

Giovanni Tuzet

Analogia e ragionamento giuridico



Carocci editore

A Elia e Giona, che sono simili

1ª edizione, settembre 2020
© copyright 2020 by Carocci editore S.p.A., Roma

Realizzazione editoriale: Omnibook, Bari

Finito di stampare nel settembre 2020
da Grafiche VD srl, Città di Castello (PG)

ISBN 978-88-290-0309-9

Riproduzione vietata ai sensi di legge
(art. 171 della legge 22 aprile 1941, n. 633)

Senza regolare autorizzazione,
è vietato riprodurre questo volume
anche parzialmente e con qualsiasi mezzo,
compresa la fotocopia, anche per uso interno
o didattico.

Indice

Introduzione	11
1. L'analogia come inferenza complessa	17
1.1. L'analogia in generale	17
1.2. Vantaggi e svantaggi di un'inferenza complessa	18
1.3. Analogie fattuali	21
1.4. Analogie valutative	23
1.5. Analogie normative	25
1.6. Problemi aperti	29
1.7. Analogia, creatività e contesti	32
2. Argomentazione giuridica e analogia. (Sulle pale eoliche come rami)	35
2.1. L'argomentazione giuridica in Italia	35
2.2. Argomentazione e interpretazione giuridica	37
2.3. Argomenti interpretativi	39
2.4. Analogia e interpretazione estensiva	41
2.5. Casi difficili	44
2.5.1. Due casi penali: onde elettromagnetiche e veicoli a motore /	
2.5.2. Un caso civile: pale eoliche come rami?	
3. La storia infinita. Ancora su analogia e interpretazione estensiva	59
3.1. Un problema ricorrente	59

3.2.	L'analogia	60
3.3.	L'interpretazione estensiva	62
3.4.	Il caso di Radio Vaticana	66
3.5.	Quale morale?	70
4.	Molestie analogie I: il minore virtuale?	73
4.1.	Il problema generale	73
4.2.	Il problema specifico	75
4.3.	La soluzione	77
5.	Molestie analogie II: i social network come luoghi?	83
5.1.	Diritto e social network	83
5.2.	L'analogia come strumento conoscitivo	84
5.3.	L'analogia come strumento normativo	86
5.4.	Un problema ricorrente: analogia o interpretazione estensiva?	91
5.5.	Molestie e social network	94
6.	<i>A simili e a contrario</i>	101
6.1.	Aborto e analogia	101
6.2.	L'argomento <i>a contrario</i> e le sue versioni	105
6.3.	Somiglianze e differenze	110
7.	Il mobbing come concetto tû-tû	115
7.1.	Un concetto tû-tû	115
7.2.	Ancora su analogia e interpretazione estensiva	116
7.3.	Il mobbing nella giurisprudenza e nella dottrina	117
	7.3.1. Nella giurisprudenza / 7.3.2. Nella dottrina	

INDICE

7.4.	Una contraddizione teorica fondamentale	124
7.5.	Chi sa cos'è il mobbing?	125
	Bibliografia	127
	Indice dei nomi	137
	Indice degli argomenti	141

Introduzione

La principale virtù degli argomenti analogici è che sono al contempo una forma di scoperta e giustificazione, o invenzione e prova, per dirlo in altri termini. Ragionando analogicamente si genera una conclusione che ha la pretesa di essere nuova, informativa rispetto al contenuto delle premesse; al contempo, si avanza la pretesa che le premesse giustifichino la conclusione.

Nel ragionamento giuridico, in senso proprio, l'analogia serve a colmare le lacune. Argomentando analogicamente si offrono ragioni per trattare in determinati modi fattispecie non disciplinate dal diritto. Così l'analogia giuridica ha la pretesa di innovare o espandere il sistema in cui si colloca, mantenendone la coerenza o continuità.

Il libro ruota intorno a questa idea di fondo, che ha due aspetti da chiarire subito analiticamente. Il primo è che quando due o più entità vengono rapportate analogicamente lo si fa perché le si trova "simili". Ora, cosa intendiamo con questa parola? Intendiamo normalmente dire che hanno delle proprietà comuni, ma ciò non basta. Riprendendo un'analisi che ne fece Letizia Gianformaggio, direi che usiamo "simili" per indicare le proprietà comuni di certe entità *senza* trascurare quelle non comuni, mentre per indicare *solo* le loro proprietà comuni diciamo che le entità sono "uguali" e per indicare *solo* le proprietà non comuni diciamo che sono "diverse"¹.

Obama e Trump hanno delle proprietà comuni. Innanzitutto sono esseri umani; più precisamente sono esseri umani di sesso maschile. Hanno due gambe e due braccia. Inoltre sono stati eletti a presidente

1. Gianformaggio (2008, cap. 9), dove l'analisi è completata dicendo che l'identità è un concetto logico, diverso in questo senso da quelli di uguaglianza, diversità e somiglianza.

degli Stati Uniti. E hanno una moglie il cui nome inizia per “M” (Michelle e Melania). Ma hanno anche delle proprietà non comuni, com'è palese. L'uno è democratico, l'altro repubblicano. Hanno idee diverse sulla politica internazionale. Hanno atteggiamenti e metodi molto diversi. E così via. Seguendo il suggerimento di Gianformaggio, quando consideriamo Obama e Trump simili sotto certi aspetti è perché consideriamo le proprietà che hanno in comune senza dimenticare che ne hanno altre non in comune, mentre tendiamo a focalizzarci solo sulle proprietà comuni quando li consideriamo come uguali (sotto certi aspetti) e ci focalizziamo esclusivamente sulle proprietà non comuni quando li giudichiamo diversi.

Così l'analogia ha a che fare con somiglianze ma anche differenze, in quanto si tratta di valutare se in un rapporto analogico continuo (più) le une o le altre. Però anche questo non basta. Le somiglianze e le differenze poste in gioco in un argomento analogico devono essere *rilevanti*. Che Obama e Trump abbiano entrambi una moglie il cui nome inizia per “M” non è rilevante al fine di tracciare un'analogia sul loro operato istituzionale. Semmai, sono le loro diverse idee e i loro diversi atteggiamenti a giustificare delle disanalogie.

La struttura logica delle analogie giuridiche – su cui si tornerà costantemente nel libro – ha tre elementi essenziali: *P* come proprietà comune rilevante, *Q* come conseguenza normativa di *P* ed *R* come scopo (*ratio*) che rende rilevante *P*.

