

## Analogia giuridica e razionalità dell'ordinamento Note a margine

### 1. Premessa

In questo scritto intendo compiere alcune riflessioni su un'affermazione di Letizia Gianformaggio in tema di analogia giuridica<sup>1</sup>. Nello scritto *L'analogia giuridica* pubblicato nel 1986 all'interno del volume *Studi sulla giustificazione giuridica*<sup>2</sup>, al fine di spiegare per quale ragione l'analogia in campo giuridico non possa essere considerata un procedimento logico formalmente valido, Letizia Gianformaggio così motiva la sua opinione:

L'analogia [...] va considerata un procedimento logico formalmente valido? Evidentemente no, dal momento che i valori espressi nei rapporti da eguagliare sono valori qualitativi e non quantitativi, e quindi sono sempre suscettibili di interpretazioni diverse, e di discussione. Ma questo non significa che tali valori possano venir fissati *ad libitum* dall'interprete. Significa soltanto che il sistema razionale del diritto [...] non è un *dato*, ma il *prodotto*, perennemente *in fieri*, della collaborazione tra legislatori, giuristi, giudici [...]. Oppure, se non lo è (o se si ritiene che non lo sia e/o che non debba esserlo: né un dato, né un prodotto), vuol dire che mancano i presupposti per strutturare una forma di ragionamento che possa sensatamente esser chiamato «per analogia»<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Quelli sull'analogia e sul ragionamento giuridico sono i primi scritti di Letizia Gianformaggio con i quali mi sono confrontato in passato, da studente: per questa ragione mi cimento, oggi, con uno di essi. Di certo le pagine che seguono non rendono adeguatamente conto della ricchezza, complessità e originalità del pensiero dell'autrice; auspico soltanto che possano contribuire a tenere viva l'attenzione sulla sua produzione scientifica più strettamente teorico-giuridica. Mi preme rammentare che con Letizia Gianformaggio mi sono laureato e formato negli anni senesi, è stata lei il primo positivo, responsabile e decisivo esempio di attaccamento alla ricerca e alla didattica. Le sono profondamente grato per aver creduto nelle mie capacità, per avermi fatto crescere sotto molteplici aspetti, ma soprattutto per essere stata un'amica presente e preziosa in uno dei momenti più delicati e difficili da me sino ad ora vissuti.

<sup>2</sup> L. Gianformaggio, *L'analogia giuridica*, in Id., *Studi sulla giustificazione giuridica*, Torino, Giappichelli, 1986, pp. 133-154. Lo stesso scritto è stato pubblicato un anno più tardi come voce enciclopedica: si veda L. Gianformaggio, *Analogia*, in *Digesto*, IV ed., Torino, Utet, 1987, vol. I, *ad vocem*. Le citazioni contenute in questo articolo si riferiscono alla pubblicazione del 1986.

<sup>3</sup> L. Gianformaggio, *L'analogia giuridica*, cit., pp. 147-148. Questa tesi evoca chiaramente il pensiero di N. MacCormick, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto* (1978), Torino, Giap-

Cosa si intende per sistema razionale del diritto? La questione è epocale, è ben noto che v'è poca chiarezza sia per ciò che concerne la stessa razionalità dell'ordinamento giuridico, sia con riguardo a quali siano le condizioni della sua realizzazione<sup>4</sup>. Questi due ultimi temi possono essere affrontati da varie prospettive, ma nelle prossime pagine intendo trattarne dall'angolo visuale specifico (e modesto) dell'analogia giuridica ed in particolare in stretta aderenza con la questione del controllo della scelta del valore qualitativo (nel lessico di Letizia Gianformaggio) realizzata dall'interprete, scelta indispensabile per compiere un ragionamento analogico in ambito giuridico<sup>5</sup>. Bisogna, cioè, chiedersi: in base a quali criteri la scelta compiuta dall'interprete può essere considerata o non considerata *ad libitum*? E pur ammettendo che la scelta non sia arbitraria, la non arbitrarietà è già di per sé garanzia di razionalità? E se sì, di quale tipo di razionalità si tratta? Per abbozzare una risposta (o un tentativo di risposta) a tali interrogativi è necessario riassumere brevemente i punti salienti del pensiero di Letizia Gianformaggio sull'analogia giuridica.

