire pratico; l’ana-logica, intesa come campo e non solo come forma di ragionamento, riguarda dunque anzitutto la comprensione del rapporto fra diritto e agire pratico, per cui rileggere il sistema del diritto *sub specie analogiae* significa riflettere su di esso nella chiave delle tensioni tipiche fra logica e quasi-logica che riguardano l’agire pratico, mostrando limiti e virtù del pensiero giuridico.

L’ana-logica vuole riattribuire il senso della complementarità fra logica e analogia nel discorso giuridico, una complementarità che la stessa

dialettica dell'esclusione dell'una o dell'altra, d'altra parte, non fa altro che riproporre in maniera continua.

## BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., (a cura di G. Vattimo), *Filosofia '94*, Roma-Bari, Laterza (1994)
- AA.VV. (a cura di T. W. Adorno), *Der Positivismusstreit in der deutschen Soziologie*, , Francoforte, DTV (1993)
- G. Agamben, *Archeologia di un'archeologia* in E. Melandri, *La Linea e il Circolo. Studio logico-filosofico sull'analogia* (1968), second ed., Quodlibet, Macerata (2004)
- G. Agamben, *Signatura rerum. Sul metodo*, Torino, Bollati-Boringhieri (2008)
- R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie juristischen Begründung*, Frankfurt am Main (1978)
- R. Alexy, *Concetto e validità del diritto*, Torino, Einaudi (1997)
- P. Amselek, *L'étonnement devant le droit*, in *Annales de Philosophie du droit* (1968)
- C. Ando, *Law, Language and Empire in the Roman Tradition*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia (2011)
- H. Arendt, *La vita della mente*, ed. it. a cura di Alessandro dal Lago, Bologna, Il Mulino (2007)
- Aristotele, *Etica Nicomachea*, Milano, Bompiani (2000)

- Aristotele, *Organon*, Milano, Adelphi (2003)
- Aristotele, *Metafisica*, Milano, BUR (2009)
- Aristotele, *Poetica*, Torino, Piccola Biblioteca Einaudi (2008)
- Aristotele, *Retorica*, Milano, Mondadori (1996)
- M. Atienza, *Sobre la analogia en el derecho*, Madrid, Civitas (1986)
- H. Atlan, *Entre le cristal et le fumé*, Seuil (1986)
- J. Austin, *How to do things with words*, Harvard University Press (1975)
- L. Bagetto, *L'argomentazione esemplare nella tradizione religiosa*, in *Filosofia '94* Roma-Bari, Laterza
- A. Baratta, *Natura del fatto e diritto naturale*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, XXXVI (1959)
- Karl Barth, *Darstellung und Deutung seiner Theologie*, Köln, J. Hegner (1951)
- R. Barthes, *Elementi di semiologia*, Torino, Einaudi (2002)
- R. Barthes, *La retorica antica: Alle origini del linguaggio letterario*, Milano, Bompiani (2011)
- R. Barthes, *Sistema della moda*, Torino, Einaudi (1967)
- Y. Barel, *Le paradoxe et le système. Essai sur le fantastique sociale*, PUF (2008)



- J.P. Baud, *L'affair de la main volée. Histoire juridique du corps*, Seuil (1993)
  
- J.L. Bell, *Continuity and Infinitesimals*, in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (2005)
  
- É. Benveniste, *Le vocabulaire des institutions indo-européennes*, VOL.II. (Pouvoir, droit, religion), Paris, Minuit (1969)
  
- É. Benveniste, *Problemi di linguistica generale*, Milano, Il Saggiatore (1994)
  
- W. Benjamin, *Angelus Novus. Saggi e frammenti*, Torino, Einaudi (2006)
  
- I. Berlin, *On the Pursuit of Ideal*, The New York Review of Books, Lecture for the Agnelli Prize (1988)
  
- M. Bernard, *L'inquiétante étrangeté. Note sur l'Unheimliche*, in: *Littérature*, n°8, *Le fantastique* (1972)
  
- E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, Milano, Giuffré (1971)
  
- E. Betti, *L'ermeneutica storica e la storicità dell'intendere*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Bari* (1961)
  
- E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, Utet (1960)
  
- N. Bobbio, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Roma-Bari, Laterza (2007)
  
- N. Bobbio, *L'analogia nella logica del diritto* (1938), ed. a cura di Paolo Di Lucia, Milano, Giuffrè (2006)
  
- N. Bobbio, *Teoria della norma giuridica*, Torino, Giappichelli (1958)

- O. F. Bollnow, *Das Verstehen, Drei Aufsätze zur Theorie der Geisteswissenschaften (Was heisst, einen Schriftsteller besser verstehen, als er sich selbst verstanden hat?)*, Mainz (1949)
  