Un argomento analogico che estende a una fattispecie non regolata la disciplina *Q* prevista per un'altra fattispecie è giustificato se (i) le due fattispecie hanno in comune *P* e se (ii) *P* è resa rilevante da *R*. Questa è in sintesi la concezione che ne difenderò, quando l'analogia è giuridicamente permessa². Come noto, infatti, non in tutti i contesti giuridici essa è consentita. L'ambito penale delle norme incriminatrici fa eccezione, come diremo ampiamente.

La struttura del libro segue il percorso della mia ricerca sull'analogia in una ventina d'anni, anche se i capitoli sono leggibili separatamente. Ci sono – è inevitabile in un lavoro come questo – delle ripetizioni, negli esempi utilizzati e negli argomenti spesi. Spero che i costi in termini

2. Più precisamente si potrebbe aggiungere una terza condizione: che non ci sia una differenza rilevante fra le due fattispecie, che cioè non ci sia un'altra *ratio* che rende rilevante qualcosa che le fattispecie *non* hanno in comune.

di noia per il lettore siano superati dai benefici in termini di chiarezza e semplicità espositiva.

Segnalo che le mie competenze sono di filosofo del diritto e teorico dell'argomentazione, non di giurista positivo né di filosofo *tout court*. In questo senso si darà un resoconto parziale dell'analogia, parziale sia per quanto riguarda i dettagli giuridici e le posizioni che vi si articolano³, sia per quanto riguarda gli aspetti filosofici del tema nella sua complessità⁴.

Il CAP. 1, distinti gli usi non argomentativi o espressivi dell'analogia da quelli argomentativi, si chiede che genere di argomento sia quello analogico e quale struttura inferenziale abbia. Si tratta di un tema classico negli studi sul ragionamento e l'argomentazione giuridica. È stato spesso notato che l'analogia ha una struttura inferenziale complessa in quanto risultato di più inferenze semplici. Mi colloco in quest'ordine di idee adottando una concezione, ripresa da Peirce, secondo cui l'analogia è un'inferenza complessa in quanto costituita da tre distinte componenti inferenziali. La sua struttura logica si chiarisce una volta che viene correttamente intesa come una combinazione di abduzione, induzione e deduzione. Diversi esempi, giuridici e non, supportano questa idea.

Nel CAP. 2 si osserva che gli approcci all'argomentazione giuridica negli ultimi decenni si possono essenzialmente dividere in due filoni: gli studi sulla retorica in ambito processuale (influenzati dalla lezione di Perelman) e gli studi sull'argomentazione nella motivazione delle sentenze giudiziali (dove le influenze sono varie). Nel secondo filone si analizzano le argomentazioni in fatto e in diritto, cioè gli argomenti che supportano una certa ricostruzione dei fatti e gli argomenti giuridici in relazione alle norme da applicare ai fatti. Fra i secondi, uno degli argomenti più discussi rimane quello analogico: come giustificare un'analogia giuridica? E stante il divieto di analogia *in malam partem* in diritto penale, come tracciare la distinzione fra analogia e interpretazione estensiva? Inoltre la parte finale di questo capitolo esamina un caso civile (il caso aragonese delle pale eoliche) che mostra come la determinazione della *ratio* sia cruciale per stabilire la rilevanza delle somiglianze.

3. Per uno spettro di posizioni cfr. Pelliccioli, Velluzzi (2011) e Kaptein, van der Velden (2018).

4. Cfr. ad esempio Melandri (1968; 2004); i paragrafi 103-104 del volume del 2004 rifondono, con modifiche, l'articolo del 1968.

Il CAP. 3 rileva che la distinzione fra analogia e interpretazione estensiva è un problema ricorrente per la giurisprudenza italiana, per la teoria del diritto e la scienza penalistica. Cerco di dare un contributo al dibattito distinguendo non solo l'analogia dall'interpretazione estensiva in genere, ma anche tre nozioni di "interpretazione estensiva": *in senso latissimo* come interpretazione che ne estende un'altra; *in senso lato* come interpretazione ammissibile che ne estende un'altra; *in senso stretto* come interpretazione ammissibile che estende un'interpretazione letterale (standard). Allo stesso tempo, intendo raccomandare un uso molto cauto di queste nozioni poiché la loro chiarezza analitica non toglie la difficoltà di utilizzarle correttamente in pratica.

Nei CAPP. 4 e 5 vengono messe alla prova le distinzioni sopra operate, discutendo, con riguardo al nostro ordinamento, le fattispecie di pornografia minorile riguardante un "minore virtuale" e di molestia tramite social network come recata "in luogo pubblico o aperto al pubblico". Segnalo il problema di indebite analogie rispetto alla prima questione e sostengo invece che si tratta di interpretazione estensiva nella seconda.

Il CAP. 6 approfondisce, utilizzando un esempio tratto dalla giurisprudenza argentina, i rapporti fra analogia (o argomento *a simili*) e argomento *a contrario* (di cui si distinguono tre versioni). Il caso discusso è interessante anche perché offre, in una delle sue ricostruzioni, un esempio di analogia *juris* (in base al principio di eguaglianza), mentre gran parte degli esempi richiamati nel libro sono di analogia *legis* (o di analogia in base a una *ratio decidendi* negli esempi di *common law*)⁵.

Infine, nel CAP. 7 viene richiamata l'idea dei concetti "tû-tû" (Ross), come riassuntivi una varietà di condotte e di conseguenze normative, e la si applica alla nozione di mobbing. Rispetto al quadro normativo vigente il mobbing sembra ricomprendere una molteplicità di condotte e i teorici del mobbing usano questa categoria per inquadrare tale varietà, mentre i penalisti cercano di capire a quale condotta tipica ricondurre il fenomeno, in assenza di una definizione legislativa. Le due operazioni sono a dir poco in tensione: penalmente si cerca di ricon-

5. Colgo l'occasione per notare che Schauer (2016, p. 148) sembra far dipendere la rilevanza di una somiglianza da una *regola* anziché dalla sua *ratio*. Questo si capisce, perché Schauer difende una concezione delle regole come applicabili a prescindere dalle loro ragioni soggiacenti. Ma le regole non bastano in un'argomentazione analogica, occorrono le loro ragioni.

durre a una fattispecie analitica una condotta che nella sua definizione extrapenale è sintetica. Di qui il tentativo di “infilare” il mobbing in una fattispecie esistente, allargandone le maglie tramite l’interpretazione estensiva.

