

Vito Velluzzi

**ANALOGIA GIURIDICA, UGUAGLIANZA
E GIURISPRUDENZA DELLA
CORTE EUROPEA DI GIUSTIZIA**

Vito Velluzzi
Università di Milano
velluzzi@fildir.unimi.it

In:
Il senso del diritto. Ricordando Sergio Cotta
Quaderno 2009

ISSN: 2100426
Centro Studi
"Teoria e Critica della Regolazione sociale"
Via Crociferi, 81 - 95024 Catania
Tel. +39 095 230478 – Fax +39 095 230462
tcrs@lex.unict.it
www.lex.unict.it/tcrs

Vito Velluzzi

ANALOGIA GIURIDICA, UGUAGLIANZA E GIURISPRUDENZA
DELLA CORTE EUROPEA DI GIUSTIZIA*

0. *Premessa*

Nel saggio *Soggetto umano-soggetto giuridico. Il diritto nella prospettiva ontologico-esistenziale di Sergio Cotta*¹ Bruno Montanari propone una densa e serrata sintesi del pensiero del celebre filosofo del diritto. Bruno Montanari offre al lettore il nocciolo essenziale dei fondamenti filosofici che per Sergio Cotta servono a comprendere che cosa il diritto sia e a che cosa esso serva. Le suggestioni offerte sono molteplici, tuttavia nelle poche pagine che seguono non si esaminano puntuali interpretazioni del pensiero di Sergio Cotta, bensì si affronta un argomento specifico, ossia l'analogia giuridica e le sue relazioni con l'eguaglianza in un contesto particolare: la giurisprudenza della Corte europea di Giustizia. Ne segue che la riflessione di Bruno Montanari costituisce l'occasione e non la ragione delle considerazioni su analogia ed eguaglianza che qui si propongono, ma si tratta di una occasione per omaggiare, seppur indegnamente, Sergio Cotta.

1. *Analogia giuridica ed eguaglianza*

Questo scritto prosegue articolandosi in tre parti, tutte rivolte ad esaminare a vario titolo il rapporto tra analogia giuridica ed eguaglianza.

La prima parte è di carattere strettamente teorico-giuridico ed è tesa a stabilire quale sia la relazione tra ragionamento analogico nel diritto e eguaglianza.

* Versione scritta della relazione tenuta al 4° Convegno Nazionale della SISDiC (Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile) svoltosi a Capri nei giorni 16, 17 e 18 aprile 2009 sul tema *Diritto comunitario e sistemi nazionali: pluralità delle fonti e unitarietà degli ordinamenti*. Per questa versione destinata a *Teoria e Critica della Regolazione Sociale* è stata aggiunta la premessa.

¹B. MONTANARI, *Soggetto umano-soggetto giuridico. Il diritto nella prospettiva ontologico-esistenziale di Sergio Cotta*, in questa rivista, 1, 2008, 1-32. Il lavoro verte sui contenuti del libro S. COTTA, *Soggetto umano. Soggetto giuridico*, Giuffrè, Milano, 1997.

Nella seconda parte si usa questa relazione, così come ricostruita, per valutare la giurisprudenza della Corte europea di Giustizia sull'analogia giuridica.

La terza parte è rivolta a mettere in luce se l'analogia giuridica così come tratteggiata e i rapporti tra analogia ed eguaglianza ricostruiti in precedenza possano, potrebbero o potranno essere uno strumento di sviluppo e consolidamento del sistema giuridico comunitario.

Si muove dal primo punto da affrontare: il rapporto tra analogia giuridica ed eguaglianza. Che vi sia una relazione tra analogia giuridica ed eguaglianza è intuitivo. Andando oltre le intuizioni e rivolgendo l'attenzione alla letteratura filosofico-giuridica sul tema, si scopre agevolmente che la relazione è affermata da molti, e tuttavia ricostruita con intensità varia e terminologia diversificata². Anche chi scrive ritiene che una relazione, anzi una relazione stretta, vi sia, ma è necessario delinearla e chiarire quale sia la nozione di eguaglianza coinvolta.

L'eguaglianza consiste nell'eguale trattamento di situazioni eguali e nel diverso trattamento di situazioni che eguali non sono³, ed allora in che senso esprimersi in termini di eguaglianza, di similitudine o di analogia⁴ vuol dire usare termini (almeno in parte) col medesimo significato?

