

VITO VELLUZZI

Professore ordinario di Filosofia del diritto presso il Dipartimento di Scienze giuridiche “Cesare Beccaria” dell’Università degli Studi di Milano

vito.velluzzi@unimi.it

L’ANALOGIA “OCCULTATA” E L’ANALOGIA “NEGATA”: SPUNTI GIURISPRUDENZIALI PER L’ANALISI DEL RAGIONAMENTO ANALOGICO

INDICE: 1. Un esempio di analogia occultata – 2. Un esempio di analogia negata – 3. Il ragionamento analogico nel diritto: aspetti essenziali – 4. I problemi dell’occultamento e i problemi della negazione.

1. Un esempio di analogia occultata

In una recente sentenza sull’interpretazione degli atti amministrativi si trova scritto: *«L’interpretazione degli atti amministrativi, ivi compreso il bando di gara pubblica, soggiace alle stesse regole dettate dall’art. 1362 e ss. c.c. per l’interpretazione dei contratti, tra le quali assume carattere preminente quella collegata all’interpretazione letterale, in quanto compatibile con il provvedimento amministrativo, perché gli effetti degli atti amministrativi devono essere individuati solo in base a ciò che il destinatario può ragionevolmente intendere, anche in ragione del principio costituzionale di buon andamento (...) pertanto, la dovuta prevalenza da attribuire alle espressioni letterali, se chiare (...) esclude ogni ulteriore procedimento ermeneutico»* (Tar Perugia, 15.2.2018, n. 108). La massima parzialmente riprodotta contiene molti aspetti di interesse per ciò che concerne l’interpretazione degli atti amministrativi, aspetti ormai all’attenzione della giurisprudenza e della dottrina da tempo (per tutti v. MONTENDURO, 2012, ove si conia la felice ed icastica formula “paradigma della mutuaione” per indicare il ricorso alle disposizioni sull’interpretazione del contratto per interpretare gli atti amministrativi). Le parole citate sopra sono presenti nella motivazione (la massima questa volta non mente) dove i giudici non si preoccupano di aggiungere altro sul punto, e nella medesima direzione vanno parecchie decisioni (tra le tante Cons. Stato, 5. 9. 2011, n. 4980; Cons. Stato, 7. 6. 2012, n. 3385).

In questa sede bisogna riflettere sulla seguente affermazione: l’interpretazione degli atti amministrativi soggiace alle stesse regole dettate per l’interpretazione del contratto in quanto compatibili. Quali sono i presupposti (non svelati e non sviluppati) di questa affermazione? Quali sono le ragioni della scelta delle regole sull’interpretazione del contratto per interpretare gli atti amministrativi? Quali sono i criteri di compatibilità tra queste regole e l’interpretazione degli atti amministrativi? Gli interrogativi sollevati conducono nella direzione dell’analogia giuridica. Infatti, essi indicano l’omissione di ragionamenti e argomenti necessari per giustificare quanto asserito nella sentenza: ragionamenti e argomenti tipici dell’analogia

giuridica. Per esser chiari: se gli atti amministrativi non sono contratti, l'utilizzo delle regole dettate per l'interpretazione dei contratti non è, per così dire, diretta o immediata, bensì condizionata da ragioni di compatibilità; le ragioni di compatibilità altro non sono, a parere di chi scrive, che somiglianze reputate rilevanti tra contratti e atti amministrativi, somiglianze che proprio perché rilevanti rendono irrilevanti le differenze. Vista la questione dalla prospettiva delle differenze, e non delle somiglianze, diremmo che laddove rilevano le differenze tra contratto e atto amministrativo, talune disposizioni normative sull'interpretazione del contratto saranno incompatibili, ossia, quanto da esse previsto non potrà valere per gli atti amministrativi.

Insomma, la sentenza costituisce un caso di analogia occultata, ossia di ragionamento analogico nascosto (non presentato come tale) e carente. Nelle parole dei giudici mancano parecchi passaggi argomentativi indispensabili per rispondere agli interrogativi sollevati in precedenza, passaggi caratterizzanti l'analogia giuridica.