Un aspetto che ho deciso di non approfondire – nonostante i miei interessi per gli aspetti probatori del ragionamento giuridico – è quello dell’analogia in ambito fattuale. Un esempio, di alcuni anni fa, è la discussione, in un caso americano, sulla somiglianza tra le fibre dell’amianto e le scorie derivanti dal trattamento del minerale a basso contenuto di ferro (taconite)⁶: era una somiglianza rilevante sotto il profilo della loro pericolosità per la salute pubblica e delle modalità del loro smaltimento? Dovrò tornare in futuro su questo aspetto.

I CAPP. 4 e 7 sono inediti, e il CAP. 7 è stato presentato, in una versione embrionale, in un seminario all’Università di Ferrara nel luglio 2013. Gli altri capitoli sono il risultato di una rielaborazione e riscrittura di lavori precedenti, di cui vengono indicate le fonti: CAP. 1, *Dover decidere. Diritto, incertezza e ragionamento*, Carocci, Roma 2010, cap. 5; CAP. 2, *Argomentazione giuridica e analogia*, in A. Cattani, M. De Conti (a cura di), *Didattica, dibattito, fallacie. E altri campi dell’argomentazione*, Loffredo, Napoli 2012, pp. 127-40 (segnalo inoltre che il PAR. 2.5.2 è del tutto inedito); CAP. 3, *La storia infinita. Ancora su analogia e interpretazione estensiva*, in “Criminalia. Annuario di scienze penalistiche”, 2011, pp. 507-19; CAP. 5, *Luoghi, siti, bacheche. Un caso di interpretazione estensiva*, in “Criminalia. Annuario di scienze penalistiche”, 2014, pp. 513-8, quindi, in versione ampliata, *Moleste analogie? Social network e norme penali*, in “Sistemi intelligenti”, 31, 2019, pp. 537-52; CAP. 6, *Analogia, defettibilità e principi*, in “Notizie di Politeia”, 137, 2020, pp. 155-9.

Sono molte le persone che vorrei ringraziare, ma due in particolare: Damiano Canale, per l’opportunità di lavorare in Bocconi e discutere con lui e i nostri studenti molti dei temi qui affrontati, e Vito Velluzzi, per le tante occasioni in cui, a partire da anni ferraresi, abbiamo parlato di analogia e per avermi suggerito di realizzare questo volume.

Gorizia, 30 gennaio 2020

6. Cfr. la discussione in Jasanoff (2001, pp. 72-3).

L'analogia come inferenza complessa

L'analogia non è altro che l'amore profondo che collega le cose distanti, apparentemente diverse ed ostili. Solo per mezzo di analogie vastissime uno stile orchestrale, ad un tempo policromo, polifonico e polimorfo, può abbracciare la vita della materia.

F. T. Marinetti, *Manifesto tecnico della letteratura futurista*

I.1

L'analogia in generale

Vi sono usi non argomentativi e usi argomentativi dell'analogia. I primi sono tipicamente impiegati in poesia e sono liberi dai vincoli che caratterizzano i secondi. Si consideri questo passo dell'amico e poeta Davide Brullo: «il Potatore da questa parte dell'emisfero schioccava la falce facendo saltare i rami delle siepi come scintille da un fuoco» (Brullo, 2004, p. 14). “Schioccare la falce” e “far saltare i rami” sono espressioni analogiche che il poeta ricava dalle dinamiche dell'atto rappresentato: nel primo caso, dal rumore e dal gesto secco del falciare; nel secondo, dall'effetto dinamico che il taglio netto ha sui rami. Per essere precisi sono espressioni metaforiche, ma, come vedremo, le metafore non sono altro che analogie condensate. Qui importa notare che lo scopo di simili analogie è puramente *espressivo*: non si intende condurre con esse un ragionamento o un'argomentazione, ma esprimere una certa immagine in modo tanto conciso quanto efficace. Per questi usi dell'analogia non si pone un problema di giustificazione ma al massimo di efficacia e di valore estetico. Gli usi *argomentativi* dell'analogia hanno invece lo scopo di trarre delle conclusioni giustificate a partire da date premesse e tramite una struttura inferenziale analogica. Ma in cosa consiste appunto una struttura inferenziale analogica?

In questo libro non ci occuperemo degli usi non argomentativi o espressivi dell'analogia; tratteremo dei suoi usi argomentativi, specialmente in ambito giuridico, chiedendoci di che genere di argomento si tratti e quale struttura inferenziale vi sia impiegata. Si tratta di un tema

classico negli studi sul ragionamento e l'argomentazione giuridica¹, cui spero di dare un contributo significativo. È stato spesso notato che l'analogia ha una struttura inferenziale complessa in quanto risultato di più inferenze semplici. Viene in questo senso ricordata (cfr. Engisch, 1970, p. 233), fra le altre, l'opinione di Aristotele secondo cui l'analogia è costituita da un'induzione e da una successiva deduzione. Ci collocheremo in quest'ordine di idee adottando qui una concezione dell'analogia come *inferenza complessa*, ma la tesi che si cercherà di sostenere in dettaglio, ripresa da Peirce, non è diadica bensì triadica: l'analogia è un'inferenza complessa in quanto costituita da tre distinte componenti inferenziali². La sua struttura logica si chiarisce una volta che viene correttamente intesa come una combinazione di abduzione, induzione e deduzione. Si cercherà di mostrarlo in riferimento ad ambiti sia fattuali sia normativi, rimandando ai prossimi capitoli la discussione di temi giuridicamente più specifici come le relazioni fra analogia *legis* e *juris*³ e quelle fra ragionamento analogico, interpretazione estensiva e argomento *a contrario*⁴.

I.2

Vantaggi e svantaggi di un'inferenza complessa

Charles S. Peirce non ritiene che l'analogia sia un'inferenza basilare, giacché si tratta a suo avviso di un'inferenza spuria che combina i caratteri di altre inferenze, in particolare dell'induzione e dell'abduzione.

1. Cfr. fra gli altri Bobbio (1938; 1994, cap. 1); Carcaterra (1988); Zaccaria (1990, cap. 6); Nerhot (1991); Gianformaggio (1998); Rotolo (2001); Di Lucia (2003, cap. 5); nonché i saggi raccolti in Pelliccioli, Velluzzi (2011). In ambito di *common law* cfr. fra gli altri l'influente Levi (1948), che difende la concezione del ragionamento giuridico come ragionamento dal particolare al particolare (*from case to case*), nonché Weinreb (2005) e Posner (2006); ma l'analogia è distinta dal ragionamento per esempio in Macagno, Walton (2009).