- L. Boltanski e L. Thévenot, *De la justification*, Paris, PUF, 1978
  
- E. Bloch, *Tübinger Einleitungen in die Philosophie*, Suhrkamp Verlag (1963-64)
  
- H. Blumenberg, *La leggibilità del mondo: Il libro come metafora della natura*, Bologna, Mulino (1984), ed. or. *Die Lesbarkeit der Welt*, Suhrkamp, Francoforte (1980)
  
- H. Blumenberg, *Paradigmen zu einer Metaphorologie*, Suhrkamp (1960)
  
- H. Blumenberg, *Elaborazione del mito*, Milano, Feltrinelli (1991)
  
- N. Bobbio, *Über den Begriff „Natur der Sache“*, in *Archiv für Rechts-und-Sozialphilosophie*, XLIV (1958), , tradotto in italiano come *La natura delle cose*, in *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano (1965),
  
- A. von Bogdandy, *I principi fondamentali dell'Unione europea. Un contributo allo sviluppo del costituzionalismo europeo*, Napoli (2011)
  
- C. Bottici, *Men and States. Rethinking the Domestic Analogy in a Global Age*, MacMillan, Palgrave (2009)
  
- Jacques Bouveresse, *Prodiges et vertiges de l'analogie*, Raisons d'agir éditions, Paris, (1999)
  
- P. Bourdieu, *Genèse et structure du champ littéraire*, Seuil, Paris (1992)
  
- M. Bretone, *Diritto e tempo nella tradizione europea*, Roma-Bari, Laterza (2004)

- M. Bretone e M. Talamanca, *Il diritto in Grecia e a Roma*, Roma-Bari, Laterza (1981)
  
- M. Bretone, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, ESI (1971)
  
- Scott Brewer, *Exemplary Reasoning: Semantics, Pragmatics, and the Rational Force of Legal Argument by Analogy*, 109 *Harvard Law Review* 923 (1996)
  
- Scott Brewer in *Traversing Holmes' Path toward a Jurisprudence of Logical Form*, in *The Path of the Law and Its Influence. The Legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr.*, (a cura di) Steven J. Burton, Cambridge University Press (2000)
  
- Dan L. Burk, *The Trouble with Trespass*, 4 *J. Small & Emerging Bus. L.* 27 (2000)
  
- G. Calabresi, *A common Law for the age of Statutes*, The Lawbook Exchange, ristampa (2000)
  
- Jean Carbonnier, *Flexible droit - Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10<sup>e</sup> édition, Paris, LGDJ (2001)
  
- G. Carlizzi, *Introduzione a Analogia e "natura della cosa". Un contributo alla dottrina del tipo*, Napoli, Vivarium (2003)
  
- R. Carnap, *La Costruzione logica del mondo. Pseudoproblemi nella filosofia*, ed. or. R. Carnap. *Der logische Aufbau der Welt*, Wcllkreis-Verlag, Berling-Schlachtensee (1928), ed. it. a cura di Emanuele Severino, Torino, Utet (1997)
  
- O. Cayla, *Le jeu de la fiction entre "comme si" et "comme ça"*, *Droits, revue française de théorie juridique*, n° 21, p. 3-15 (1995)
  
- E. Cassirer, *Philosophie der symbolischen Formen*, Berlin (1929)
  
- M. de Certeau *L'écriture de l'histoire*, Gallimard (1975)

- M.T. Cicerone, *L'oratore*, Milano, Mondadori (1997)
- E. Conte, *Intorno a Mosé: Appunti sulla proprietà ecclesiastica prima e dopo l'età del diritto comune*, in *A Ennio Cortese, Vol.I, Il Cigno Edizioni, Roma (2001)*
- I. Copi, *Introduzione alla logica* (1961), Bologna, Il Mulino (1964)
- G. Cornu, *Le règne discret de l'analogie*, in *Mélanges à André Colomer* (1993)
- J.F. Courtine, *Inventio Analogiae. Métaphysique et ontothéologie*, Librairie Philosophique J. Vrin, Parigi (2005).
- Dante, *Convivio*, in *Opere minori*, vol. II, sezione a cura di Angelo Jacomuzzi, Torino U.T.E.T. (1986)
- S. Dellavalle, *Dalla comunità particolare all'ordine universale*, Napoli, ESI (2011)
- J. Derrida, *La scrittura e la differenza*, Torino Einaudi (1990)
- W. Dilthey, *Die Entstehung der Hermeneutik* (1900), in *Dilthey, W., Gesammelte Schriften*, vol. 6, Gottingen, Vandenhoeck & Ruprecht
- E. Durkheim, *Les règles de la méthode sociologique*, Paris, Flammarion (1988)
- R. Dworkin, *Justice in Robes*, Harvard (2006)
- F.H. Easterbrook, *Cyberspace and the Law of the Horse*, University of Chicago Legal Forum (1996)
- U. Eco, *Dire quasi la stessa cosa. Esperienze di traduzione*, Milano, Bompiani (2012)

