

L'analogia e il diritto

Antologia breve

a cura di

Luca Pelliccioli e Vito Velluzzi



Edizioni ETS



www.edizioniets.com

*Volume realizzato con il contributo
dell'Università degli studi di Milano*

© Copyright 2011

EDIZIONI ETS

Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa

info@edizioniets.com

www.edizioniets.com

Distribuzione

PDE, Via Tevere 54, I-50019 Sesto Fiorentino [Firenze]

ISBN 978-884672939-2

INDICE

<i>Nota dei curatori</i>	9
<i>Indice delle fonti</i>	11
<i>Presentazione</i> di Vito Velluzzi	13

Parte prima

I SAGGI

Sezione I. SUI RAPPORTI TRA EGUAGLIANZA E ANALOGIA	17
L. Gianformaggio, <i>L'eguaglianza di fronte alla legge: principio logico, morale o giuridico?</i>	19
Sezione II. ANALOGIA GIURIDICA ED ERMENEUTICA	35
G. Zaccaria, <i>L'analogia come ragionamento giuridico. Sul fondamento ermeneutico del procedimento analogico</i>	39
Sezione III. ANALOGIA GIURIDICA E INFERENZA ABDUTTIVA	61
S.M. McJohn, <i>Sull'ubertà: il ragionamento giuridico per analogia e la teoria dell'abduzione di Peirce</i>	65
Sezione IV. ANALOGIA GIURIDICA, COMMON LAW, PRECEDENTE GIUDIZIALE	107
F. Schauer, <i>Perché il precedente nel diritto (e altrove) non è interamente (e nemmeno sostanzialmente) questione di analogia</i>	111
Sezione V. DIRITTO EUROPEO E ANALOGIA GIURIDICA	121
K. Langenbucher, <i>L'argomento per analogia nel diritto europeo</i>	123

Parte seconda

LA GIURISPRUDENZA

Sezione I. ANALOGIA, LINGUAGGIO COMUNE E INTERPRETAZIONE ESTENSIVA	155
<i>Adams versus New Jersey Steamboat co., Court of Appeals of New York, 8.12.1896</i>	158

<i>McBoyle versus United States, Circuit Court of Appeals Tenth Circuit,</i> 18.8.1930	161
<i>McBoyle versus United States, Supreme Court of the United States,</i> 9.3.1931	165
<i>Cassazione penale, sezione III,</i> 13.5.2008, n. 36845	167
Sezione II. LA SCELTA DEL TERMINE DI RAFFRONTO NELL'ANALOGIA GIURIDICA	181
<i>Cassazione civile, sezione III,</i> 12.8.1991, n. 8772	184
Sezione III. ANALOGIA E NORME ECCEZIONALI	189
<i>Tar Liguria, sezione I,</i> 24.6.2002, n. 709	192
<i>Tar Sicilia, sezione I,</i> 10.12.2007, n. 3348	195
Sezione IV. LACUNE, ARGOMENTO A CONTRARIO, RAGIONEVOLEZZA, ANALOGIA	199
<i>Cassazione civile, sezione III,</i> 12.5.2003, n. 7185	202
<i>Tribunale di Como, ordinanza</i> 27.9.2007, n. 843	203
<i>Corte costituzionale,</i> 27.8.2009, n. 140	208
<i>Corte costituzionale,</i> 13.5.1983, n. 144	216

NOTA DEI CURATORI

Siamo sinceramente grati all'amico e collega Giovanni Tuzet dell'Università Bocconi per gli utili suggerimenti forniti. Al prof. Mario Jori siamo riconoscenti per aver sostenuto l'iniziativa.

Le traduzioni dall'inglese sono state realizzate da Luca Pelliccioli e riviste da Vito Velluzzi. I materiali sono stati riportati integralmente salvo che in due occasioni, ossia la sentenza *Cassazione penale, sezione III*, 13. 5. 2008, n. 36845 e il saggio di K. Langenbucher, *L'argomento per analogia nel diritto europeo*. Le omissioni sono segnalate con (*omissis*).

L'indice delle fonti si riferisce soltanto ai saggi riprodotti nella prima parte dell'antologia e non alle decisioni giurisprudenziali. Le note dei saggi sono state riportate secondo la modalità di citazione adottata nella versione originale, tranne che per il saggio di F. Schauer, *Perché il precedente nel diritto (e altrove) non è interamente (e nemmeno sostanzialmente) questione di analogia*.

Luca Pelliccioli ha curato le sezioni II, III, IV della parte prima e la sezione III della parte seconda.

Vito Velluzzi ha curato le sezioni I e V della parte prima e le sezioni I, II, IV della parte seconda.

INDICE DELLE FONTI

L. Gianformaggio, *L'eguaglianza di fronte alla legge: principio logico, morale o giuridico?*, in Ead., *Eguaglianza, donne e diritto*, a cura di A. Facchi, C. Faralli, T. Pitch, Bologna, il Mulino, 2005, pp. 63-84.

G. Zaccaria, *L'analogia come ragionamento giuridico. Sul fondamento ermeneutico del procedimento analogico*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1989, pp. 1535-1559.

S.M. McJohn, *On Uberty: Legal Reasoning by Analogy and Peirce's Theory of Abducticon*, in *Willamette Law Review*, 29, 1993, pp. 191-235.

F. Schauer, *Why Precedent in Law (and Elsewhere) is not Totally (or Even Substantially) About Analogy*, in *Harvard University, Faculty Research Working Papers Series*, August 2007, pp. 1-21.