Quale sia il rapporto fra i termini *analogo*, *simile* ed *eguale* può essere spiegato attraverso un esempio formulato da Letizia Gianformaggio⁵. L'Autrice ha asserito che se si afferma '*a* e *b* sono eguali' lo si fa al fine di mettere in luce ciò che *a* e *b* hanno in comune; se si afferma che *a* e *b* sono diversi si sottolinea ciò che non hanno in comune. E cosa accade se si sostiene che *a* e *b* sono simili o analoghi? Letizia Gianformaggio ha sostenuto che la particolarità dell'enunciato '*a* e *b* sono simili o analoghi', sta nel fatto che la somiglianza (l'analogia) rivolge l'attenzione non soltanto su ciò che accomuna *a* e *b* ma pure sulle reciproche differenze. E' un'espressione ellittica che posta in relazione con le altre due porterebbe a riformulare queste ultime nel seguente modo: '*a* e *b* sono eguali' si

² Affermano, con differenti accenti, il nesso tra eguaglianza e analogia, ad esempio N. BOBBIO, *L'analogia nella logica nel diritto* (1938), rist. a cura di P. DI LUCIA, Giuffrè, Milano, 2006; L. GIANFORMAGGIO, *L'analogia giuridica*, in ID. *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, a cura di E. DICIOTTI e V. VELLUZZI, Giappichelli, Torino, 2008, 140 ss.; G. CARCATERRA, *Analogia I) Teoria generale*, in *Enciclopedia giuridica italiana*, Treccani, Roma, 1988.

³ Com'è ben noto la nozione di eguaglianza è sia vaga sia ambigua: una sintetica, densa e curata raccolta antologica in proposito è quella realizzata da P. FERRAGAMO, *Le formule dell'uguaglianza: da Kelsen a Nagel*, Giappichelli, Torino, 2004.

⁴ Si usano simile, analogo, similitudine e analogia come perfettamente fungibili sul piano semantico.

⁵ L. GIANFORMAGGIO, *Ragionamento giuridico e somiglianza*, in ID. *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, cit., 207-209.

converte in 'a e b non sono proprio eguali ma comunque simili'; il secondo enunciato 'a e b sono diversi' si converte nell'enunciato 'a e b pur essendo diversi ciò nonostante sono simili'. Orbene 'simile' e 'analogo' richiamano, quindi, un giudizio complesso, vale a dire la necessità di tener conto, in una specifica argomentazione analogica, sia degli elementi di somiglianza sia di quelli di differenza fra le entità che vengono comparate⁶.

Questo discorso riguarda il significato di somiglianza e di analogia (anche) al di fuori del contesto giuridico; limitandolo all'ambito giuridico esso diventa uno strumento per valutare le condizioni argomentative minime di una 'buona' analogia giuridica. Per essere più chiari: un ragionamento è correttamente sviluppato in termini analogici soltanto se si argomenta sia intorno alle somiglianze, sia intorno alle differenze tra le classi di casi raffrontate⁷. 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; 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. Ne consegue, ed è la tesi di Letizia Gianformaggio qui accolta, che l'argomento *a simili* (analogico) e l'argomento *a contrario* sono entrambi argomenti che si fondano sull'eguaglianza come nucleo razionale; soltanto che l'argomento *a simili* è correlato all'accertamento della rilevanza delle somiglianze che consegue all'irrilevanza delle differenze, mentre l'argomento *a contrario* è correlato al giudizio di rilevanza delle differenze che rende irrilevanti le somiglianze⁸. Argomentando in questi termini l'analogia giuridica è un ragionamento comparativo legato all'eguaglianza.

Per concludere provvisoriamente: in campo giuridico si ragiona per analogia al fine di stabilire se due classi di casi meritino o meno il medesimo trattamento

⁶ *Ibidem*; con maggior decisione nel saggio *L'analogia giuridica*, in ID. *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, cit., 141. Nel testo si è parlato di giudizio complesso, mentre Letizia Gianformaggio si è espressa in termini di "doppio criterio di rilevanza" (L. GIANFORMAGGIO, *Ragionamento giuridico e somiglianza*, in ID. *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, cit., 208).