- J. Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Königsten im Taunus, Athenäum-Verlag (1970)
  
- J.-L. Fabiani, *La généralisation dans les sciences historiques. Obstacle épistémologique ou ambition légitime?*, 1 Annales. Histoire, Sciences Sociales (2007)
  
- A. Ferrara, *La forza dell'esempio: Il paradigma del giudizio*, Milano, Feltrinelli (2008)
  
- A. Ferrara, *Modernità e razionalità nel pensiero dell'ultimo Habermas*, Fenomenologia e società, XII, 1 (1989)
  
- M. Ferraris, *Estetica razionale*, Raffaello Cortina, Milano (2011)
  
- Festo, Sesto Pompeo, *De verborum significatione*, disponibile online (<http://archive.org/stream/mverriiflacciqua01verruoft#page/n5/mode/2up>)
  
- M. Foucault, *Le parole e le cose. Un'archeologia delle scienze umane* (1966, Gallimard), Milano, BUR (2007)
  
- M. Foucault, *L'archeologia del sapere* (1969), Milano, BUR (1999)
  
- M. Foucault, *L'ordine del discorso e altri interventi*, Torino, Einaudi (2004)
  
- M. Foucault, *Sicurezza, territorio, popolazione*, trad. it. a cura di Paolo Napoli, [*Sécurité, territoire, population. Cours au Collège de France* (1977-78), Paris: Gallimard/Seuil (Collection « Hautes Études »)], Milano, Feltrinelli (2005)
  
- J. Farrar, *Reasoning by Analogy in the Law*, Bond Law Review: Vol. 9: Iss. 2, Art.3 (1997)

- G.B.Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, Giuffr  (1968)
  
- Gaio e Giustiniano, *Istituzioni di Gaio e Giustiniano*, a cura di S. Beltrani, Simone (1995)
  
- H. G. Gadamer, *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, Tübingen (1960)
  
- A. Gargani e si trova in *La figura del maestro. Esemplarit , autenticit  e inautenticit *, in *Filosofia '94*
  
- F. G ny, *Méthode d'interprétation et sources de droit positif*, 2 ed. (1932)
  
- J. Gerson, *Oeuvres complètes*, Vili, Paris (1971)
  
- L. Gianformaggio, *L'eguaglianza di fronte alla legge: principio logico, morale o giuridico?*, in V. Velluzzi (2011)
  
- J.W. von Goethe, *Maximen und Reflexionen* (pubblicate postume nel 1833)
  
- J.W. von Goethe, *Gedenkausgabe der Werke, Briefe und Gespr che*, XVI-XVII, Zurich, 24 Bde
  
- V. Goldschmidt, *Le paradigme dans la dialectique platonicienne*, Parigi (1947)

- H. Habermas, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano, Guerini e Associati Editore (1997)
  
- Herbert Hart, *Il concetto di diritto*, Torino, Piccola Biblioteca Einaudi (2002)
  
- G.W.F. Hegel, *Sämtliche Werke*, Stuttgart (1927-1939)
  
- M. Heidegger, *Essere e tempo* (1927), tr. it. P. Chiodi, Utet, Torino (1968)
  
- M. Heidegger, *Unterwegs zur Sprache*, Stuttgart, Klett-Cotta, 2003
  
- H. Höffding, *Der Begriff der Analogie*, Leipzig (1924)
  
- S.C. Humpreys, *Fustel de Coulanges and the Greek "genos"*, in *Sociologia del diritto* IX, pp. 35- 44, 3 (1982)
  
- M. Jacob, *Precedents: Lawmaking Through International Adjudication*, *German Law Review* vol.12 no. 5 (2011).
  
- J. Kammerhofer, *Uncertainty in Interantional Law*, Routledge (2011)
  
- I. Kant, *Critica della ragion pura* (1781), trad. it. a cura di Gentile e Lombardo-Radice, Roma-Bari (2005)
  
- I. Kant, *Critica della ragion pratica* (1788), trad. it. F. Capra, Roma-Bari, Laterza (2012)
  
- I. Kant, *Critica del giudizio* (1790), trad. it. A. Gargiulo, Roma-Bari, Laterza (2011)
  
- I. Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, *Vandenhoeck & Ruprecht*, Göttingen (2004)

- E. H. Kantorowicz, *I due corpi del re* (1957), Torino, Einaudi, ed. originale *The King's Two Bodies. A Study in Medieval Political Theology*, Princeton University Press (2012)
  