Per non cadere nel medesimo difetto della sentenza citata, e del nutrito filone giurisprudenziale con essa coerente, bisogna indicare con puntualità, e non soltanto asserire apoditticamente, quali ragioni fanno di quanto detto dai giudici un caso di analogia occultata, che cosa venga occultato e quali siano i problemi che l'occultamento porta con sé.

2. Un esempio di analogia negata

La Corte europea di Giustizia ha stabilito, in una decisione piuttosto recente, che *«l'ambito di applicazione degli articoli da 66 a 74 del regolamento n. 207/2009, relativi ai marchi collettivi dell'Unione europea, è esplicitamente limitato, secondo la formulazione dell'articolo 66, paragrafo 1, di tale regolamento ai marchi così designati all'atto del deposito. Tale delimitazione dell'applicabilità dei citati articoli deve essere rigorosamente rispettata, nei limiti in cui le norme introdotte da questi ultimi, come quelle previste dall'articolo 67 (...) relativamente al regolamento d'uso del marchio, vanno di pari passo, fin dalla domanda di registrazione, con detta designazione esplicita del marchio di cui si chiede la registrazione in quanto marchio collettivo. Un'applicazione per analogia di tali norme ai marchi individuali dell'Unione europea non è, pertanto, proponibile»* (C. giust., 8.6.2017, C-869/15).

Senza indugiare sulla sintassi faticosa e sul lessico non sempre rigoroso (vedremo tra poco che per analogia non si applicano le norme, bensì quella parte delle norme costituita dalla conseguenza giuridica), la decisione costituisce un caso di analogia negata. Per i marchi individuali dell'Unione europea non può valere, infatti, quanto è espressamente stabilito per i marchi collettivi dell'Unione europea. Non è la specifica conclusione raggiunta che si intende esaminare, bensì interessa il percorso argomentativo seguito, anzi mancante. La negazione dell'analogia segue, infatti, a una affermazione piuttosto apodittica e si basa su un dato: i marchi

individuali non sono marchi collettivi. Tuttavia, quest'ultimo aspetto è un punto di partenza e non può essere, al contempo, la ragione unica e decisiva per la quale a quel punto bisogna arrestarsi. Ciò che va discusso e adeguatamente argomentato è, infatti, se i marchi individuali, pur non essendo marchi collettivi, meritino in tutto o in parte il trattamento giuridico stabilito per i marchi collettivi. Non è un problema che si neghi l'analogia, ma può essere un problema che lo si faccia dando per scontato ciò che va, invece, adeguatamente argomentato: non la mera presenza di differenze, ma la loro rilevanza.

3. Il ragionamento analogico nel diritto: aspetti essenziali

Per comprendere per quali ragioni, nei casi esposti, occultare e negare l'analogia presenti dei difetti nell'argomentazione, bisogna trattare (sinteticamente) degli aspetti salienti del ragionamento analogico giuridico (GOLDING, 2001).

Per mezzo dell'analogia viene attribuita a una fattispecie giuridica non regolata la stessa conseguenza giuridica prevista da una norma che regola una fattispecie simile in maniera rilevante (e quindi dissimile in maniera irrilevante) alla fattispecie non regolata. Bisogna stabilire, quindi, se due classi di casi (due fattispecie astratte) meritino o non meritino il medesimo trattamento giuridico. Si compie, dunque, un ragionamento riguardante sia le somiglianze, sia le differenze tra le classi di casi coinvolte: la rilevanza delle somiglianze determina l'*equiparazione* del trattamento giuridico; la rilevanza delle differenze determina la *non equiparazione* del trattamento giuridico (si usa, in tal caso, l'argomento *a contrario* in senso produttivo: la rilevanza delle differenze impone di negare il medesimo trattamento giuridico e di prevedere il trattamento giuridico opposto; in tema GUASTINI, 2011; CANALE e TUZET, 2010).