⁷ Per 'condizioni argomentative minime di una buona analogia giuridica' si intendono, quindi, quei passaggi argomentativi che non possono mancare in un ragionamento analogico giuridico, pena la sua incompletezza. Il lettore noterà che nel testo ci si riferisce a classi di casi e non semplicemente a casi. La ragione è semplice. La comparazione avviene, infatti, tra classi omogenee per grado di generalità. Ove si sia chiamati a decidere se la conseguenza giuridica stabilita per le lavatrici debba valere anche per la lavastoviglie del signor Paolo, si farà una comparazione tra i caratteri delle lavatrici e delle lavastoviglie; la sorte della lavastoviglie del signor Paolo dipende dall'appartenere alla classe lavastoviglie.

⁸ Cfr. ancora L. GIANFORMAGGIO, *L'analogia giuridica*, in ID. *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, cit., 140-142. Sull'argomento *a simili* e sull'argomento *a contrario* due lavori recenti di notevole interesse sono quelli di D. CANALE e G. TUZET, *The A Simili Argument: An Inferentialist Setting*, in *Ratio Juris*, 4, 2009, in corso di pubblicazione; ID., *On the Contrary: Inferential Analysis and Ontological Assumptions of the A Contrario Argument*, in *Informal Logic*, 28, 2008, 31-43.

attraverso una comparazione delle somiglianze e delle differenze tra le classi di casi in questione; la rilevanza delle somiglianze (e quindi l'irrilevanza delle differenze) comporta l'equiparazione del trattamento giuridico, mentre la rilevanza delle differenze (e l'irrilevanza delle somiglianze) comporta la negazione dell'equiparazione del trattamento⁹.

Ciò detto vale la pena chiedersi: a quale eguaglianza è legata l'analogia giuridica? La nozione di eguaglianza è, infatti, ambigua, ossia utilizzata in svariate accezioni. Senza pretesa di completezza se ne indicano alcune. Si può intendere l'eguaglianza come corretta applicazione delle regole: 'la legge è uguale per tutti' è il motto che meglio rappresenta questa accezione dell'eguaglianza¹⁰. Oppure ci si può riferire all'uguaglianza nei diritti fondamentali e affermare che tutti sono uguali in qualche cosa, ossia che tutti sono uguali perché possiedono gli stessi diritti fondamentali¹¹. Ed ancora 'eguaglianza' può significare produzione di norme ragionevoli¹². Che cosa significa produrre attraverso un ragionamento norme ragionevoli? Significa appunto rispettare il criterio dell'eguale trattamento degli uguali e il suo risvolto, cioè il non assoggettare al medesimo trattamento situazioni diverse. L'analogia fa capo a questa nozione di eguaglianza tipicamente comparativa¹³.

⁹ Nell'analogia giuridica non è importante la quantità dei caratteri comuni alle classi comparate, bensì la rilevanza dei caratteri (o anche soltanto di un carattere) comune.

¹⁰ Si veda L. GIANFORMAGGIO, *L'eguaglianza di fronte alla legge: principio logico, morale o giuridico?*, in ID., *Eguaglianza, donne e diritto*, a cura di A. FACCHI, C. FARALLI, T. PITCH, Il Mulino, Bologna, 2005, 65-66.

¹¹ Intendere l'eguaglianza come l'essere tutti uguali in qualche cosa (si?) evoca il lessico usato da Norberto Bobbio in varie opere, per tutte v. N. BOBBIO, *Eguaglianza e libertà*, Einaudi, Torino, 1995. Un breve inciso. Proprio la nozione di eguaglianza nei diritti fondamentali mette bene in luce come l'affermazione dell'eguaglianza e la politica della differenza procedano di pari passo, sempre che questa sia intesa come: "l'uguale diritto di tutti all'affermazione e alla tutela della propria identità, in forza del pari valore associato a tutte le differenze che fanno di ciascuna persona un individuo diverso da tutti gli altri e di ciascuno individuo una persona come tutte le altre", così L. FERRAJOLI, *La differenza sessuale e le garanzie dell'eguaglianza*, in *Democrazia e diritto*, 2, 1993, 51-52. Per spunti di rilievo e per gli opportuni rimandi bibliografici v. T. MAZZARESE, *Eguaglianza, differenze e tutela dei diritti fondamentali*, in *Ragion pratica*, 2006, 399 ss.