## 2. L'analogia giuridica come argomento «a proportione»

Nelle dense pagine dedicate all'analogia giuridica si trovano svariati spunti di originalità e interesse, così come argomenti nuovi a sostegno di tesi risalenti. Il cuore della tesi è appunto antico, ma secondo Letizia Gianformaggio tutt'ora il più appropriato:

Ebbene, l'analogia in diritto non è il paradigma, e non fonda una probabilità. Analogia è proporzionalità [...]. Quale che sia il merito (= il criterio), si potrà sempre trovare una giustizia secondo il merito<sup>6</sup>.  
In presenza di una fattispecie regolata ed un'altra non regolata, al fine di stabilire perché esse meritino la medesima disciplina.

pichelli, 2001, p. 143: «Il punto, piuttosto, è quello di dimostrare che la decisione richiesta è del tutto coerente con il corpo delle regole giuridiche vigenti, e rappresenta un'estrapolazione razionale da esse, nel senso che gli obiettivi politici e gli scopi diretti che si ritiene che simili regole perseguano, sarebbero *pro tanto* messi in discussione e soggetti ad eccezioni irrazionali se il caso in questione non venisse deciso per analogia in base alle stesse regole».

<sup>4</sup> Uso come sinonimi i sintagmi «sistema giuridico» e «ordinamento giuridico», lo stesso vale per le espressioni «razionalità dell'ordinamento giuridico» e «sistema razionale del diritto».

<sup>5</sup> Che l'analogia giuridica contempra un elemento valutativo è un dato condiviso dalla gran parte della letteratura, cfr. ad esempio, R. Alexy, *Teoria dell'argomentazione giuridica* (1978), Milano, Giuffrè, 1998, p. 221: «Si possono senz'altro analizzare le strutture logiche delle relazioni di somiglianza; tuttavia l'accertamento di una somiglianza giuridicamente rilevante non può essere ottenuta a partire da tale analisi. Numerosi autori hanno perciò notato che alla base dell'analogia vi è una valutazione».

<sup>6</sup> L. Gianformaggio, *L'analogia giuridica*, cit., pp. 144-145.

Se rispondestimo solo: «perché i due casi sono simili», eluderemmo il problema di fondo. Non si produce nessuna analogia partendo da una sola norma. Ma un sistema razionale, cioè coerente e consistente, di valutazioni è facile trovare per ciascun caso la sua esatta collocazione – o, almeno, questo è il presupposto dell’analogia –: basta conoscere la regola di distribuzione delle parti [...]. Questa ricostruzione dell’analogia è la più vecchia e tradizionale: il fondamento dell’analogia nel diritto è il nucleo razionale dell’idea della giustizia distributiva, cioè l’eguaglianza [...] eguaglianza di rapporti, cioè proporzionalità<sup>7</sup>.

E quindi, dato un sistema di norme, la conseguenza giuridica da imputare ad una fattispecie non regolata espressamente si determinerà procedendo in tal modo: dapprima si individueranno le differenze rilevanti tra le fattispecie regolate prese in considerazione, indagando poi se tra le fattispecie regolate ve ne sia una che non presenta le differenze rilevanti individuate

Se una tale fattispecie si troverà si procederà *a simili*, se non si trova si procederà *a contrario*, se se ne trova una nei cui confronti F4 presenta delle differenze che sono sì rilevanti per la conseguenza giuridica di quella fattispecie, ma nel senso – opposto al precedente – di far considerare F4 ancor più meritevole di quella conseguenza giuridica, alla luce del sistema normativo in oggetto, allora si procederà *a fortiori*<sup>8</sup>.

### 3. Il criterio della proporzione, la «ratio legis» e il sistema razionale del diritto

L’analogia giuridica è quindi un argomento *a proportionem*. I giuristi e i giudici sono soliti rintracciare il criterio della proporzione nella *ratio* di una o più norme, l’individuazione della quale consente di stabilire la rilevanza della somiglianza, ed anche di operare l’estensione della conseguenza giuridica da essa/e prevista alla fattispecie non regolata<sup>9</sup>. La *ratio* rappresenta l’elemento valutativo del

<sup>7</sup> Ivi, pp. 145-146, v’è da notare l’insistenza sulla razionalità del sistema giuridico come presupposto necessario dell’analogia nel diritto.