2. E se fossero due si direbbe che sono un'abduzione (non un'induzione) e una deduzione.

3. «La relazione fra le due figure si potrebbe esprimere sinteticamente dicendo che i principi generali del diritto stanno all'*analogia juris* come la *ratio* sta all'*analogia legis*» (Carcaterra, 1988, p. 19). Uno dei propositi del presente libro è quello di evidenziare il ruolo della *ratio* nell'*analogia legis*.

4. Cfr. Gianformaggio (1987, pp. 326-9); Velluzzi (1997; 2006a); Guastini (2004, pp. 154 ss. e 191 ss.); Canale, Tuzet (2008; 2009).

Ciò non deve essere inteso a discredito dell'analogia: al contrario, essendo un'inferenza spuria, essa presenta le proprietà delle sue componenti e ne somma i vantaggi. Come è stato giustamente notato, se il ragionamento analogico è una combinazione di induzione e abduzione, è allo stesso tempo una forma di "giustificazione" e di "scoperta"⁵. E come la sua componente abduttiva, esso può avere funzioni non solo retrospettive ed esplicative ma anche prospettive e progettuali⁶.

Secondo diversi passi di Peirce l'analogia combina infatti i caratteri dell'induzione e dell'abduzione (cfr. CP 6.40, 1892; CP 1.65-9, 1896 c.): essa ha lo scopo di integrare la conoscenza di un oggetto meno conosciuto ricorrendo a un oggetto più conosciuto con cui il primo ha in comune certe proprietà rilevanti (in virtù delle quali gli oggetti hanno una *somiglianza rilevante*). Qualora si sappia che certi oggetti hanno in comune certe proprietà rilevanti si può inferire per analogia che abbiano in comune un'ulteriore proprietà⁷.

In modo ancor più articolato, Peirce sostiene in altri passi che l'analogia è una combinazione di ipotesi e di induzione cui segue una conclusione tratta deduttivamente (CP 2.733, 1883; cfr. CP 7.98, c. 1910). Ciò non ne fa un'inferenza deduttiva: la proprietà inferita è pur sempre ricavata sulla base di un'iniziale abduzione, benché si tratti di un'abduzione rafforzata dalla generalizzazione induttiva secondo cui tutto ciò che ha una certa proprietà ne ha anche un'altra. Più spesso Peirce ribadisce che l'analogia procede "dal particolare al particolare" e ha i caratteri dell'induzione e dell'ipotesi (cfr. CP 2.513, 1867; CP 5.277, 1868; CP 2.632, 1878; RLT 141). Proprio in quanto inferenza spuria, come si è detto, è un'inferenza interessante giacché può combinare le qualità delle sue componenti, ossia essere allo stesso tempo una forma di scoperta (abduzione) e di giustificazione (induzione e deduzione). Inferire per analogia significa operare in questa complessità, la cui riduzione è senz'altro indebita. Come infatti vedremo, un approccio induttivista o deduttivista all'analogia, da una parte, non rende conto di come le somiglianze rilevanti vengono selezionate e non offre l'ubertà dell'abduzione; dall'altra, l'abduzione non offre la sicurezza dell'induzione o della deduzione e un

5. Così McJohn (1993, pp. 194-5); in traduzione italiana questo saggio è pubblicato in Pelliccioli, Velluzzi (2011, pp. 65-105).

6. Holyoak, Thagard (1995). Sull'abduzione in senso prospettivo e progettuale rimando a Tuzet (2006b).

7. Cfr. Copi, Cohen (1999, cap. XIII); Kaufmann (2001, p. 322).

approccio abduktivista all'analogia non rende conto della giustificatezza delle sue conclusioni (cfr. McJohn, 1993, pp. 201-8, 229-30).

Si potrebbe però pensare che, se da un lato l'analogia assomma i vantaggi delle singole inferenze che la costituiscono, dall'altro ne concentra anche gli svantaggi. Ma non credo che sia così, dato che gli svantaggi in questione non sono altro che i reciproci limiti, i quali vengono meno una volta che i singoli segmenti inferenziali vengono articolati in una struttura inferenziale complessa. Resta pur vero che la loro articolazione non è sempre facile da distinguere e che le oscillazioni dello stesso Peirce testimoniano di una difficoltà a questo riguardo. È più corretto averne una concezione diadica o triadica? Con quali inferenze basilari?

Non è peraltro distante dalla concezione di Peirce (analogia come combinazione di inferenze) la concezione dell'analogia come proiezione di una struttura relazionale da un dominio familiare (*source*) a un altro dominio simile ma non altrettanto conosciuto (*target*) – concezione diffusa nell'ambito della psicologia cognitiva e ritenuta suscettibile di estensione alla filosofia giuridica⁸. La medesima struttura relazionale presente in un dominio di partenza e in uno d'arrivo è quanto può oltretutto fondare l'idea che una metafora consista in un'analogia condensata, giacché a partire dall'analogia "A sta a B come C sta a D", la metafora può prendere le forme "A di D", "C di B", "A è C".

Ma quale fra queste distinte e simili maniere di intendere l'analogia è più corretta e capace di metterne in luce la struttura inferenziale? Le

8. Nella prospettiva della psicologia cfr. Holyoak, Thagard (1995). In ambito giuridico cfr. ad esempio Tiscornia (2000, pp. 218 ss.) secondo cui i passi sono i seguenti: 1. ricerca dell'analogo (*analogical retrieval*); 2. confronto (*analogical mapping*); 3. trasferimento (*transfer*) al nuovo caso della conoscenza rintracciata nell'analogo. «Ciò permette di differenziare: le entità che vengono confrontate (elementi fattuali, fattispecie astratta, relazioni, obiettivi, *ratio decidendi*...), il tipo di confronto (dal particolare al particolare, dal particolare al generale, dal generale al particolare) e il risultato del processo (interpretazione di un termine vago, reificazione di un predicato astratto, soluzione del problema, deduzione di una nuova norma...)» (ivi, p. 220). Cfr. Brewer (1996, pp. 966-7, 1005).