¹² L. GIANFORMAGGIO, *L'eguaglianza di fronte alla legge: principio logico, morale o giuridico?*, in ID., *Eguaglianza, donne e diritto*, cit., 65, 66-67.

¹³ Cfr. G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980, 350: "In questa esplicitazione, 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". Sin qui si è evitato di affrontare il tema del rapporto tra analogia giuridica e lacune. La questione è complessa: si segnala che l'analogia non riguarda solo le lacune normative, ossia l'assenza di disciplina per una classe di casi, bensì pure le cosiddette lacune assiologiche, ossia situazioni nelle quali v'è una disciplina giuridica, ma inadeguata. Per esemplificare questo secondo caso e porlo in relazione con l'analogia, si pensi alla situazione in cui v'è una previsione legislativa che contrasta con il principio costituzionale di eguaglianza (ex art. 3, comma 1°, Cost.) alla luce di un parametro di ragionevolezza. L'illegittimità costituzionale segue ad una irragionevole differenziazione o assimilazione del trattamento tra classi di casi effettuata dalla legge. In questo caso il giudice costituzionale è chiamato a ragionare per analogia

Tuttavia, e con questa considerazione si conclude il primo punto oggetto dello scritto, sin qui si è parlato dell'analogia giuridica trascurando un aspetto, forse il più importante, e cioè: per stabilire quando si è di fronte a somiglianze rilevanti e quindi a differenze irrilevanti o quando si è di fronte a differenze rilevanti e quindi a somiglianze irrilevanti v'è bisogno di un criterio. L'eguaglianza che sta alla base dell'analogia consiste, lo si è già detto, nell'eguale trattamento di situazioni eguali e nel diverso trattamento di situazioni che eguali non sono. Questa formula dell'eguaglianza per essere pregnante necessita che si indichi il criterio di apprezzamento dell'omogeneità o della diversità¹⁴.

Sino ad ora, dunque, si è sottolineata soltanto la necessità di argomentare sia intorno alle somiglianze, sia intorno alle differenze sul piano della rilevanza e/o della irrilevanza, nonché di dover apprezzare rilevanza e/o irrilevanza alla luce di un qualche criterio.

A questo punto occorre compiere un passo ulteriore e chiedersi quale sia lo strumento di valutazione della rilevanza e della irrilevanza. Si sa che è abitudine di giuristi e giudici sostenere che il criterio è la *ratio*. Ovvero se le due classi di casi sono riconducibili alla medesima *ratio* vuol dire che le loro differenze sono irrilevanti ed hanno almeno una somiglianza rilevante per la quale meritano il medesimo trattamento giuridico¹⁵. Il riferimento alla *ratio* pone in rilievo un aspetto fondamentale dell'analogia giuridica, ossia che l'analogia giuridica ha natura valutativa e di conseguenza la correttezza dei ragionamenti analogici non può prescindere da come si individua e si usa l'elemento valutativo che ne è il perno¹⁶.

ed essa costituisce lo strumento per valutare se il legislatore abbia o meno prodotto norme ragionevoli (rispettose, cioè, dell'eguaglianza). Per il vero è ben noto che la ragionevolezza come parametro di legittimità costituzionale ha assunto in giurisprudenza molteplici articolazioni, in proposito si rinvia alla pregevole sintesi di V. BONCINELLI, *I valori costituzionali fra testo e contesto*, Giappichelli, Torino, 2007, cap. IV; sulla complessità filosofica del concetto di ragionevolezza v. S. ZORZETTO, *La ragionevolezza dei privati. Saggio di metagiurisprudenza esplicativa*, Angeli, Milano, 2008; sulle possibili prospettive dell'uguaglianza e della ragionevolezza in ambito comunitario v. M. BARBERIS, *Europa del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2009, 198-202.

¹⁴ Si veda per l'ennesima volta L. GIANFORMAGGIO, *L'eguaglianza di fronte alla legge: principio logico, morale o giuridico?*, in *Id.*, *Eguaglianza, donne e diritto*, cit., 65: "... a dividerci 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".