K. Langenbucher, *Argument by Analogy in European Law*, in *Cambridge Law Journal*, 57, 1998, pp. 481-521.

PRESENTAZIONE

Una raccolta antologica sull'analogia giuridica può essere concepita e realizzata in molti modi. Il tema è tra quelli venerandi e terribili della teoria del diritto, con esso si sono cimentati studiosi di indiscussa autorevolezza, su di esso è continua e copiosa la produzione giurisprudenziale, nonché l'attenzione della dottrina di svariati ambiti disciplinari. Si potrebbe pensare, quindi, che raccogliere del materiale significativo nello spazio di un volume non ponderoso sia un'impresa difficile o dall'esito necessariamente parziale e per questo insoddisfacente. Il rischio è palese, ma vale la pena correrlo. È ben nota, infatti, l'importanza che l'analogia riveste per il diritto e tuttavia non si può affermare che l'accordo sulla rilevanza del tema determini pure concordia su molti aspetti concettuali e operativi dell'analogia nel diritto. Il compito di questa antologia è proprio quello di mettere in evidenza i principali, attuali e controversi aspetti dell'analogia giuridica, sia sul versante teorico, sia su quello giurisprudenziale. Con una formula di sintesi si può dire che l'intento è quello di fornire una guida ai problemi e non delle soluzioni.

L'antologia è composta da due parti, ogni parte è divisa in sezioni, ogni sezione è corredata da alcune parole introduttive e indicazioni bibliografiche essenziali.

La prima parte della raccolta si intitola "I saggi", è suddivisa in cinque sezioni e ognuna contiene un saggio di teoria del diritto. Ciascun saggio è volto a esaminare un profilo saliente dell'analogia giuridica.

Si inizia col rapporto tra uguaglianza e analogia, rapporto sovente riconosciuto ma non sempre individuato con chiarezza. In particolare rileva stabilire quale tipo di uguaglianza sia chiamata in causa dall'analogia. Si prosegue con l'esame del ruolo assegnato all'analogia nella corrente filosofica denominata "ermeneutica", ovviamente nella sua espressione in campo giuridico. L'ermeneutica giuridica, infatti, ha assegnato, dalla sua peculiare prospettiva, un ruolo particolarmente pregnante all'analogia. Ma l'analogia assume un peso elevato nel diritto in virtù dell'essere un ragionamento, per cui è importante dar conto della discussione riguardante l'analogia in generale, l'analogia giuridica in particolare e i tipi di inferenze. A questo scopo è destinato il terzo saggio. Altrettanto rilevante è, come noto, la relazione tra analogia e precedente giudiziale. Nei sistemi di *common law* si è soliti ritenere che ragionamento analogico e funzionamento del precedente giudiziale siano imparentati. In questa raccolta si è voluta analizzare questa asserita relazione attraverso uno scritto,

il quarto, “controcorrente” rispetto alla tesi dominante in *common law*. Il quinto saggio mira a fornire un quadro del ruolo rivestito dall’analogia nella giurisprudenza della Corte europea di giustizia. Esso si pone come un ponte tra le due parti di questa raccolta, si tratta, infatti, di uno scritto nel quale predomina l’analisi critica delle decisioni della Corte europea di giustizia di particolare interesse per l’analogia giuridica. Lo scopo precipuo dei cinque articoli riprodotti nella prima parte consiste, quindi, nel dar conto della complessità del ragionamento analogico nel diritto: dal rapporto con l’uguaglianza, ai meccanismi inferenziali coinvolti, al precedente giudiziale, al suo impiego nella giurisprudenza europea.

La seconda parte si intitola “La giurisprudenza”, è divisa in quattro sezioni e ogni sezione contiene una o più decisioni adottate da giudici nazionali o statunitensi. Le questioni affrontate in questa parte dell’antologia sono quelle più ricorrenti nella prassi giurisprudenziale.

Si prendono le mosse dalla distinzione tra analogia e interpretazione estensiva. Per dar conto adeguatamente di tale aspetto è opportuno trattare del significato letterale degli enunciati giuridici e del ruolo del linguaggio ordinario nel diritto. Per valorizzare questi ultimi due temi alla sentenza della Cassazione penale italiana, che riguarda in maniera centrale la distinzione, sono state premesse talune decisioni di giudici americani, di interesse pure storiografico. Nel ragionamento per analogia compiuto in ambito giuridico è coinvolta la comparazione tra classi di casi. La sentenza riprodotta nella seconda sezione si rivela utile a sviscerare un punto cruciale, ma spesso trascurato: come e perché si scelga di comparare una classe di casi con un’altra classe di casi piuttosto che con una diversa. Non poteva mancare, poi, l’analisi dell’applicazione analogica di norme eccezionali, con particolare riguardo all’individuazione del criterio utile a classificare eccezionale una norma. L’ultima sezione della parte seconda (e dell’antologia) verte su tre questioni fondamentali del ragionamento analogico nel diritto tra loro in vario modo intrecciate. Si tratta dell’alternativa tra analogia e argomento *a contrario*, del rapporto tra l’analogia giuridica e le lacune del diritto e infine del nesso tra ragionamento analogico e giudizio di legittimità costituzionale delle leggi operato dalla Corte costituzionale sulla base del criterio di ragionevolezza. La seconda parte, quindi, è rivolta a mettere in luce i luoghi giurisprudenziali ricorrenti di discussione intorno all’analogia giuridica e di sicura rilevanza teorica: l’interpretazione estensiva, le norme eccezionali, la scelta della classe di casi da comparare, l’articolata relazione tra analogia e lacune del diritto.

La speranza è che i materiali scelti e la loro disposizione consentano al lettore di addentrarsi progressivamente nei meandri dell’analogia giuridica scoprendone la fecondità euristica per chiunque operi, a qualsiasi titolo, nel mondo del diritto.

Vito Velluzzi