

c) il criterio *sistematico*. Già Celso (D. 1, 3, 24) sosteneva che *incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula eius proposita iudicare vel respondere*. Per determinare, infatti, il significato e la portata di una disposizione è indispensabile collocarla nel quadro complessivo dell'ordinamento in cui va inserita, onde evitare contraddizioni e ripetizioni, istituire opportuni coordinamenti, e via dicendo;

d) il criterio *sociologico*: la conoscenza degli aspetti economico-sociali dei rapporti regolati è spesso illuminante per pervenire ad una interpretazione congruente con la realtà disciplinata e su cui quelle regole sono destinate ad avere rilievo;

e) il criterio *equitativo*: volto ad evitare interpretazioni che contrastino col senso di giustizia della comunità, favorendo invece soluzioni equilibrate degli interessi confliggenti e che l'interprete deve sempre valutare comparativamente.

In definitiva l'interprete — e perciò, prevalentemente, i giudici — è chiamato a prendere posizione sulle situazioni di contrasto che emergono nella vita della collettività e conseguentemente ne influenza, con la sua opera complessiva, in modo rilevante il corso e gli eventi, pur restando nell'ampio margine che il principio della fedeltà alla legge impone.

### § 26. *L'analogia.*

È impossibile che il legislatore riesca a disciplinare l'intero ambito dell'esperienza umana, per quanto possa essere attento e minuzioso (e se il legislatore è troppo minuzioso si verifica il ben più grave inconveniente di maggiori difficoltà nell'opera di coordinamento tra le varie disposizioni). È parimenti impossibile che egli riesca a prevedere tutte le trasformazioni tecniche, sociali, economiche, che in rapida successione si verificano. Il giudice si trova, perciò, di frequente di fronte a problemi che nessuna norma positiva prevede e risolve (le c.d. *lacune* dell'ordinamento).

Le lacune e  
la necessità  
della  
decisione

L'applica-  
zione  
analogica di  
norme

Non potrebbe, tuttavia, rifiutarsi conseguentemente di decidere, sotto pena di rendersi responsabile di denegata giustizia e omettendo un atto del proprio ufficio.

Perciò l'art. 12, comma 2, delle preleggi dispone che il giudice — quando non sia riuscito a risolvere il caso su cui deve pronunciarsi, né applicando una norma che lo contempra direttamente, né applicando una norma che pur non contemplandolo direttamente possa essere interpretata *estensivamente* fino ad abbracciarlo — deve procedere

applicando « per *analogia* » le « disposizioni che regolino *casi simili* o *materie analoghe* », e qualora il caso rimanga ancora dubbio, applicando « i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato ».

Dunque il procedimento analogico consiste nell'applicare ad un caso *non regolato* (in quanto per esso non si è trovata nessuna norma che lo contempra, neppure ricorrendo ad una interpretazione *estensiva* della portata della norma che regoli la fattispecie più prossima a quella da decidere) una norma *non scritta* desunta da una norma *scritta*, la quale, però, è dettata per regolare un caso *diverso*, sebbene « simile » a quello da decidere. Ma cosa significa individuare tra due fattispecie diverse — una regolata ed un'altra *non regolata* — un rapporto di « somiglianza »? Di due entità può dirsi che sono *simili* se hanno qualche elemento in comune; il che pone il problema di comprendere che cosa debba intercorrere *di comune* tra le due fattispecie messe a confronto, quella oggetto della norma scritta presa in considerazione e l'altra, oggetto della lite, priva di specifica disciplina, per consentirci di concludere che tra i due casi sussiste una « somiglianza » o, appunto, *analogia* tale da consentire di applicare alla seconda fattispecie la regola dettata dal legislatore per la prima.