¹⁵ Scriveva già nel 1938 N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, cit., 134 (della ristampa del 2006): "I giuristi infatti, postisi alla ricerca del fondamento della analogia, son venuti fissando la loro esperienza al riguardo in quella notissima e apparente banale massima, che ... suona costantemente così: *ubi eadem ratio, ibi eadem juris dispositio*".

¹⁶ Cfr R. ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, trad. it. di M. LA TORRE, Milano, Giuffrè, 1998, 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". Va precisato che "... essendo l'eguaglianza il nucleo razionale dell'idea della giustizia distributiva, non mi

Su questo aspetto ora segnalato si dovrà ritornare nell'ultimo paragrafo ed il suo esame si rivelerà essenziale per sviluppare il terzo punto oggetto di questo scritto. Prima però è necessario svolgere sommarie osservazioni sull'analogia giuridica (e sulla nozione di eguaglianza che la ispira) nella giurisprudenza della Corte europea di Giustizia.

2. Brevi cenni alla giurisprudenza della Corte europea di Giustizia

Le decisioni della Corte in cui espressamente si fa riferimento all'analogia sono piuttosto poche¹⁷. È ben nota la sentenza del 1985 riguardante il caso *Krohn*, sentenza nella quale la Corte afferma che i regolamenti comunitari sono applicabili analogicamente solamente se l'applicazione analogica consente di evitare la violazione di un principio comunitario. La sentenza è interessante anche per un'altra ragione: infatti, la violazione del principio comunitario che l'applicazione analogica del regolamento eviterebbe è la parità di trattamento, quindi l'analogia è strumento di tutela del suo stesso nucleo razionale, l'uguaglianza intesa come parità di trattamento¹⁸.

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*", L. GIANFORMAGGIO, *L'analogia giuridica*, in ID. *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, cit., 141; si veda pure G. CARCATERRA, *Analogia I) Teoria generale*, cit., 13-14, il quale dopo aver sostenuto che eguaglianza e *identitas rationis* presentano strutture differenti, conclude però che esse hanno un essenziale aspetto logico in comune e si può "... ritenere che nell'*argumentum a similibus* il concetto di somiglianza possa specificarsi non solo mediante il criterio dell'*identitas rationis* ma altresì mediante quello dell'eguaglianza giuridica".

¹⁷ Le riassume l'unico articolo in argomento, ossia quello di K. LANGENBUCHER, *Argument by Analogy in European Law*, in *Cambridge Law Journal*, 1998, 481 ss.; secondo E. RUSSO, *L'interpretazione dei testi normativi comunitari*, Giuffrè, Milano, 2008, 235-236: "La Corte di Giustizia ha posto, in linea di principio, la inammissibilità della interpretazione analogica dei testi comunitari, ma non ha ritenuto *assoluto* tale principio"; esso si fonderebbe sul "... carattere settoriale dell'ordinamento comunitario e la necessità che ciascun atto normativo si giustifichi in base alla competenza attribuita dai Trattati". K. LANGENBUCHER, *Argument by Analogy in European Law*, cit., sostiene, sempre sul medesimo punto, che "...It is not so easy to claim the applicability in European law of ... constraints on reasoning by analogy, namely the requirement of a legislative basis for the restriction of individual rights. One reason for this is the fact that the main focus of the division of power between the various Community institutions is to ensure the autonomy of the Member States rather than the rights of individual European citizens". Più in generale sulle tecniche di interpretazione del diritto comunitario si veda, pure per gli opportuni rimandi alla letteratura, G. ITZCOVICH, *L'interpretazione del diritto comunitario*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 2008, 429 ss.

¹⁸ *Corte europea di Giustizia*, Krohn/ BALM, 165/84, 12.12.1985; 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

La penuria di decisioni nelle quali c'è un riferimento espresso all'analogia non deve far pensare che il concetto di analogia non sia abbondantemente utilizzato dalla Corte europea di Giustizia. Si può dire che il concetto di analogia è massicciamente presente nella giurisprudenza della Corte, per quanto la parola 'analogia' non venga nominata. Sovente, infatti, l'analogia è, per così dire, 'ridenominata', specie attraverso le nozioni di non discriminazione (è il dato più macroscopico), non commensurabilità delle fattispecie e di obiettiva e giustificata diversità di trattamento¹⁹.