<sup>8</sup> Ivi, p. 147, dove F4 è la fattispecie non regolata. Il ragionamento analogico così inteso è, dunque, alla base di tre modi di argomentare: *a simili*, *a contrario*, *a fortiori*.

<sup>9</sup> Questo vale per svariati modi di concepire il fondamento dell’analogia giuridica, incluso quello proposto da Letizia Gianformaggio: cfr., L. Gianformaggio, *L’analogia giuridica*, cit., p. 146, nota 31: «Voglio sottolineare che, essendo l’uguaglianza il nucleo razionale dell’idea della giustizia distributiva, non mi pare di poter ravvisare una gran differenza tra questa concezione del fondamento dell’analogia giuridica, e quella secondo cui fondamento ne è l’*eadem ratio* [...] solo che a parer mio, la *ratio* di una norma ce la può fornire solo la considerazione del sistema delle norme cui essa appartiene». Sul rapporto tra *ratio legis*, uguaglianza e analogia, nonché su altri aspetti salienti dell’analogia giuridica v. A. Cerri, *L’analogia nel sistema del diritto positivo*, in S. Cassese, G. Carcaterra, M. D’Alberti, A. Bixio (a cura di), *L’unità del diritto. Massimo Severo Giannini e la teoria giuridica*, Bologna, Il Mulino, 1994, pp. 273-314.

ragionamento analogico. Per poter fare analogia giuridica bisogna, quindi, interpretare teleologicamente una o più norme. Sull'interpretazione teleologica vale la pena spendere alcune considerazioni, poiché l'analogia ha un senso o si pone in armonia col sistema razionale del diritto, lo si è visto, solo se la *ratio* non è determinabile, per così dire, a piacimento dall'interprete.

In termini molto generici può dirsi teleologica qualsiasi interpretazione di una o più norme per la quale il significato della norma stessa è determinato avendo riguardo al fine (o ai fini) da essa perseguiti. Se si guarda all'uso della nozione di *ratio legis* fatto dai giudici e giuristi non si può fare a meno di riscontrarne la elevata vaghezza e l'ambiguità<sup>10</sup>.

Innanzitutto è dubbio se lo scopo o gli scopi perseguiti da una o più norme debbano essere considerati soggettivi o oggettivi<sup>11</sup>. La *ratio*, infatti, può essere intesa in senso soggettivo, facendo riferimento all'intenzione del legislatore, oppure in senso oggettivo, considerando la legge come provvista di «proprie finalità», senza aver riguardo ai soggetti che l'hanno prodotta<sup>12</sup>.

Il secondo problema, connesso al precedente, è costituito dalla possibilità di individuare l'intenzione del legislatore o gli scopi oggettivi delle norme: si tratta cioè di valutare se ciò sia realmente possibile e con quali strumenti.

La tesi per la quale nell'interpretazione è rilevante l'intenzione del legislatore è stata sostenuta, seppur con diversa intensità, da varie scuole di pensiero, ed ha trovato, è ben noto, conferma nelle Disposizioni preliminari al Codice civile italiano del 1942, all'articolo 12, 1° comma<sup>13</sup>. Ma si sa pure che le leggi, e più in generale i documenti normativi prodotti da organi collegiali, sono

<sup>10</sup> È bene segnalare che la *ratio* di una norma, intesa come ragione giustificatrice della medesima, può non coinvolgere gli scopi perseguiti, vale a dire che può non essere teleologica. Ma nel testo ci si uniforma all'uso diffuso nel lessico dei giuristi e giudici di identificare la *ratio legis* con gli scopi e le finalità perseguite dalla legge, salvo poi trovarsi in disaccordo su che cosa siano gli scopi e le finalità e su quale sia il criterio preferibile per individuarli. Riprendo qui, in sintesi e con qualche variazione, le considerazioni compiute nel mio *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 122-128.