- A. Kaufmann, *Analogie und "Natur der Sache"*, zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus, Decker (1982)
  
- A. Kaufmann, *Rechtsphilosophie*, Beck Verlag (1997)
  
- H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 1. Aufl., Leipzig und Wien (1934), 2. Aufl.: Wien (1960)
  
- H. Kelsen, *The philosophy of Aristotle and the Hellenic-Macedonian Policy*, in *The International Journal of Ethics*, Vol. XLVIII, n.1 (1937)
  
- M. Klatt, *Making the Law Explicit: the Normativity of Legal Argumentation*, Oxford, Hart Publishing (2008)
  
- A. Kojève, *La dialettica e l'idea della morte in Hegel*, trad. it. P. Serini, Einaudi, Torino (1991)
  
- R. Koselleck, *Begriffsgeschichten. Studien zur Semantik und Pragmatik der politischen und sozialen Sprache*, Suhrkamp, Francoforte (2006)
  
- T. Kuhn, *The structure of scientific revolutions*, University of Chicago Press (1962)
  
- San J. Y. Lacoste, *Dizionario critico di teologia (Dictionnaire critique de théologie)*, PUF, Parigi, 1998), ed. it. a cura di Pietro Coda, Roma (2005)
  
- George Lakoff, *Metaphors we live by*, University of Chicago Press (1980)



- Katja Langenbucher, *Argument by analogy in European Law*, Cambridge Law Journal, 57(3) (1998)
  
- G. W. Leibniz, *Scritti filosofici*, Torino, Utet (2000)
  
- G.W. Leibniz, *Monadologia*, a cura di G. Preti, SE (2007)
  
- L. Lessig, *The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach*, Harvard Law Review (1999)
  
- D.M. Levin, *The Philosopher's Gaze: Modernity in the Shadows of Enlightenment*, UC Berkeley Press (1999)
  
- L. Lévy-Bruhl, *Les fonctions mentales dans les sociétés inférieures*, Parigi (1928)
  
- C. Lévi-Strauss, *The Savage Mind*, ed. francese *La Pensée sauvage*, Librairie Plon, (1962)
  
- C. Lévy-Strauss, *L'Identité. Séminaire interdisciplinaire dirigé par Claude Lévi-Strauss*, Paris, Grasset (1977)
  
- H. G. Lidell, R.Scott, *Greek-English Lexicon. With a Revised Supplement*, Clarendon Press, Oxford (1996)
  
- M. C. Lipari, *Modus e Dike: Riflessioni sul modo della giustizia*, Milano, Giuffré (2008)
  
- J.-F. Lyotard, *La condizione postmoderna: Rapporto sul sapere*, trad. it. di Carlo Formenti, (*La condition postmoderne*, Parigi, Minuit, 1979), Milano, Feltrinelli (2012)
  
- J.F. Lyotard, *Le différend*, Ed. Minuit (1984)

- N. Luhmann, *Familiarità, confidare e fiducia*, in: *Le strategie della fiducia. Indagini sulla razionalità della cooperazione*, a cura di D. Gambetta, Torino, Einaudi (1989)
  
- N. Luhmann, *Struttura della società e semantica*, Roma-Bari, Laterza (1983)
  
- C. Magris, *Danubio*, Milano, Garzanti (1986)
  
- W. Maihofer, *La natura della cosa*, a cura di G. Berno e A. Mazzei, in *Percorsi contemporanei del diritto naturale*, a cura di G. Ciscato e F. Todescan, Padova (2011)
  
- A. Mazzei e Tommaso Opocher, *Fondazione ontologica del diritto e "natura della cosa"*, Padova, Cedam (2011)
  
- E. Melandri, *La linea e il circolo. Studio logico-filosofico sull'analogia* (1968), Macerata, Quodlibet (2004)
  
- E. Melandri, *Contro il simbolico. Dieci lezioni di filosofia*, Macerata, Quodlibet (2007)
  
- E. Melandri, *E' logicamente corretto l'uso dell'analogia nel diritto?*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Varese (1968)
  
- E. Melandri, *L'analogia, la proporzione, la simmetria*, Milano, ISEDI (1974)
  
- E. Meyerson, *Identité et réalité*, Paris, 3<sup>a</sup> ed. (1926)
  
- B. Mondin, *Dizionario enciclopedico del pensiero di San Tommaso d'Aquino*, Bologna, (1991)
  
- M. de Montaigne, *Saggi*, Adelphi, Milano (1992)

- P. Napoli, *Ratio scripta et lex animata: Jean Gerson et la visite pastorale*, in *L'écriture des Juristes (XVIe-XVIIIe siècle)*, Etudes réunies par Laurence Giavarini, Paris, Garnier (2010)
  