La non discriminazione, infatti, viene declinata nei termini del nucleo razionale dell'eguaglianza che sta alla base del ragionamento per analogia. Ovvero non v'è discriminazione se la diversità di discipline consegue a differenze rilevanti tra le classi di casi raffrontate²⁰.

Allo stesso ragionamento sono riconducibili la giustificazione obiettiva di diversità di trattamento delle fattispecie o la loro non commensurabilità²¹. Infatti, non si riesce a cogliere da un punto di vista di analisi, di comparazione di classi di casi e di conseguenze giuridiche cosa possa essere la non commensurabilità se non la conclusione di un ragionamento col quale si valuta la rilevanza delle differenze delle situazioni ai fini della loro regolazione giuridica, o che cosa sia una obiettiva giustificazione di una differenziazione di disciplina se non il fatto che si è compiuta - secondo un determinato criterio - una scelta in ordine alla rilevanza delle differenze.

Per il vero, quella appena fornita è una lettura plausibile della non discriminazione, della giustificazione obiettiva di diversità di trattamento delle fattispecie e della loro non commensurabilità, ma ciò non vuol dire che la

Trattato, dichiara 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 Sagpol, 310/98 e 406/98, 23. 3. 2000, altri esempi in K. LANGENBUCHER, *Argument by Analogy in European Law*, cit.

¹⁹ Una sintesi della giurisprudenza si può vedere in P. COSTANZO, L. MEZZETTI, A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2006, 399-407. 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.

²⁰ *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.

²¹ Com'è ovvio v'è uno stretto legame tra la non discriminazione e la obiettiva e giustificata diversità delle fattispecie, nel senso che la presenza della seconda evita che la disciplina sia discriminatoria. Per un caso di non commensurabilità tra le fattispecie *Corte europea di Giustizia*, Hauptzollamt Mainz/Firma A. Racke, 283/83, 13. 11. 1984.

giurisprudenza la segua con scrupolo. Non mancano, infatti, decisioni nelle quali la obiettiva diversità o la non commensurabilità sono solo asserite ma non adeguatamente argomentate²².

Le rapide osservazioni compiute consentono di asserire che l'analogia fa sì capolino in maniera timida e rara nella giurisprudenza della Corte europea di Giustizia, ma ciò vale solo per un esame che si ferma alla superficie delle motivazioni delle decisioni, ossia ad espressi riferimenti alla parola analogia²³. Il quadro muta, in maniera significativa, se si guarda in profondità, non alla parola ma al concetto. Non sempre però il concetto è maneggiato con cura: talvolta le differenze vengono accreditate come giustificate in assenza di giustificazione, le situazioni sono 'non commensurabili' per definizione.

3. *Analogie anarchiche, coerenti, congruenti*

Riassumendo: si è dapprima ricostruita la relazione tra analogia giuridica ed eguaglianza; in secondo luogo si è indicato in maniera sintetica lo stato dell'arte della giurisprudenza della Corte europea di Giustizia in tema di analogia giuridica; resta ora da sviluppare la terza parte dell'articolo: se l'analogia giuridica possa, potrebbe o potrà essere uno strumento utilizzabile (ed in questo senso utile) per la formazione e il consolidamento del sistema giuridico comunitario.

Per abbozzare una risposta è necessario riprendere la questione della natura valutativa del ragionamento per analogia nel diritto. Si tratta, cioè, di riprendere la questione del criterio alla luce del quale si valutano rilevanza o irrilevanza delle somiglianze e quindi irrilevanza o rilevanza delle differenze.

È palese che il mero riferimento alla condivisione della *ratio* da parte delle classi di casi non può essere appagante. Ovvero: riferirsi alla *ratio* è insufficiente nella misura in cui valutare la 'qualità' di un ragionamento analogico impone non soltanto che si dica che c'è una *ratio*, che venga esplicitata, ma soprattutto che questa *ratio* sia giustificata. La scelta di una qualsiasi *ratio* non è in grado di produrre una 'buona' analogia. Il punto cruciale è riassumibile nell'interrogativo: a

²² Ciò accade soprattutto per la non commensurabilità tra le fattispecie, si veda a mo' di esempio la sentenza di cui alla nota 21.