<sup>11</sup> Le locuzioni «interpretazione teleologico soggettiva» e «interpretazione teleologico oggettiva» sono state impiegate in particolare da autori di area germanica, v. per tutti K. Engisch, *Introduzione al pensiero giuridico* (1968), Milano, Giuffrè, 1970, pp. 133-155.

<sup>12</sup> È curioso, tra l'altro, constatare che, con varietà di accenti, la medesima posizione (oggettiva o soggettiva) è stata assunta da correnti e scuole di pensiero eterogenee, lo rileva con riferimento alla Scuola dell'Esegesi ed alla giurisprudenza dei concetti, G. Zaccaria, *L'arte dell'interpretazione*, Padova, Cedam, 1990, p. 47: «[...] due tendenze dottrinarie come L'Ecole de l'exegèse e la Begriffsjurisprudenz, pur così diverse nei presupposti scientifici e culturali, concepiscono l'attività dei giuristi interpreti come essenzialmente [...] conoscitiva di un oggetto già determinato», vale a dire la volontà del legislatore.

<sup>13</sup> L'art. 12, comma 1, dispone: «Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore». Su alcuni problemi posti da questa norma v. A. Belvedere, *Analisi dei testi legislativi e art. 12 delle Preleggi*, in A. Palazzo (a cura di), *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, Napoli, Esi, 2001, pp. 149 ss.

frutto non di una volontà unilaterale, ma di un incontro di volontà diverse e il loro contenuto risulta essere di frequente frutto di compromesso, senza che sia possibile individuare uno o più scopi omogenei perseguibili. Insomma attraverso questo criterio sembrerebbe davvero difficile, se non impossibile, individuare un univoco scopo o fine perseguito dalla norma in virtù di quanto voluto da chi quella norma ha prodotto<sup>14</sup>. Invero, alcuni dei sostenitori di tale tesi non contestano la fondatezza di tali critiche, ma spostano il piano del dibattito, caratterizzando in termini diversi l'intenzione del legislatore. Essi sostengono che non è necessario individuare un'effettiva ed univoca volontà o intenzione del legislatore, ma che si può, con maggiore facilità, individuare un'intenzione facente capo ad una pluralità di soggetti in base ad indici presuntivi, con riferimento ad una intenzione che può essere ragionevolmente attribuita ad un insieme di individui, oppure ad una volontà presunta o cosiddetta standard<sup>15</sup>.

Pertanto, la questione riguarda così l'efficacia degli strumenti utilizzati per ricostruire l'intenzione del legislatore. Da parte di alcuni, allora, si ritiene che l'intenzione del legislatore sia costituita dallo scopo o dagli scopi condivisi da chi ha approvato il documento normativo, o dalla maggioranza di essi. Il criterio utilizzato è quello della coincidenza tra intenzione del legislatore e scopi condivisi dalla maggioranza<sup>16</sup>. Questo criterio fa capo all'uso dei lavori preparatori al fine di individuare la volontà della maggioranza, ma il ricorso ai lavori preparatori non può essere ritenuto «infallibile» e quindi risolutore. Questi ultimi, e con essi gli altri atti nei quali è contenuto il resoconto dell'attività che conduce all'emanazione del documento normativo, sono anch'essi enunciati in lingua, il più delle volte quindi vaghi e/o ambigui, interpretabili in vari modi (e ci si può

<sup>14</sup> Si tratta di un'osservazione diffusissima in letteratura cfr. almeno R. Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1993, pp. 394-395: «È dubbio che ad un organo collegiale si possano riconoscere una volontà o una intenzione nello stesso senso in cui si parla di volontà o intenzione in relazione ai singoli individui [...]. Inoltre ogni documento normativo nasce dalla collaborazione di diversi soggetti [...]. Infine, accade normalmente che un documento normativo [...] sia frutto di attività "negoziale"»; una sintesi del dibattito sul punto si trova nel contributo di E. Diciotti, *Verità e certezza nell'interpretazione della legge*, Torino, Giappichelli, 1999, pp. 127-157.