9. Cfr. CP 7.590; Perelman, Olbrechts-Tyteca (1958, trad. it. pp. 392 ss.); Perelman (1977, pp. 133 ss.); Holyoak, Thagard (1995, pp. 213 ss.); Brewer (1996, p. 964 e note 127-128). Contro l'assimilazione di analogia e metafora è stato detto (Nerhot, 1998, p. 290) che l'analogia si sviluppa su un terreno comune che manca invece alla metafora. Cfr. anche Eco (1990, pp. 155-6), secondo cui l'interpretazione della metafora è un processo *abduktiv*.

mie preferenze vanno a una concezione triadica, in virtù del suo superiore potere analitico¹⁰. Nelle pagine che seguono cercherò di mostrarlo sia in ambito fattuale sia normativo. Peraltro, qui si può trovare una delle ragioni per non usare la parola “induzione” in senso generico: non si devono confondere operazioni come la formulazione di un’ipotesi e la generalizzazione di quanto osservato. La dinamica dell’analogia, infatti, viene confusa se si confondono tali operazioni.

I.3 Analogie fattuali

Immaginiamo che io sia nato in un’isola del Pacifico e abbia sempre condotto una vita sana, nutrendomi dei frutti della terra e bevendo acqua di fonte. Immaginiamo che però a un certo punto io venga condotto in società e avviato alla conoscenza dei suoi usi e costumi. Invitato a un cocktail, mi viene proposto di bere una cosa che i civilizzati chiamano “Gin tonic”. Parendomi inopportuno rifiutare accetto la bevanda in questione e per di più, volendo mostrare la mia solerzia, la trangugio in pochi sorsi, con il risultato di cadere ubriaco poco dopo. L’indomani mi riprometto di non ridurmi più in un simile stato e di non accettare mai più un bicchiere di Gin tonic. Ma a un successivo cocktail mi viene proposta una diversa bevanda, chiamata “Vodka tonic”. Posso accettarla o no? Avrò sul mio organismo lo stesso effetto del Gin tonic o un effetto diverso? È chiaro che io, essendo all’oscuro di come sono composte tali bevande, non posso che cercare di ragionare per analogia, dal particolare al particolare, chiedendomi se ci sia una somiglianza fra le due e se l’effetto della seconda sia analogo a quello della prima. Sotto un profilo inferenziale, dovrò prima di tutto formulare un’ipotesi in merito a ciò che produce tale effetto indesiderato. Un’ipotesi che non sarebbe innaturale formulare è che le bibite si somiglino poiché contengono un elemento chiamato “tonic”. Potrebbe essere quest’ultimo la causa dell’ubriachezza e potrei indurne che tutte le bibite che lo contengono conducono all’ubriachezza! Se ragionassi in questo modo ne concluderei che non è opportuno accettare il bicchiere di Vodka tonic.

10. Se ne è parlato anche in Tuzet (2006a, par. 34), pur in maniera molto concentrata.

A tal punto, sorprendendo il mio interlocutore, proporrei di bere un “Gin vodka”, per evitare il subdolo tonic. Al che cadrei tramortito ancor prima della volta precedente.

Questo esempio mostra come sia azzardato avere un approccio induttivista all’analogia e come il punto chiave dell’inferenza sia l’individuazione della somiglianza rilevante fra *source* e *target*. Certo Gin tonic e Vodka tonic si somigliano per via del tonic. Ma è questa la proprietà comune rilevante? La mia sfortunata esperienza in seguito al Gin vodka mostra che non è così: sono caduto ubriaco nonostante mancasse il tonic. Ci dev’essere dunque un’altra proprietà comune e rilevante che spiega l’effetto di tali bevande sul mio organismo. «Ogni inferenza analogica procede dalla somiglianza tra due o più cose sotto uno o più aspetti alla somiglianza di quelle cose sotto un qualche altro aspetto» (Copi, Cohen, 1999, p. 466). Ma fra le varie proprietà comuni dev’essere individuata quella *rilevante*. I civilizzati che conoscono l’alcol sanno compiere immediatamente l’inferenza corretta, individuando la somiglianza rilevante non nel tonic, come potrebbe sembrare a prima vista, ma nell’alcol. Il problema è che la mia condizione di buon selvaggio non mi consentiva, nell’esempio dato, di effettuare subito tale inferenza. L’unica cosa che potevo fare era formulare delle ipotesi, trarne le conseguenze e vedere cosa sarebbe successo. Ma in termini logici l’inferenza corretta era quella che si può riassumere in questo modo: se il Gin tonic (*a*) fa ubriacare (proprietà *Q*), anche il Vodka tonic (*b*) ha tale effetto, dal momento che, come il primo, contiene una certa quantità di alcol (proprietà *P*).

(1) Il Gin tonic (*a*) fa ubriacare (*Q*)
 Il Gin tonic (*a*) e il Vodka tonic (*b*) contengono alcol (*P*)

Il Vodka tonic (*b*) fa ubriacare (*Q*)

Questo esempio ci mostra le difficoltà dell’inferire correttamente per analogia, ma pure inizia a mostrarci efficacemente la sua struttura. Inoltre possiamo fare il punto sull’utilizzo conoscitivo dell’analogia, ovvero il suo impiego in relazione a questioni fattuali: in senso conoscitivo, l’analogia ha lo scopo di integrare la conoscenza di un oggetto meno conosciuto ricorrendo a uno o diversi oggetti più conosciuti con cui il primo ha in comune una o più proprietà rilevanti (in virtù delle quali gli oggetti hanno una somiglianza rilevante).

Ora vedremo più analiticamente la struttura di questa inferenza complessa rispetto a un altro esempio che, a differenza del precedente, chiama in causa giudizi di valore (ma le conclusioni che ne trarremo si potranno applicare anche all'esempio appena discusso).

I.4 Analogie valutative

L'analogia ha un ruolo anche nell'ambito dei giudizi di valore. Da certe esperienze valutative o da certi giudizi che ho espresso in passato ne inferisco altri per analogia¹¹. Ad esempio, se mi viene mostrato un nuovo libro di un certo autore, inferisco che avrò piacere di leggerlo se ho già letto e apprezzato altri libri di quell'autore.