- B.G. Niebuhr, *Lectures on the History of Rome*, London (1848)
  
- F. Nietzsche, *Su verità e menzogna in senso extramurale* (1873), trad. it. di Sossio Giametta, RCS Quotidiani (2010)
  
- L. Nivarra, *Le parole del diritto: finzioni*, in *Europa e diritto privato 2* (2005)
  
- J.-C. Passeron et Jacques Revel (a cura di), *Penser par cas*, Editions de l'EHESS, "Enquête" (2005)
  
- J. Pauwelyn, *Fragmentation of International Law*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, OUP (2006)
  
- C. Perelman, L. Olbrechts- Tyteca, *Trattato sulla argomentazione. La nuova retorica* (1958), a cura di Norberto Bobbio), Einaudi, Torino (2001)
  
- Platone, *Cratilo*, Roma- Bari, Laterza (2008)
  
- Platone, *Leggi*, Roma- Bari, Laterza (2008)
  
- Przywara, *Akt und Sein*, in *Beiträge zur Förderung der christlichen Theologie von Schlatter und Lutger*, vol. 34 (1934)
  
- K. R. Popper, *Logica della scoperta scientifica. Il carattere autocorrettivo della scienza* (1934), Torino, Einaudi (2010)
  
- P. Prodi, *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, Bologna, Il Mulino (2000)

- Quine, *Parole e oggetto*, Milano, Il Saggiatore (2008)
- Quintiliano, *Institutio Oratoria*, Torino, Einaudi (2001)
- G. Radbruch, *La natura della cosa come forma giuridica del pensiero*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, III (1941)
- E. Resta, *Diritto vivente*, Roma-Bari, Laterza (2008)
- E. Resta, *Il diritto fraterno*, Roma-Bari, Laterza (2005)
- E. Resta, *L'identità nel corpo*, in P. Zatti, *Trattato di biodiritto*, vol. II, Milano, Giuffré (2011)
- E. Resta, *Le stelle e le masserizie. Paradigmi dell'osservatore*, Roma-Bari, Laterza (1997)
- S. Rials, *Le juge administratif français et la technique du standard*, Thèse doctorale, Paris II (1978)
- P. Ricoeur, *La metafora viva. Dalla retorica alla poetica. Per un linguaggio di rivelazione*, Jaca Book (1997)
- F. de Saussure, *Corso di linguistica generale*, Roma-Bari, Laterza (1967)
- F. von Savigny, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswisensschaft* (1814), Heidelberg (1840)
- F. Schelling, *Filosofia della mitologia*, Milano, Mursia Editore (1999)
- F. Schulz, *Storia della giurisprudenza romana*, Firenze, Sansoni (1968)

- J. R. Searle, *Atti linguistici. Saggio di filosofia del linguaggio (Speech acts: an essay in the Philosophy of language)*, Cambridge University Press, 1969), Torino, Bollati-Boringhieri (2010)
- J. R. Searle, *Making the Social World. The Structure of Human Civilization*, OUP (2010)
- J. R. Searle, *How to derive "ought" from "is"*, in *Philosophical Review* 73 (1), 43-58 (1964)
- E. Severino, *Legge e caso*, Milano, Adelphi (1980)
- H. Sluga, *Wittgenstein*, London, Blackwell (2011)
- G. Spencer-Brown, *Laws of Form*, London, Allen & Unwin (1969)
- B. Spinoza, *Etica dimostrata secondo l'ordine geometrico*, a cura di Sossio G. Torino, Bollati-Boringhieri (2006)
- S. Tommaso d'Aquino, *Summa Theologica*, Milano, Cisalpino (1942)
- S. Tommaso d'Aquino, *Quaestiones disputatae de Potentia Dei*, Firenze, Nardini (1991)
- P. Strawson, *Individuals. An Essay in Descriptive Metaphysics* (1959), Routledge (1990)
- P. Strawson, *Subject and Predicate in Logic and Grammar*, London (1974)
- H. Suganami, *The domestic analogy and the world order proposals*, Cambridge University Press (1989)
- G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi*, Il Mulino, Bologna (1974)

- Y. Thomas, *L'enfant à naître et l'héritier sien*, in 1 *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, p. 29-68 (2007)
  
- Y. Thomas, *L'extrême et l'ordinaire. Remarques sur le cas médiéval de la communauté disparue*, in *Penser par cas*, pp.45- 73 (2005)
  
- T. Todorov, *La conquista dell'America: Il problema dell'"altro"* (prima ed. 1982, *La Conquête de l'Amérique : La Question de l'autre*), Milano, Einaudi (1992)
  