<sup>15</sup> Per una specifica costruzione teorica riferibile al generico orientamento descritto cfr. J. Raz, *Intention in Interpretation*, in R.P. George (ed.), *The Autonomy of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1996, pp. 249-286.

<sup>16</sup> E. Driedger, *The Construction of Statutes*, London, Butterworths, 1976, p. 82: «The "intention of Parliament" is, in a sense a fiction. It is not an intention formulated by the mind of Parliament, for Parliament as so mind; and it is not the collective intention of the members of Parliament for no such collective intention exists. The only real intention is the intention of the sponsors and the draftsman of the bill that gave rise to the Act; but that is not the intention of Parliament. The "intention of Parliament" can only be an agreement by the majority that the words in the bill express what is to be known as the intention of Parliament».

domandare: secondo quale criterio?); tra l'altro non v'è nessun indice giuridico esplicito della rilevanza dei lavori preparatori stessi<sup>17</sup>.

Altri preferiscono ricorrere ad un modello di legislatore ideale, legando gli scopi perseguiti ai caratteri ad esso attribuiti, ci si raffigura, cioè, l'immagine di un «buon legislatore»<sup>18</sup>, coerente e ragionevole, il quale in base a tali caratteri non può che perseguire alcune finalità piuttosto di altre.

Anche la tesi per la quale la *ratio legis* consiste nelle finalità oggettive della legge, in essa immanenti, è fortemente problematica. Guardando alla letteratura in materia si nota che i sostenitori della interpretazione teleologico-oggettiva si sono preoccupati principalmente di criticare con dovizia di argomenti la tesi soggettiva soprattutto al fine di escludere la rilevanza dei lavori preparatori, ma ben poco hanno detto per indicare quali siano i criteri adeguati ad individuare la finalità oggettiva della legge. Da parte di alcuni si è detto, lo si ripete, che lo scopo perseguito è immanente al testo, oppure che i valori tutelati sono da porre in connessione con la volontà dell'ordinamento giuridico<sup>19</sup>.

Cosa dire, dunque, dell'individuazione della *ratio legis*? La tesi «intenzionalista» nella sua versione estrema e la tesi oggettiva, nei termini generici in cui è solitamente formulata, paiono entrambe rivolte ad accreditare operazioni interpretative altamente discrezionali<sup>20</sup>. Per la prima non v'è la possibilità di

<sup>17</sup> D'altronde non mancano casi di determinazione dell'intenzione del legislatore in aperto contrasto con i lavori preparatori. Ripropongo un esempio emblematico. L'art. 1174 del Codice civile stabilisce che «la prestazione che forma oggetto dell'obbligazione deve essere suscettibile di valutazione economica»; è discusso se questo requisito, denominato della patrimonialità della prestazione, debba intendersi in senso oggettivo o soggettivo. Orbene, di recente è stato scritto che «[...] la patrimonialità della prestazione andrebbe [...] valutata in termini rigorosamente oggettivi [...] poiché [...] il legislatore, in contrasto con quanto affermato nella Relazione al Re, ha accolto un concetto prettamente oggettivo di patrimonialità, concetto che non può non prevalere sulle contrastanti intenzioni espresse nella Relazione al Re» (F. Angeloni, *La patrimonialità della prestazione*, in «Contratto e impresa», 1, 2001, pp. 893-911, a p. 895).

<sup>18</sup> Ad esempio B. Windscheid, *Diritto delle pandette*, vol. I (1862), Torino, Utet, 1925, pp. 66-69, scriveva: «[...] può ammettersi che il legislatore abbia voluto dire piuttosto che qualche cosa di sensato e congruo che di vuoto e sconveniente [...] può avvenire, e si verifica spesso, che il legislatore stesso non abbia avuto una percezione chiara del concetto [...] e si sia arrestato ad una forma di manifestazione dello stesso che non risponde completamente alla sua vera portata».

<sup>19</sup> Si veda ad esempio E. Betti, *L'interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1971, p. 111: «[...] l'elemento [...] valutativo e assiologico è immanente alla norma stessa da interpretare».