²³ O a parole o sintagmi sinonimi quali ragionamento analogico', 'interpretazione analogica'.

quali condizioni la scelta di una determinata *ratio* può dirsi adeguata per sviluppare ragionamenti analogici?²⁴

A ben vedere se si ritiene che l'analogia sia uno strumento adeguato di completamento e di sviluppo di un sistema giuridico ciò dipende dal fatto che grazie ad essa "... si può optare per soluzioni che ... garantiscano la massima possibile *omogeneità e unità intrinseca possibile* al sistema"²⁵. Ed allora bisogna fissare le condizioni in base alle quali un criterio valutativo è compatibile col completamento del sistema attraverso se stesso. Detto altrimenti, in che modo possiamo avere a che fare, sia dal punto di vista sincronico, sia da quello diacronico, con ragionamenti analogici che non siano *anarchici*, estemporanei?

Le possibili strategie sono (almeno) due. La prima strategia: si può chiedere agli interpreti che nel porre in essere ragionamenti analogici si limitino alla scelta di criteri (di *rationes*) che siano tra loro *non incompatibili*. Il sistema viene così sviluppato attraverso un criterio di razionalità minimale, la non incompatibilità dei criteri utilizzati, e quindi attraverso la realizzazione di analogie *coerenti*.

La seconda strategia consiste nel non accontentarsi della non incompatibilità fra i criteri, ma cercare la massima compatibilità tra i criteri medesimi, in altri termini sviluppare il sistema secondo – detto con parole forti - valori condivisi e quindi attraverso analogie *congruenti*²⁶. Che il senso dell'analogia quale strumento di sviluppo del sistema attraverso se stesso stia proprio in questo elemento è affermato in maniera decisa da Letizia Gianformaggio: "Premessa generale fondamentale è l'assunzione di una coerente struttura razionale dei valori ed argomenti giuridici e/o di regole giuridiche positive; senza valori condivisi, non c'è ragione di attribuire maggior peso ad una somiglianza che ad un'altra"²⁷.

Sulla scorta di quanto appena detto si potrebbe tentare di comprendere la ritrosia della Corte europea di Giustizia ad usare espressamente l'analogia e il costume dei giudici comunitari di ridenominarla. Tuttavia per valutare se la Corte

²⁴ Su questo aspetto rinvio a D. CANALE e G. TUZET, *Inferring the Ratio: Commitments and Constraints*, di prossima pubblicazione su *Argumentation*; V. VELLUZZI, *Analogia giuridica e razionalità dell'ordinamento. Note a margine*, in *Ragion Pratica*, 27, 2006, 377-386.

²⁵ G. CARCATERRA, *Analogia I) Teoria generale*, cit., 11.

²⁶ Si evoca qui N. MACCORMICK, *La congruenza nella giustificazione giuridica*, in N. MACCORMICK e O. WEINBERGER, *Il diritto come istituzione*, trad. it. a cura di M. LA TORRE, Giuffrè, Milano, 1991, 341: "... la congruenza delle norme concerne il loro 'avere senso', come complesso di norme razionalmente connesse, strumentalmente e intrinsecamente, al fine della realizzazione o di qualche valore comune, oppure di qualche principio comune", e si rammenti che per MacCormick v'è equivalenza estensionale tra valori e principi.

²⁷ L. GIANFORMAGGIO, *Ragionamento giuridico e somiglianza*, in ID. *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, cit., 212.

europea di Giustizia prediliga analogie, dichiarate e dissimulate, coerenti oppure congruenti, o se sia priva della bussola di criteri valutativi omogenei e stabili bisognerebbe compiere un'ampia indagine giurisprudenziale a tutto campo, ed una conclusione affidabile non può esser tratta dalla mera varietà lessicale presente nelle decisioni rapidamente riportate in precedenza. Chi volesse realizzare questa impresa potrà trovare nelle poche pagine che precedono uno strumento, si spera efficace, di analisi e di critica. Ad ogni buon conto l'auspicio è che la rarità dell'impiego della parola analogia a fronte del ricorrente (talvolta poco argomentato) impiego del ragionamento che essa richiama, non sottenda la rinuncia all'individuazione di valori condivisi, così da lasciar libera la Corte di costruire analogie disomogenee nel tempo: poiché in ogni caso analogie si fanno è preferibile che siano buone analogie.