La definizione di analogia giuridica proposta richiede alcune precisazioni.

Se si invoca l'analogia v'è una lacuna, ciò vuol dire che rispetto al caso specifico, a quella che abitualmente viene denominata fattispecie concreta, l'interprete non è in grado di ricondurre il caso stesso nell'ambito di una classe (la fattispecie astratta) regolata espressamente (considerare le lacune un presupposto dell'analogia dipende, anche e non soltanto, dalla prospettiva filosofico giuridica che si assume, per una posizione differente da quella qui seguita v. i testi raccolti da CARLIZZI e OMAGGIO, 2016).

Bisogna avere ben presente, inoltre, che laddove "ragiona per analogia" l'interprete compie la comparazione tra classi di casi omogenee per grado di generalità, e non tra una fattispecie concreta e una astratta. Per esempio, si discute se il diritto al risarcimento dovuto alla revoca senza giusta causa dell'amministratore di una società per opera dell'assemblea, previsto dall'art. 2383 c.c., spetti pure in caso di revoca delle deleghe dell'amministratore da parte del consiglio di

amministrazione. Ciò che è posto a confronto qui, non è il caso particolare dell'amministratore delegato Tizio che ha subito la revoca delle deleghe da parte del consiglio, e la classe di casi riguardanti la revoca senza giusta causa dell'amministratore da parte dell'assemblea, bensì si confrontano due classi di casi omogenee per grado di generalità: la revoca delle deleghe senza giusta causa per opera del consiglio di amministrazione e la revoca senza giusta causa dell'amministratore da parte dell'assemblea. Se all'amministratore delegato Tizio spetti, o non spetti, il risarcimento laddove la revoca delle deleghe sia avvenuta senza giusta causa, è la conseguenza dell'essere il caso dell'amministratore Tizio un'istanza della classe di casi "revoca senza giusta causa delle deleghe dell'amministratore delegato da parte del consiglio di amministrazione" (il caso, privo di precedenti in termini, è affrontato e deciso da Cass. civ., 15. 04. 2016, n. 7587).

Va sottolineato che la definizione di analogia proposta lega il ragionamento analogico all'eguaglianza. Sofferamoci rapidamente sul punto. L'eguaglianza consiste nell'eguale trattamento di situazioni eguali e nel diverso trattamento di situazioni che eguali non sono. Analogia, similitudine ed eguaglianza sono connesse. Qual è, allora, il rapporto fra l'eguaglianza e i termini analogo e simile? Se si afferma « x e y sono eguali» lo si fa al fine di mettere in luce ciò che x e y hanno in comune; se si afferma che x e y sono diversi si sottolinea ciò che non hanno in comune. Se si sostiene che « x e y sono simili o analoghi», l'analogia rivolge l'attenzione sia su ciò che accomuna x e y , sia sulle reciproche differenze. Se si mette in relazione « x e y sono simili o analoghi» con gli altri due enunciati si ottiene che: « x e y sono eguali» si converte in « x e y non sono proprio eguali ma comunque simili»; mentre « x e y sono diversi» si converte nell'enunciato « x e y pur essendo diversi ciò nonostante sono simili». Simile e analogo richiamano, dunque, sia gli elementi di somiglianza sia di quelli di differenza fra le classi esaminate (si tratta delle limpide considerazioni di GIANFORMAGGIO, 2008, su cui v. le interessanti riflessioni di GAZZOLO, 2018).