<sup>20</sup> La questione della rilevanza dell'intenzione del legislatore può essere posta anche nel senso che è irrilevante il fatto che non si possa individuare l'effettiva intenzione del legislatore affinché l'intenzione stessa assuma importanza nell'interpretazione, specie se tale importanza è imposta da una norma (nel nostro ordinamento il già citato art. 12, comma 1, delle Preleggi). La presenza di questa norma imporrebbe, quindi, di congetturare plausibilmente intorno all'intenzione del legislatore e di farne uso nell'interpretazione. Oltretutto se si ammette l'esistenza di casi (per quanto rari) nei quali l'intenzione del legislatore è chiara, allora è contestabile

individuare una effettiva ed univoca volontà del legislatore, e per la seconda serve a ben poco dire che un testo di legge è portatore di proprie finalità senza indicare in ragione di quali criteri sia possibile individuarle. La versione moderata della tesi «intenzionalista», ricorrendo ad una volontà standard, presunta, del legislatore, determina una idealizzazione dell'intenzione stessa, la quale viene determinata sulla base di qualità attribuite convenzionalmente ad un legislatore «modello», perdendo così il legame con i soggetti che hanno prodotto il testo di legge<sup>21</sup>. Anche l'uso del criterio della maggioranza non è efficace: non si può, infatti, dare per scontato che vi sia una volontà della maggioranza, o che tutti i soggetti che hanno approvato un certo documento avessero l'intenzione di perseguire gli stessi scopi, e che questa intenzione risulti in maniera inequivocabile dai lavori preparatori. Per quanto riguarda l'impostazione teleologico-oggettiva essa appare un coacervo di formule «semanticamente vuote», capaci di essere riempite in piena libertà dall'interprete<sup>22</sup>.

Il discorso appena condotto induce a ritenere gli strumenti usati dai giuristi e dai giudici per attribuire uno scopo ad una norma frutto di una scelta discrezionale, scelta ammantata di una vana pretesa di oggettività, oppure di una altrettanto discutibile sovrapposizione tra proprie intenzioni, intenzioni di un legislatore ideale e intenzioni del legislatore, per così dire, «reale». Ammesso che l'interprete formuli congetture intorno alla *ratio* (soggettiva od oggettiva che sia) di una norma, si possono configurare due situazioni: a) l'interprete compie una individuazione dello scopo accettabile, cioè definibile come esito di un procedimento interpretativo; b) l'interprete attribuisce uno scopo che non è l'esito di un procedimento interpretativo. Per essere più chiari. Se l'individuazione della *ratio* è rivolta alla determinazione del significato della norma, per mezzo della *ratio*

la tesi per la quale dall'impossibilità di individuare sempre l'intenzione del legislatore, essa non vada individuata mai: cfr. E. Fittipaldi, *Scienza del diritto e razionalismo critico*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 350, nota 112; cui si aggiunga, seppur da diversa impostazione filosofica, A. Marmor, *Interpretation and Legal Theory*, Revised second edition, Oxford, Hart Publishing, 2005, cap. VIII.

<sup>21</sup> Ed infatti sia nella letteratura italiana, sia in quella anglosassone, la nozione di intenzione del legislatore assume vari significati incluso quello di *ratio* oggettiva, cfr. V. Villa, *L'intenzione del legislatore nell'art. 12 delle disposizioni preliminari*, in F. Viola, V. Villa, M. Urso, *Interpretazione e applicazione del diritto tra scienza e politica*, Palermo, Cleup, 1974, pp. 125-138; P. Chiassoni, *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*, Milano, Giuffrè, pp. 503-504; R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 150 ss.; G.C. MacCallum jr., *Legislative Intent and Other Essays on Law, Politics and Morality*, Madison, University of Wisconsin Press, 1993, pp. 3-35.

<sup>22</sup> Profilo opportunamente sottolineato da R. Sacco, *L'interpretazione*, in G. Alpa, R. Guarneri, P.G. Monateri, G. Pascuzzi, R. Sacco, *Le fonti non scritte e l'interpretazione*, Torino, Utet, 1999, pp. 252-253: «la scelta filtrata attraverso la considerazione della *ratio*, non è il riconoscimento di un dato oggettivo. È una scelta. Meno che mai la *ratio* della norma è più univoca del significato linguistico del testo. Le *rationes* possibili sono molte».



non si potrà attribuire qualsiasi significato alla norma, ma solo alcune attribuzioni potranno dirsi frutto di interpretazione e non di qualche altra attività<sup>23</sup>.