Poniamo che *a* stia per il *Trattato di semiotica generale* di Umberto Eco, che *b* stia per *I limiti dell'interpretazione* dello stesso autore e che *c* stia per *Kant e l'ornitorinco* sempre dello stesso autore. Poniamo che io abbia letto e apprezzato *a* e *b* e chiamiamo *Q* tale proprietà di *a* e *b*. Poniamo inoltre che io non abbia letto *c*. Ora la questione è sapere se anche *c* avrà la proprietà *Q*, cioè di essere da me apprezzato. Ancor prima di leggerlo (che sarebbe il modo più affidabile per sapere se *c* possiede *Q*) si potrebbe ragionare per analogia e sostenere che *c* possiede *Q* in quanto ha in comune con *a* e *b* una proprietà rilevante, quella di essere stato scritto dal medesimo autore, Umberto Eco. Chiamando *P* tale proprietà, il ragionamento sarebbe allora il seguente:

- (2) *a* e *b* hanno la proprietà *Q*
a, *b* e *c* hanno la proprietà *P*
-
- c* ha la proprietà *Q*

La componente *abduktiva* sta nell'individuare in *P* la proprietà rilevante sulla base di cui inferire che anche *c* avrà la proprietà *Q*, cioè che pure *Kant e l'ornitorinco* sarà da me apprezzato in quanto scritto dal medesimo autore di libri da me apprezzati.

11. Così Gianformaggio (1987, p. 325): «l'analogia, nella sfera etica, intende essere un procedimento razionale di attribuzione di valore».

La componente *induttiva* sta nell'inferirne per generalizzazione che tutti i libri scritti da Eco (P) avranno la proprietà di piacermi (Q). Questa generalizzazione è operata a partire da a e b che sono gli unici dati disponibili nell'esempio. Ma se Umberto Eco avesse scritto 1.000 libri e io ne avessi letti e apprezzati 999, avrei una base di dati più ampia su cui inferire che tutti i libri di Eco hanno la proprietà di piacermi. (In questo secondo caso, l'induzione sarebbe molto più forte che nel primo.) In questo senso, il processo induttivo può giustificare la successiva deduzione (contro chi pensa che l'analogia possa essere solo "scoperta")¹².

La componente *deduttiva* sta nell'inferire che, sulla base dell'individuazione abduttiva della proprietà rilevante e della seguente generalizzazione induttiva, c avrà la proprietà Q .

Si noti che, nello schema qui sopra, la premessa in cui compare la proprietà rilevante P è messa in seconda posizione per dare l'idea del passaggio abduttivo. Se infatti fosse già individuata nella prima premessa la proprietà rilevante, non si coglierebbe questo passaggio congetturale. Certo, da un punto di vista logico l'ordine in cui sono disposte le premesse è irrilevante ai fini della conclusione, ma da un punto di vista cognitivo non lo è. In questo senso, (2) vuole essere una rappresentazione cognitivamente sensibile del ragionamento analogico.

Poniamo infine di leggere c e di apprezzarlo: la conclusione del ragionamento analogico è confermata. Ma il tipo di ragionamento resta incerto per almeno due motivi: l'incertezza della componente abduttiva e l'incertezza della componente induttiva.

Si immagini infatti di considerare un altro libro di Eco, *Il pendolo di Foucault*, che qui chiameremo d . In base allo stesso schema inferenziale per cui ho inferito che c sarà da me apprezzato, posso inferire che anche d lo sarà. Inoltre, in questo caso, l'inferenza sembra leggermente più forte perché basata su un campione di tre libri anziché due.

- (3) a, b, c hanno la proprietà Q
 a, b, c e d hanno la proprietà P

d ha la proprietà Q

12. La generalizzazione può consistere anche in una generalizzazione delle proprietà possedute da *source* e *target*? Può essere una generalizzazione che riguarda solo una parte delle loro proprietà, poiché se tutte le proprietà di a fossero anche di b e viceversa, fra a e b ci sarebbe una relazione di identità, non di somiglianza. Ma si noti che il numero delle proprietà in comune è uno dei criteri con cui valutare le analogie.

Ma supponiamo che io legga *Il pendolo di Foucault* e che trovandolo mortalmente noioso non lo apprezzi. La conclusione dell'inferenza analogica è falsificata dall'esperienza, eppure lo schema inferenziale è esattamente lo stesso che nel caso precedente ha portato a una conclusione vera. Qui succede qualcosa di analogo a quanto successo nel caso (1) allorché si era pensato che la causa dell'ubriachezza fosse il tonic!

Dove sta il problema? Nell'individuazione della proprietà rilevante, cioè nella componente abduttiva. Si può infatti supporre che la proprietà rilevante non sia esattamente P ma P' , ossia l'essere un libro *di filosofia* scritto da Umberto Eco. Infatti d è un *romanzo* e non un libro di filosofia. Ora, a , b e c hanno la proprietà P' a differenza di d : questo spiegherebbe perché a , b e c hanno la proprietà Q a differenza di d .

1.5

Analogie normative

In senso normativo e giuridico¹³, l'analogia ha lo scopo di estendere, a un caso non espressamente regolato, la disciplina espressamente prevista per uno o più casi con cui il primo ha in comune una o più proprietà rilevanti (in virtù delle quali i casi hanno una somiglianza rilevante).

Norberto Bobbio la definisce come «quell'operazione, compiuta dagli interpreti del diritto [...], mediante la quale si attribuisce ad un caso o ad una materia, che non trovano una regolamentazione espressa nell'ordinamento giuridico, la stessa disciplina prevista dal legislatore per un caso o per una materia *simili*» (Bobbio, 1994, p. 1). Al posto dell'oggetto meno noto (*target*) su cui si concentra l'analogia conoscitiva c'è in quella normativa un caso non regolato, mentre al posto di quello più noto (*source*) c'è almeno un caso regolato che presenta una somiglianza rilevante con quello non regolato; sotto a queste differenze la struttura inferenziale è la stessa.

Ci si deve chiedere tuttavia in base a che cosa si possa dire che due casi hanno una somiglianza rilevante. Tesi di Bobbio è che, in generale,

13. Gianformaggio (1987, p. 323) distingue le analogie nella scienza (inferenze probabili) dalle analogie nel diritto; in virtù di questo, contesta che l'analogia giuridica sia un'inferenza probabile: «predicare la probabilità di una norma è un totale nonsenso» (*ibid.*).

proprietà rilevante è quella che è *ragion sufficiente* di un'altra: un'entità ha una somiglianza rilevante con un'altra se ha in comune con essa una proprietà che è ragione sufficiente dell'altra proprietà¹⁴.

Se in ambito fattuale questa tesi può leggersi in termini di “cause” (il contenere alcol come causa dell'ubriachezza), in ambito normativo va letta in termini di “ragioni”. In ambito normativo la proprietà rilevante è tale alla luce della *ratio legis* o scopo della disciplina, cioè consiste nella proprietà che ha indotto il legislatore a dare al caso regolato una certa disciplina giuridica in funzione di un certo scopo, disciplina che viene quindi estesa per analogia al caso non regolato¹⁵: la presenza di una certa proprietà è una ragione per applicare tale disciplina in funzione del suo scopo.