- L. Torchia, *Il governo delle differenze. Il principio di equivalenza nell'ordinamento europeo*, Bologna, Il Mulino (2006)
  
- L. Vacca, *Contributo allo studio del metodo casistico nel diritto romano*, Milano (1976)
  
- H. Vaihinger, *Die Philosophie des Als-ob: System der theoretischen, praktischen und religiösen Fiktionen der Menschheit auf Grund eines idealistischen Positivismus*, Verlag von Felix Meiner (1922)
  
- G. Vattimo, *Oltre l'interpretazione. Il significato dell'ermeneutica per la filosofia*, Roma- Bari, Laterza (1994)
  
- V. Velluzzi, L. Pelliccioli (a cura di), *L'analogia e il diritto. Antologia breve*, Pisa, ETS (2011)
  
- Verdross, Alfred, Simma, Bruno, *Universelles Völkerrecht- Theorie und Praxis*, 3rd edition (1984)
  
- G. Vico, *Principi di scienza nuova*, Milano, Mondadori (2011)
  
- G. Vico, *De uno universi iuris principio et uno fine*, "De opera proloquium" (1721)
  
- G.Vico, *Opere giuridiche*, a cura di Paolo Cristofolini, Firenze, Sansoni (1974)

- M. Weber, *Il metodo delle scienze storico-sociali* (1922), Torino, Einaudi (2003)
- F. Wieacker, *Zur Rolle des Arguments in der römischen Jurisprudenz*, in *Festschrift Kaser*, München (1976)
- L. Wittgenstein, *Ricerche filosofiche*, Torino, Einaudi (2009)
- L. Wittgenstein, *Della certezza*, Torino, Einaudi (1999)
- L. Wittgenstein, *Libro Blu e libro marrone*, a cura di A. Conte, Torino, Einaudi (2000)
- G.H. Von Wright, *Norm and action* (1963)
- P. Zatti, S. Rodotà, *Trattato di bio diritto*, Milano, Giuffrè (2011)

## GIURISPRUDENZA DI RIFERIMENTO

### a. Corte Costituzionale Italiana

- Corte Cost. 448/2008
- Corte Cost. 154/76
- Corte Cost. 112/68
- Corte Cost. 255/82
- Corte Cost. 227/75
- Corte Cost. 276/93
- Corte Cost. 173/1991
- Corte Cost. 72/1964
- Corte Cost. 208/1975
- Corte Cost. 39/1971
- Corte Cost. 208/1975

### b. US Supreme Court

- *Adams v. New Jersey Steamboat Co.* (1896)
- *MacBoyle v. United States* (1930).
- *United States v. Jones* (2012)
- *Kyllo v. United States* (2001)
- *Katz v. United States* (1967)
- *Olmstead v. United States* (1928)
- *Goldman v. United States* (1942)
- *Longmeid vs. Holliday* (1851)
- *Donoghue vs. Stevenson* (1932)
- *Moore v Regents of University of California* (1990)
- *Thrifty-Tel v. Bezenek* (1996)
- *CompuServe v. CyberPromotions* (1997)



### **c. ECJ (European Court of Justice)**

- *Francovich v Italy* (1990)
- *Union Française de Céréales v Hauptzollamt Hamburg-Jonas* (1978)
- *Cassis de Dijon* (1979)
- *Gilli and Andres* (Criminal proceedings against) (1980)

### **d. ICJ**

- *Affaire des boutres de Mascate*
- *SS "Wimbledon" Case*
- *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua Case (Cameron vs. Nigeria)*
- *Nicaragua Vs. United States*



## RINGRAZIAMENTI

Questa tesi è come spesso accade il frutto di dialoghi, dibattiti, presentazioni, seminari, incontri, e viaggi. Prima di tutto e soprattutto, è il frutto di una passione, e senza il Professor Eligio Resta questa passione non si sarebbe trasformata nella curiosità che ha dato forma a questo scritto e che mi auguro mi accompagnerà nella mia vita personale e professionale come ha fatto durante questi tre anni. Se un maestro è filosoficamente l'esempio della vita autentica, colui che non ti impone come essere ma ti mostra l'amore per il gesto e la parola attraverso l'agire, io ho trovato nel mio Maestro *il* Maestro, la cui guida e sguardo critico spero restino la linfa che finora hanno costituito.