Uno scopo potrà dirsi plausibilmente lo scopo o uno degli scopi di una data norma se: è compatibile con la formulazione letterale della norma; se non è incompatibile con finalità di altre norme, specie se regolanti la medesima materia o appartenenti allo stesso ambito disciplinare; se non è uno scopo assurdo<sup>24</sup>. All'interno della compatibilità tra finalità attribuita e criteri di accettabilità della stessa qualsiasi attribuzione di *ratio* è da ritenersi corretta. Ne consegue che i criteri di valutazione della bontà dell'attribuzione della *ratio* ad una norma, permettono più che altro di escludere alcuni significati dal novero di quelli attribuibili alla norma stessa, piuttosto che individuare un solo significato come quello compatibile con, o diretto a realizzare la *ratio*. Più che un'effettiva e cristallina intenzione del legislatore cui fare capo, si avrà, di solito, l'individuazione di un'intenzione del legislatore che non appaia inaccettabile, corroborata dalla formulazione del testo e da altri elementi giuridicamente rilevanti accolti da giudici e giuristi. Più che una lampante e immanente finalità della legge, avremo uno scopo attribuito dall'interprete che non stride con la formulazione della norma stessa, plausibile e non assurdo o contraddittorio con altre norme e per questo in grado di essere accolto come scopo di quella norma<sup>25</sup>.

Riassumendo. L'analogia giuridica è un argomento *a proportione*; il criterio della proporzione ha natura valutativa ed è costituito dalla *ratio* di una o più norme; la determinazione della *ratio* è operazione discrezionale, la quale

<sup>23</sup> Queste ultime affermazioni sottintendono un'esplicita preferenza per una teoria dell'interpretazione giuridica non radicalmente scettica, ovvero una teoria che concepisce l'interpretazione giuridica in estrema sintesi nei seguenti termini: «[...] si prendono le mosse, cioè, dal convincimento che l'interprete si trovi di fronte a più soluzioni interpretative, ma l'ambito di queste ultime sia delimitato», il brano è tratto dal mio *Sulla nozione di «interpretazione giuridica corretta» (e sui suoi rapporti con l'interpretazione estensiva)*, in *Cass. pen.*, 7/8, 2004, p. 2594. In questo saggio ho usato il termine norma in maniera promiscua, riferendola sia alla formulazione normativa, sia al suo significato.

<sup>24</sup> Seguo con qualche variazione lessicale l'impostazione di E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, Giappichelli, 1999, pp. 414 ss., ma è chiaro che altri criteri di accettabilità possono essere individuati e che il numero e il contenuto dei criteri dipende direttamente dalla teoria dell'interpretazione che si adotta. Detto in sintesi: a seconda della teoria dell'interpretazione adottata vi saranno o potranno esservi diverse condizioni di accettabilità dell'attribuzione della *ratio*.

<sup>25</sup> Ad esempio: chi potrebbe ragionevolmente sostenere che lo scopo dell'art. 575 del Codice penale italiano che punisce «chiunque cagiona la morte di un uomo» ha lo scopo di incentivare o comunque consentire liberamente l'uccisione delle donne? Che «uomo» voglia dire «essere umano» e «non persona di sesso maschile» è pacifico: l'attribuzione dello scopo di cui si è detto sopra sarebbe compatibile con la lettera (la parola «uomo» è portatrice di entrambi i significati di cui sopra) ma palesemente assurda, oltre che ripugnante, per le più svariate ragioni giuridiche (la più semplice: il contrasto con altre norme dell'ordinamento, molte delle quali di rango costituzionale). Lo spunto per formulare questo esempio l'ho tratto da E. Fittipaldi, *Scienza del diritto e razionalismo critico*, cit., pp. 349 ss.



lascia aperta la porta a molteplici soluzioni; per cui anche se l'interprete non può determinare *qualsiasi ratio*, può comunque individuarne, sovente, *molteplici*, tutte accettabili, plausibili sul piano giuridico. Vediamo se quanto si è detto ha qualche riflesso sull'analogia giudica e sul profilo specifico segnalato in apertura dell'articolo.