Ma non sempre è facile individuare la *ratio* di una disciplina e la proprietà rilevante che ne dipende. Il caso americano *Adams v. New Jersey Steamboat Co.* (1896) offre un esempio interessante di questa difficoltà¹⁶. Si trattava di una richiesta di risarcimento rivolta dal passeggero di un battello a vapore alla compagnia prestatrice del servizio, per un furto subito dal passeggero nella cabina del battello a lui assegnata. La questione giuridica era questa: è risarcibile con responsabilità oggettiva il furto subito in battello? Ossia, è risarcibile senza che l'attore debba provare la colpa del convenuto? Non c'era una norma che regolasse espressamente il caso (c'era dunque una lacuna). C'era tuttavia una disciplina applicabile a una fattispecie simile? Ce n'erano due, la disciplina sul furto in albergo e quella sul furto in treno, con il problema che il primo era dichiarato risarcibile secondo respon-

14. Cfr. Bobbio (1993, pp. 267-8; 1994, pp. 4-5; 1996, pp. 225-7). Cfr. la critica di Nerhot (1994, pp. 3 ss.). Cfr. anche Thagard (1978, pp. 89 ss.), secondo cui quello che chiamiamo carattere “rilevante” è quello che spiega la presenza di altri caratteri (di qui l'aspetto abduttivo dell'analogia).

15. Si noti bene che la *ragion sufficiente* non è la *ratio legis*: è la proprietà rilevante alla luce della *ratio*. Un uso equivoco della nozione di *ratio legis* è incentivato nel linguaggio dei giuristi dall'espressione *eadem ratio* (che si riferirebbe alla proprietà comune rilevante). Peraltro la *ratio* viene intesa talvolta in senso soggettivo (scopo del legislatore), talvolta in senso oggettivo (scopo della legge). Per approfondimenti: Carcaterra (1988, pp. 12 ss.).

16. *Adams v. New Jersey Steamboat Co.* (1896) 151 N.Y. 163, 45 N.E. 369. Cfr. su questo caso Golding (1980, pp. 71-3, 187-94) e Posner (2006). Sulla difficoltà di determinare la *ratio* di una disciplina in ambito di *civil law* cfr. Velluzzi (2006a); cfr. anche Canale, Tuzet (2010).

sabilità oggettiva e il secondo no. Dunque per il furto in battello a vapore la questione si poneva in questi termini: la somiglianza rilevante è quella con il furto in albergo o quella con il furto in treno? Analogamente al treno, si tratta di un mezzo di trasporto. Analogamente all'albergo, si tratta di un furto in uno spazio riservato cui ha accesso solo chi presta il servizio (oltre naturalmente al cliente). Se la somiglianza rilevante fosse quella con il treno il furto non andrebbe risarcito con responsabilità oggettiva, ma se fosse quella con l'albergo andrebbe risarcito in tal modo. Quale inferenza analogica trarre? La Corte di *Adams* ritenne che la somiglianza rilevante fosse quella fra battello e albergo. La motivazione della Corte non è chiarissima sul punto, ma pare di poterne evincere che la *ratio* di tale risarcibilità del furto in albergo fosse la protezione dell'affidamento del cliente, con la conseguenza di estendere la risarcibilità al furto in battello data la *ratio* e dato che quest'ultimo avviene in uno spazio riservato in cui il cliente può lasciare i propri beni confidando nel fatto che nessun terzo vi avrà accesso. L'inferenza si potrebbe ricostruire schematicamente come segue:

- (4) Il furto in albergo (*a*) va risarcito con responsabilità oggettiva (*Q*)
 Il furto in albergo (*a*) e quello in battello (*b*) avvengono in spazi riservati (*P*)

Il furto in battello (*b*) va risarcito con responsabilità oggettiva (*Q*)

Quale struttura inferenziale è riassunta in questo schema? Deve essere adottata la proprietà rilevante alla luce della *ratio*, deve essere indotto che tutti i casi che presentano tale proprietà vanno disciplinati allo stesso modo (cioè si devono escludere eccezioni) e se ne devono dedurre le conseguenze per il caso in esame¹⁷.

Se la *ratio* (*R*) è la protezione dell'affidamento e questa rende rilevante la proprietà (*P*), lo schema può essere integrato in questo modo, con una premessa che esplicita la *ratio*:

17. Cfr. l'esempio dei libri osceni e dei dischi che riproducono canzoni oscene in Bobbio (1996, pp. 225-7). Cfr. l'esempio discusso in Copi, Cohen (1999, p. 466): se al Ku Klux Klan non può essere impedito di manifestare le proprie opinioni, a un partito neonazista non può essere impedito di manifestare le proprie opinioni? E a un'organizzazione fondamentalista?

- (5) Il furto in albergo (*a*) va risarcito con responsabilità oggettiva (*Q*)
 Il furto in albergo (*a*) e quello in battello (*b*) avvengono in spazi riservati (*P*)
 L'essere un furto in spazi riservati (*P*) è rilevante per la tutela dell'affidamento (*R*)

Il furto in battello (*b*) va risarcito con responsabilità oggettiva (*Q*)

È stato sostenuto che la tesi di Bobbio tende a trasformare il ragionamento analogico in un ragionamento deduttivo, perdendone con ciò la peculiarità¹⁸. Questo sarebbe vero se si pretendesse che il ragionamento analogico non è altro che deduzione, ma non è vero se si sostiene che si tratta di un'inferenza complessa il cui ultimo passo è deduttivo. È una deduzione nella misura in cui dalla qualificazione del fatto e da una premessa maggiore normativa si traggono delle conseguenze per il caso concreto, ma non lo è nella misura in cui tale premessa maggiore è ottenuta per abduzione della proprietà rilevante e induzione della disciplina a tutti i casi che presentano tale proprietà.