La mia gratitudine va anche a moltissime persone sparse fra Roma Tre, che è ormai come una casa, e alcuni posti in giro per il mondo: in ordine cronologico rispetto ai miei spostamenti, a tutto il personale del Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht di Heidelberg, ai miei amici Michael Ioannidis e Lorenzo De Gregoriis, per l'affetto e il supporto durante le lunghe giornate di studio nel 2010 e 2011, e di scrittura nel 2013. Soprattutto la mia gratitudine va però al Direttore dell'Istituto, il Prof. Armin von Bogdandy, che mi ha accolta prima come Visiting, poi come Gast e infine come Stipendiatin, mostrandomi stima e interesse per il mio lavoro e offrendomi un luogo accogliente e unico al mondo in cui scambiare le mie idee, discutere le mie prospettive, e concentrarmi sullo studio. Ringrazio anche di cuore Holger Paul Hestermeyer, che mi ha spinto a coltivare minuziosamente il mio lavoro, e mi ha supportata con la sua incredibile intelligenza e la sua infinita energia vitale, e il Prof. Sergio Dellavalle, per le lunghissime conversazioni su Hegel e sulla vita accademica, fra Heidelberg, Torino e Torre Pellice. Altrettanto affetto e gratitudine vanno al Prof. Paolo Napoli, che mi ha accolta all'EHESS di Parigi, offrendomi la massima disponibilità ad ascoltarmi e ad indicarmi ottime letture, e al Prof. Emanuele Coccia, scoperta recente, che ha discusso con me l'idea di questa tesi e mi ha incoraggiata a guardare oltre, puntando al vero cuore delle intuizioni; al *Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte* di Francoforte, per avermi dato l'opportunità di scambiare le mie idee sull'analogia insieme ai colleghi storici del diritto, e a Christiane Birr in

particolare; al Prof. Carel Smith (Leiden) per aver accettato la mia candidatura a parlare al World Congress for Philosophy of Law and Social Philosophy nell'estate 2011 a Francoforte, unica dottoranda in mezzo a un gruppo di docenti di fama mondiale, incoraggiandomi con un sorriso per calmare la mia eccitazione (e paura), e invitandomi a contribuire al libro nato da quel convegno. Al Prof. Scott Brewer di Harvard, esperto di analogia, per aver discusso con me le idee di Enzo Melandri, lontano dalla sua tradizione, con l'entusiasmo di uno studente. All'Université de Poitiers, e in particolare al Prof. Michel Boudot per le chiacchierate di filosofia durante i lunghi pranzi, e al Prof. Sebastien Pimont (Savoie), che dopo aver partecipato alla mia presentazione mi ha invitata a scrivere per la sua *Revue Critique de Jurisprudence*.

Grande affetto va inoltre al Department of Philosophy di Berkeley, e in particolare a John Searle, che non soltanto mi ha accolta nella sua "famiglia", ma mi ha fatto tenere uno dei suoi seminari al Berkeley Social Ontology Group, e mi ha riempita di domande e appunti sulla predicazione analogica, mostrandomi come tutto davvero parta dal linguaggio, e continuando ancora oggi a seguire le mie vicende, con stima e affetto, e al Prof. Hans Sluga, per i suoi racconti su Michel Foucault, e la sua straordinaria capacità di trasmettere un amore folle per la filosofia, abbracciando le tradizioni analitica e continentale come soltanto un genio può fare, a Jennifer Hudin per i suoi consigli sulla letteratura americana e sull'idea di "salience" da ricercare in Merleau-Ponty. Al Prof. George Lakoff per i lunghi cappuccini a parlare di metafora e diritto. Al Berkeley Center for Law and Technology, in particolare al mio amico Babak Siavoshy per i consigli sul caso *US. v Jones*, e in generale sulle questioni teoriche intorno al quarto emendamento e le nuove tecnologie. Un ringraziamento va anche agli ottimi bibliotecari della Robbins Collection, che hanno esercitato il loro italiano durante i lunghi pomeriggi di lavoro a Berkeley. Immensa gratitudine va inoltre al Prof. Emanuele Conte, che ha seguito tutto il mio percorso mostrandomi l'importanza della storia per la teoria (e della teoria per la storia), spingendomi ad assecondare la mia energia per raggiungere obiettivi sempre più importanti, e mostrandomi una stima che mi auguro continui per lungo tempo a nutrire. A Stefania Gialdroni, altra scoperta relativamente recente, che accompagna e condivide con me momenti di lavoro

intenso, e mi supporta con affetto; con lei spero di condividere molto nel prossimo futuro.