Quanto si è appena detto mostra che ragionare in termini di simile e analogo richiede di argomentare sia intorno alle somiglianze, sia intorno alle differenze tra le classi di casi raffrontate. Un giudizio di rilevanza delle somiglianze concluderà per l'irrilevanza delle differenze e quindi per l'attribuzione del medesimo trattamento giuridico alle classi di casi coinvolte (analogia); oppure si potrà avere un giudizio di rilevanza delle differenze e quindi una conclusione che nega il medesimo trattamento giuridico alle classi di casi coinvolte (argomento a *contrario* produttivo, di cui si è già parlato). Ne consegue che sia l'argomento analogico, sia l'argomento a *contrario* si fondano sull'eguaglianza come nucleo concettuale (v. TARELLO, 1980, p. 350: «*In questa esplicazione, l'argomento a simili si presenta come una regola sulla produzione giuridica e precisamente come una regola che impone la produzione di norme che abbiano l'effetto di ottenere per il secondo termine dell'analogia la disciplina che una norma preesistente impone al primo termine dell'analogia*»). In sintesi: l'argomento analogico è correlato all'accertamento della rilevanza delle somiglianze da cui consegue l'irrilevanza delle

differenze, mentre l'argomento *a contrario* è correlato al giudizio di rilevanza delle differenze che rende irrilevanti le somiglianze (v. ancora GIANFORMAGGIO, 2008).

A questo punto del discorso bisogna chiedersi: quando si è di fronte a somiglianze rilevanti (e quindi a differenze irrilevanti) e quando si è di fronte a differenze rilevanti (e quindi a somiglianze irrilevanti)? In ambito giuridico si sostiene, in maniera pressoché pacifica, che il criterio da utilizzare per sciogliere l'interrogativo sia la *ratio* teleologicamente orientata. Si individua, cioè, la *ratio* (teleologicamente orientata) della disposizione normativa che regola una classe di casi e in base a essa si stabilisce se sussistono somiglianze rilevanti tra la classe di casi regolata e quella non regolata. Se si stabilisce che le somiglianze sono rilevanti, allora le due classi meritano lo stesso trattamento giuridico: quello stabilito dalla norma originata dall'interpretazione teleologica della disposizione normativa. È per mezzo della *ratio* teleologicamente orientata, quindi, che si valuta la rilevanza delle somiglianze e l'irrilevanza delle differenze.

Il richiamo della *ratio* teleologicamente orientata evoca la problematicità della nozione ripetutamente affermata (si perdoni il rinvio a VELLUZZI, 2013). In questo scritto preme sottolineare che il riferimento alla *ratio* teleologicamente orientata pone in rilievo un aspetto fondamentale dell'analogia giuridica, ossia che l'analogia giuridica ha natura valutativa: la correttezza dei ragionamenti analogico giuridici non può prescindere da come si individua e si utilizza il criterio di valutazione della rilevanza delle somiglianze e delle differenze. La *ratio* (intesa in senso teleologico) non è la proprietà che le fattispecie hanno in comune, bensì è il criterio che rende rilevante (o irrilevante) una certa somiglianza tra le fattispecie. Quando i giuristi e i giudici dichiarano esistente un'analogia tra classi di casi e si esprimono in termini di condivisione della *ratio*, di stessa o medesima *ratio*, bisogna aver presente che usano formule un po' imprecise (v. per esempio, Trib. Trento, 3.3.2016, n. 207, laddove parla di «*analogia di "ratio legis"*»).

Per ciò che concerne il ruolo della *ratio* (teleologicamente orientata) nel ragionamento analogico giuridico va sottolineato, inoltre, che nell'analogia giuridica la comparazione avviene tra classi di casi omogenee per grado di generalità: come si individua la classe di casi regolata da comparare con la classe di casi non regolata? Per mostrare l'importanza dell'interrogativo si può far ricorso a un esempio (la questione è stata decisa da Cass. civ., 12.8.1991, n. 8772). Riguardo ad un accadimento qualificabile in termini di legittima difesa putativa, situazione non espressamente regolata nell'ambito della responsabilità civile extracontrattuale, bisogna stabilire qual è la fattispecie (astratta) con la quale istituire una comparazione: la legittima difesa di cui all'art. 2044 c.c. o lo stato di necessità di cui all'art. 2045 c.c.? La questione comporta differenze sul piano delle conseguenze giuridiche: se si ritiene fondata l'analogia tra legittima difesa putativa e legittima difesa non è dovuto l'indennizzo; se, invece, si ritiene appropriata l'analogia tra la legittima difesa putativa e lo stato di necessità, l'indennizzo è dovuto. I giudici di