#### 4. Le molte razionalità possibili dell'ordinamento giuridico

Poniamo, dunque, in connessione quanto detto sin qui con quanto sostenuto da Letizia Gianformaggio e con gli interrogativi che ne sono seguiti.

Sulla scorta dell'impostazione qui proposta è da ritenersi corretta l'affermazione che l'elemento valutativo del ragionamento analogico non possa essere fissato arbitrariamente; ad ogni modo i vincoli che si incontrano nella determinazione di tale elemento consentono comunque di poter scegliere tra più soluzioni, di individuare più valori, ossia più criteri della proporzione giuridicamente plausibili. Se il ragionamento analogico può dirsi sensato in quanto si inserisce nel sistema razionale del diritto, in quanto ne rispetta, cioè, la coerenza e la consistenza, si potranno sviluppare per la medesima fattispecie non regolata svariati ragionamenti analogici razionali, cioè non antinomici col sistema di riferimento e con esso «armonizzabili». Ciò in virtù del fatto che se il criterio della proporzione è la *ratio* di una o più norme (delle norme che si prendono in considerazione per compiere uno specifico ragionamento) e la sua determinazione non è univoca, si hanno tante razionalità possibili del ragionamento analogico compiuto e del sistema giuridico nel quale essa si inserisce, quante sono le opzioni interpretative accettabili relative alla individuazione della *ratio*, ovvero al poter riconoscere quella *ratio* come la *eadem ratio* della fattispecie regolata e di quella non regolata.

Per spiegare e chiarire meglio la modesta conclusione appena formulata, si può riprendere la metafora dworkiniana della *chain novel*<sup>26</sup>. Gli interpreti, i giudici in particolare, al pari di un gruppo di scrittori impegnati nella realizzazione a più mani dello stesso romanzo, nel porre in essere un ragionamento analogico sono chiamati a costruire il sistema razionale del diritto, inserendo nel sistema stesso l'analogia compiuta in maniera compatibile e, per così dire, «armoniosa».

Tuttavia, nel nostro caso, lo scrittore che si accinge a redigere il capitolo di sua competenza, non si trova costretto a seguire una sola direzione di sviluppo della narrazione, bensì, pur proseguendo nella scrittura del medesimo romanzo di chi ha realizzato i capitoli precedenti e senza iniziare un romanzo diverso, ha

<sup>26</sup> Metafora ormai notissima: vedi R. Dworkin, *Diritto come letteratura* (1983), in Id., *Questioni di principio*, Milano, Il Saggiatore, 1990, pp. 147 ss.

la possibilità di scegliere tra più alternative narrative, tutte compatibili con la parte di romanzo già scritta. Semmai ciò di cui si potrà discutere sono le qualità letterarie dello scrittore di turno, se abbia proseguito l'opera più o meno brillantemente. Ma un conto è dire che lo scrittore ha scritto un altro romanzo, altra cosa è sostenere che quel capitolo poteva essere più accattivante. Allo stesso modo l'interprete compie un'analogia sensata, che contribuisce alla costruzione della razionalità dell'ordinamento giuridico, ogniqualvolta individui l'elemento valutativo del ragionamento analogico rispettando dei criteri di accettabilità giuridica, criteri che consentono però l'adozione di più soluzioni e quindi la realizzazione di più sistemi razionali del diritto. Così come uno scrittore può essere più o meno bravo, allo stesso modo l'interprete potrà sviluppare un ragionamento analogico più o meno convincente, ma si tratterà pur sempre di un ragionamento che ha senso denominare «per analogia», sempre che la fissazione del valore qualitativo avvenga entro i limiti di cui si è trattato. V'è una evidente differenza tra ciò che non è analogia e ciò che può essere indicato come un'analogia migliore di altre. Interrogarsi su come scegliere la migliore tra le opzioni possibili è un'altra storia, che coinvolge comunque valutazioni e preferenze dell'interprete.