Ora, quell'elemento di contatto, unificante, deve consistere proprio nella fondamentale *giustificazione* della disciplina del caso: l'identità di quell'elemento ci fa concludere che pure il caso non regolato *merita* di essere assoggettato al regime previsto per quello espressamente considerato dalla legge. Così, ad es., se una disposizione è dettata per i « lavoratori dipendenti », ove la sua giustificazione vada rintracciata nella circostanza che si applica a dei « dipendenti » non potrà invocarsene un'applicazione analogica a lavoratori « autonomi »; ove, invece, la sua giustificazione vada rintracciata nella circostanza che essa è stata dettata per dei « lavoratori », quale che sia il tipo di contratto in forza del quale prestano la loro opera, ecco che si apre lo spazio per un'estensione analogica anche ad altri « lavoratori » sebbene *autonomi*.

Si spiega, dunque, il tradizionale insegnamento secondo cui l'analogia si fonda su una identità di *ratio*: ove tra due fattispecie sussista una « somiglianza » data da identità di alcuni elementi, e la *ratio* della disposizione che disciplina uno dei due casi va rintracciata proprio in esigenze legate all'elemento che risulta comune ad entrambe le fattispecie, anche al secondo caso, per il quale ricorre una identica *ratio* (giustificazione), potrà applicarsi la stessa norma dettata per la prima fattispecie.

L'art. 12 cpv. delle preleggi autorizza non solo il ricorso alla *analogia legis*, ossia alla applicazione in via analogica ad un caso non

La « analogia  
iuris »

regolato di singole disposizioni ritenute adatte a regolare quella fattispecie (sebbene dettate con riferimento ad ipotesi diverse, ma, appunto, « analoghe »), ma pure, se il caso rimane ancora dubbio, il ricorso alla *analogia iuris*, ossia ai « principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato », vale a dire ricavando una norma (non scritta) non già da specifiche disposizioni che, pur dettate per differenti casi, vengono applicate a quello da decidere, bensì addirittura estrapolando la regola solutoria del caso « dubbio » dai generali orientamenti del sistema legislativo. Si tratta, quindi, di un'operazione ontologicamente diversa dall'applicazione analogica di una specifica norma.

Il ricorso all'analogia è sottoposto a limiti: l'analogia non è consentita né per « le leggi penali », né per « quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi » (art. 14 disp. prel.).

I divieti di analogia: le norme penali...

Il divieto si giustifica, in relazione alle norme penali, per il principio di stretta legalità che caratterizza le norme incriminatrici: *nullum crimen sine previa lege penali* (« nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto compiuto »: art. 25, comma 2, Cost.). Il divieto dell'analogia nell'applicazione delle leggi penali (ma con tale espressione si intendono le sole norme incriminatrici o, comunque, *in malam partem*, ossia volte a stabilire un trattamento deteriore per il reo) ed eccezionali non vale per l'interpretazione *estensiva*, con la quale, secondo l'insegnamento corrente, ci si limita ad adeguare la portata letterale della norma alla effettiva volontà legislativa.

... le norme eccezionali

In relazione alle norme che abbiano carattere di *eccezione*, ossia di *deroga*, a precetti di ordine generale (norme *eccezionali*), il divieto di analogia si giustifica con la necessità logica di non ampliare le deroghe, privilegiando, di fronte ai casi non regolati, la disciplina normale e non quella eccezionale.

In effetti, tuttavia, la distinzione, nel singolo caso, tra una *interpretazione estensiva* di una norma eccezionale (consentita) e una *applicazione per analogia* (vietata) appare quanto mai ardua; così come non è, in molti casi, agevole la stessa determinazione della natura *eccezionale* di una norma, che la rende insuscettibile di interpretazione analogica.

*Lecture suggerite: Interpretazione e applicazione delle leggi: VILLA, Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica, Torino, 2012; OMAGGIO-CARLIZZI, Ermeneutica e interpretazione giuridica, Torino, 2010; PERLINGIERI, Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica, in Riv. dir. civ., 2010, I, 317; PINO, Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello stato costituzionale, Bologna, 2010; SCALISI, Interpretazione e teoria delle fonti nel diritto privato europeo, in Riv. dir. civ.,*