legittimità hanno escluso che nell'ambito della responsabilità civile extracontrattuale si possa regolare la legittima difesa putativa alla stregua di quanto stabilito per la legittima difesa solo guardando alla condivisione del *nomen* "legittima difesa". L'esame delle due classi di casi conduce i giudici di legittimità a ritenere irrilevanti le somiglianze e rilevanti le differenze tra la legittima difesa putativa e la legittima difesa: di conseguenza l'analogia viene negata. I giudici hanno sostenuto, invece, la rilevanza delle somiglianze tra legittima difesa putativa e stato di necessità. A tal proposito scrive la Corte di Cassazione: «È tempo, adesso, di appurare quale altra disposizione possa ritenersi contemplare, regolandone gli effetti civili, il fatto dannoso commesso in stato di c.d. legittima difesa putativa. Questo fatto è per definizione carente del requisito soggettivo di colpevolezza previsto nell'art. 2043 cod. civ., perché quello stato esclude sia il dolo che la colpa del danneggiante. Tuttavia, siffatta carenza non lo relega nel limbo dell'irrilevanza, impedendone, in particolare, la sussumibilità nella disciplina della responsabilità civile da fatto commesso in stato di necessità (art. 2045 cod. civ.). L'operazione, affidata all'analogia, implica una duplice, positiva constatazione: quella della compatibilità della natura della norma ospite (l'art. 2045 cit.) e quella, caratteriologica, della presenza, nella fattispecie concreta attratta, dell'estremo essenziale, di identificazione della fattispecie astratta attrattiva».

Il brano citato è di ausilio per comprendere che la valutazione delle somiglianze e delle differenze, della loro rilevanza o irrilevanza, connota il ragionamento analogico giuridico sin dalla scelta della classe di casi da comparare. Questo aspetto non entra in gioco, quindi, soltanto dopo che si è operata la scelta tra le classi di casi da porre a confronto. Così ragionando il nodo cruciale da sciogliere riguarda il criterio col quale la valutazione è compiuta: si torna, di nuovo, alla *ratio* (intesa in senso teleologico).

Quel che si è detto sin qui riguardo all'analogia giuridica, comporta che le controversie relative ai ragionamenti analogici coinvolgono in ambito giuridico vari aspetti, tra i quali: a) l'individuazione della *ratio* teleologicamente orientata; b) la scelta della classe di casi regolata; c) l'uso della *ratio* teleologicamente orientata per selezionare e valutare (rilevanti o irrilevanti) le somiglianze (e le differenze) tra le classi di casi coinvolte.

Il ragionamento analogico in ambito giuridico è, dunque, articolato e complesso, coinvolge molteplici passaggi ciascuno dei quali contribuisce a fondare la conclusione del ragionamento stesso.

4. I problemi dell'occultamento e i problemi della negazione

Dobbiamo tirare le somme del breve cammino compiuto intorno all'analogia giuridica. Più in particolare si tratta di mettere in rilievo quali sono i problemi legati all'analogia occultata e al modo in cui l'analogia viene negata.

L'esempio riguardante l'interpretazione degli atti amministrativi mostra che nella sentenza sono occultate, non esplicitate le premesse indispensabili per

comprendere la conclusione: quali sono le somiglianze tra interpretazione del contratto e interpretazione degli atti amministrativi? Quali sono rilevanti e in base a quale criterio? Quali regole di interpretazione del contratto, sono, dunque, mutuabili? Il laconico riferimento a ragioni di compatibilità è poco più che allusivo. Il ragionamento conclude che le somiglianze ci sono e quindi alcune regole stabilite per l'interpretazione del contratto possono (debbono?) essere mutate per interpretare gli atti amministrativi, ma non aggiunge altro. Con una battuta si potrebbe dire che la conclusione è analogica, il ragionamento compiuto per giungervi è invece carente, forse addirittura assente.