Ringrazio dal profondo del mio cuore i colleghi che collaborano con la cattedra di Filosofia del Diritto a Roma Tre, Maria Grazie Carnevale, Favorita Barra, per aver ascoltato spesso le cose che ho scritto e per avermi dato consigli e spunti per il mio lavoro, sempre con un sorriso; Mariavittoria Catanzariti, che in questi anni ho visto un pò meno degli altri perché come me è una giramondo, ma che rappresenta insieme un modello e un'amica; Patrizio Gonnella, che ogni volta che lo incontro ha un sorriso sincero per me e mi ricorda costantemente che la teoria senza l'impegno pratico è vuota, offrendomi spesso lo spunto per riflessioni teoriche a partire dal suo incredibile e importantissimo impegno per la difesa dei diritti. A proposito della capacità di coniugare la teoria con l'impegno politico, rivolgo la mia gratitudine a Luigi Manconi, uomo straordinario, con cui ho discusso di tanto in tanto il mio lavoro, in particolare la questione dell'esemplarità, e la cui intelligenza raffinatissima rappresenta ormai un riferimento. Profonda gratitudine va a Dario Ippolito, che ha letto alcune delle mie cose, e mi ha dato ottimi consigli, non ultimo un meraviglioso passaggio di Vico su diritto e linguaggio. Ringrazio inoltre il Dott. Stefano Passera, che ha ben sopportato le mie ansie per le questioni burocratiche, e che ho sentito vicino durante i miei viaggi, perché con una battuta o un sorriso mi ha ricordato che Roma Tre può essere sempre vicina, anche quando ci sono nove ore di fuso orario in mezzo.

Il mio amore, prima ancora che la mia gratitudine, va a Gilda Diotallevi, con cui questa esperienza è iniziata, e che immediatamente ha smesso i panni della collega dottoranda per indossare quelli dell'amica, che ha seguito gli spostamenti della sua "rotellina" (che sarei io) in giro per il mondo, e che ha avuto sempre - e continua ad avere, e mi auguro avrà per sempre - un'ora per me, qualunque siano i suoi programmi, perché per un'amica il tempo c'è sempre, per una sua gioia o per una sua inquietudine, per un pianto o per un trasloco. Mi auguro che con lei questa tesi sia un mero inizio.

Infine, tutti questi spostamenti, incontri, scoperte non sarebbero stati senza una meravigliosa famiglia al mio fianco. Inizio dal più recente elemento, Antonello Iuliani, che mi sta insegnando come l'amore abbia tutti i volti possibili: una carezza o una frase o uno schizzo di supporto, una critica costruttiva al lavoro,

un viaggio insieme o una semplice passeggiata, la condivisione del Tutto attraverso la bellezza. Mia madre Carmela, che ha passato tantissimo tempo su Skype a causa dei miei spostamenti (per lavorare a questa tesi), e che mi continua a dare ogni giorno l'amore e la gioia infiniti che soltanto una madre può contenere, mostrandomi una stima che vale più di ogni parola di apprezzamento. Mio padre Natale, che insieme a lei ha assecondato la mia passione per le parole e il linguaggio da quando ho memoria, da quando ancora domandavo "perché si chiama così papà?" o "papà come si chiama questo? A che serve? Come si dice?"; le parole non bastano, né servono, a testimoniare l'importanza che lui ricopre nella mia vita, per avermi trasmesso l'amore per la musica, per la letteratura, la storia e la politica, per le strane trame del diritto (a modo tutto nostro) e soprattutto per avermi trasmesso una malinconia mista ad ironia senza la quale il mio pensiero non sarebbe così intrinsecamente "mediterraneo". A loro va inoltre un ringraziamento perché, avendomi abituata a vivere in una dimensione di pluringuismo (dialetto siciliano, dialetto calabrese) hanno fatto sbocciare una propensione per le lingue che mi permette ormai di pensare la mia vita in una dimensione internazionale e mi permette di avere amici e collaboratori in molte parti del mondo. Ringrazio anche Amy e Buddy per il loro amore incondizionato e inesauribile e Alice, che come una sorella maggiore (pur essendo la più giovane) mi redarguisce e tenta di far confluire le mie piene emotive in un qualche argine, pur sorridendo dei miei entusiasmi e del mio scarso controllo. Se è possibile, riesce ad essere più di una sorella.

Infine, la mia gratitudine va ai miei nonni, che hanno incarnato sin dalla mia infanzia l'amore più grande che una persona possa ricevere. La mia preghiera va come ogni giorno a Sebastiano, Vincenzo e Carmela, che purtroppo non saranno presenti alla mia discussione, per lo meno non fisicamente. E l'ultimo ringraziamento, quello che sta proprio in fondo al cuore e che non potrà mai spostarsi da lì, va a mia nonna Angela, che mi ricorda ogni giorno, nell'odiosa distanza che ci divide, che non mi devo preoccupare e devo stare serena; che ha seguito i miei spostamenti pregando incessantemente, e che ha gioito dei successi come se fossero i propri, perché lo sono. Non escluderei che una certa passione per l'ana-logica provenga anche da lei, che ha fatto della

narrazione un registro stilistico in cui logica, analogia, somiglianze ed esempio sono ricompresi.