L'esempio tratto dalla giurisprudenza europea mostra che se si accetta l'eguaglianza come nucleo concettuale dell'analogia e dell'argomento *a contrario* produttivo, pure l'uso dell'argomento *a contrario* produttivo richiede che si valutino le somiglianze e le differenze tra le classi di casi coinvolte, non basta, dunque constatare che una classe è regolata, l'altra non lo è, e per questo non merita il trattamento giuridico espressamente previsto. Stabilire ciò che una classe di casi non regolata "merita" o "non merita" comporta che si compiano considerazioni sugli elementi che accomunano e differenziano quella classe e un'altra classe di casi regolata, non basta, cioè, che una differenza vi sia o più differenze vi siano.

I due esempi sommariamente esaminati costituiscono una goccia nel mare della giurisprudenza italiana ed europea sull'analogia; sono stati utili, però, per mettere in luce che i passaggi argomentativi necessari per comprendere l'affermazione o la negazione di una analogia giuridica sono talvolta incompleti o addirittura omessi. Ma il mare è fatto di tante gocce e ogni goccia ha la sua importanza, ogni singolo ragionamento analogico contribuisce, quindi, ad accrescere o a svilire il ruolo dell'applicazione analogica del diritto. È stato ben scritto, infatti, che per poter comprendere lo specifico significato dell'applicazione analogica del diritto «è necessario fissare due punti: 1) in ogni applicazione analogica di diritto, i casi da trattare in modo eguale debbono essere riconosciuti come "giuridicamente" eguali, cioè come casi che sono eguali da un punto di vista giuridico, e non solo morale o meramente soggettivo; 2) prima facie tuttavia, tali casi non sono affatto "giuridicamente eguali"; dal punto di vista del diritto vigente, infatti, essi sono decisamente diversi, in quanto solo uno è già stato giuridicamente regolato (...) questi due punti possono facilmente essere ritenuti incompatibili. E lo sarebbero, in effetti, se il diritto dovesse essere concepito come un sistema (...) fisso, chiuso, statico, semplice effetto di ciò che è stato deciso nel passato (...) Ma non è così (...) e i casi che si presentano non sono solo o eguali a o diversi da quelli già decisi: possono essere anche (detti) simili. Ed è appunto quando ci si trova nella situazione della "incompatibilità" appena ravvisata che i casi sono (detti) simili, ed il diritto evolve, ma in continuità con il passato.

Così, la giustificazione del ragionamento per analogia nell'applicazione del diritto sta proprio nella ricomposizione dell'incompatibilità di cui sopra» (GIANFORMAGGIO, 2008, p. 160).

Se questo è il compito dell'analogia giuridica nel sistema del diritto, le decisioni da cui abbiamo preso spunto non forniscono, per quel che si è detto, un buon servizio alla causa, non consentono di considerare i ragionamenti adeguatamente giustificati e in grado di ricomporre l'incompatibilità appena menzionata.

Riferimenti

CANALE D. e TUZET G., 2010, *Struttura inferenziale e assunzioni ontologiche dell'argomento a contrario*, *Ars Interpretandi*, XV, pp. 189-205.

CARLIZZI G. e OMAGGIO V., 2016, *L'Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea*, Pisa, Ets.

GAZZOLO T., 2018, *Il caso giuridico. Una ricostruzione giusfilosofica*, Torino, Giappichelli.

GIANFORMAGGIO L., 2008, *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, a cura di E. Diciotti e V. Velluzzi, Torino, Giappichelli.

GOLDING M. P., 2001, *Legal Reasoning*, New York, Broadview Press.

GUASTINI R., 2011, *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè.

MONTENDURO M., 2012, *Provvedimento amministrativo e interpretazione autentica. I. Questioni presupposte di teoria del provvedimento*, Padova, Cedam.

TARELLO G., 1980, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè.

VELLUZZI V., 2013, *Le Preleggi e l'interpretazione. Un'introduzione critica*, Pisa, Ets.