Diversamente da Bobbio, è stato da altri sostenuto che la deduzione è certa «sotto ogni riguardo», mentre «nell'analogia *tutto è incerto*» (Kaufmann, 2001, p. 326), giacché nessun passaggio in essa rivela un carattere deduttivo. Dissento da questo modo di parlarne poiché, innanzitutto, mi sembra sbagliato caratterizzare la deduzione in questo modo: in essa è certo il nesso inferenziale, per cui le conclusioni sono certe se lo sono le premesse; ma se le premesse sono incerte le conclusioni sono altrettanto incerte. Inoltre è sbagliato dire che nell'analogia tutto è incerto. Ammettendo che si tratti di un'inferenza complessa, la sua ultima fase è deduttiva: se la proprietà individuata è

18. Così Gianformaggio (1987, p. 322): non si può aggiungere all'analogia una premessa sottintesa asserente che tutti gli oggetti che hanno una certa proprietà hanno anche un'altra proprietà, «a pena di dissolvere l'oggetto stesso della domanda a cui, ragionando analogicamente, si cerca di rispondere». Tesi di Gianformaggio (ivi, p. 325) è che l'analogia sia *proporzionalità*, ossia eguaglianza di rapporti: trattare casi eguali in modo eguale, casi diversi in modo diverso. (Gianformaggio fa valere questa tesi sia in sede di produzione sia in sede di applicazione di regole.) Ma la tesi proporzionalista applicata al ragionamento per analogia, dal momento che è argomentata facendo appello alla nozione di eguaglianza, mi sembra tendere a una riduzione della somiglianza all'eguaglianza e dunque – una volta individuato il criterio della proporzione – dell'analogia alla deduzione. Cfr. Gianformaggio (1998).

quella rilevante e il caso presenta tale proprietà, certamente l'analogia è corretta.

Ciò mostra a mio avviso la complessità inferenziale del ragionamento analogico, ma non si devono tacere alcuni problemi di questo inquadramento.

1.6

Problemi aperti

Il principale criterio per determinare la rilevanza delle proprietà è il loro profilo causale in ambito fattuale (P è causa di Q) ed è la *ratio legis* in ambito giuridico (P è una ragione per Q)¹⁹, ma si deve sottolineare ancora una volta la difficoltà di individuare per abduzione la proprietà rilevante in un senso o nell'altro. Inoltre, le analogie valutative assomigliano più a quelle fattuali o a quelle normative? Negli esempi (2) e (3) di cui sopra la rilevanza sembra essere di tipo causale: che un libro sia filosofico e scritto da Umberto Eco è causa del mio apprezzamento, data l'abilità dell'autore in questo campo e la sua minore abilità in quanto romanziera, o data la mia minore ricettività delle sue opere narrative. Ma si potrebbero trovare dei diversi esempi di analogie valutative dove le conclusioni non vertono su effetti ma su forme di dover essere; in tali casi le analogie valutative sono più simili a quelle normative.

Poi un problema molto serio, non solo da un punto di vista teorico ma anche pratico, è quello dei criteri con cui valutare le conclusioni analogiche, con cui chiedersi cioè se nel suo complesso una certa analogia sia giustificata. Quali *criteri* per valutare le analogie? La letteratura sul punto indica diversi parametri: il numero e la varietà delle entità considerate, il numero degli aspetti per cui le entità sono ritenute analoghe, la rilevanza degli aspetti considerati, il numero delle disanalogie, cioè delle differenze rilevanti²⁰. Ma non sembra esserci una gerarchia di importanza fra questi parametri, per cui un'analogia potrebbe sod-

19. Dico "principale" criterio poiché ci possono essere analogie governate da somiglianze diverse, per esempio strutturali in ambito conoscitivo o alla luce di principi per l'analogia *juris*.

20. Cfr. Gianformaggio (1987, pp. 325-6); Copi, Cohen (1999, pp. 470-5); Peczenick (2005, pp. 22-3).

disfarne alcuni e non altri con il risultato che non sapremmo ancora se considerarla come giustificata o meno. C'è inoltre il problema del "controllo" dell'analogia, che si pone in maniera particolarmente seria per le analogie normative. In ambito fattuale, infatti, se è possibile testare l'analogia come nell'esempio (1) – e negli esempi (2) e (3), benché siano analogie valutative – è possibile verificarne o falsificarne le conclusioni, o almeno rafforzarle o indebolirle alla luce dei risultati empiricamente rilevabili. La mia prima analogia secondo cui il Vodka tonic produrrebbe l'ubriachezza in quanto composto da tonic, mentre il Gin vodka non la produrrebbe in quanto esente da tonic, viene facilmente falsificata dall'esperienza. Ma per le analogie normative che controllo c'è? Non c'è nessun controllo in quanto non c'è nessun esperimento che possa mettere alla prova delle conclusioni normative? Si tratterebbe non di un problema epistemico (come se ci mancasse la conoscenza per effettuare l'esperimento adeguato), ma di un più profondo problema concettuale: nessun esperimento può valere a conferma o a smentita di una conclusione normativa, giacché questa esprime un dover essere mentre gli esperimenti vertono sull'essere. Penso che questo sia vero, ma è anche vero che in pratica si possono effettuare dei controlli rispetto al sistema normativo in cui ci si colloca: si può cercare di vedere, cioè, se nel sistema di riferimento si possano trovare delle norme espresse – norme legislative o precedenti in ambito di *common law* – che rafforzano o indeboliscono l'analogia circa il caso non regolato, nel senso che valgono come conferma o smentita di una certa *ratio* nel sistema.

Infine possiamo tornare alla questione già affrontata nel PAR. 1.2: la complessità indebolisce o rafforza il ragionamento analogico rispetto alle inferenze semplici? Credo che lo rafforzi, per le ragioni già indicate (supera i limiti delle singole inferenze), ma la questione può essere discussa più in dettaglio rispetto a questi possibili scenari:

1. ci sono inferenze analogiche in cui manca la componente deduttiva?
2. ci sono inferenze analogiche prive di componente induttiva?
3. ci sono inferenze analogiche senza componente abduttiva?
4. in quale ordine cognitivo stanno la componente abduttiva e quella induttiva?

La prima domanda può nascere dall'idea di Peirce (in alcuni passaggi) secondo cui l'analogia avrebbe solo due componenti: abduttiva e induttiva. A mio avviso è sbagliato pensare qualcosa del genere, perché se ci interessa il *target* dobbiamo inferire qualcosa a suo riguardo.

Il passo inferenziale che riguarda direttamente il *target* o il caso non regolato segue l'abduzione della proprietà rilevante P e la generalizzazione induttiva del possesso di Q data P : questo passo, che a proposito del *target* inferisce il possesso di Q data P , è di natura deduttiva. Forse Peirce lo trascura poiché si tratta della componente meno interessante del ragionamento analogico: una volta individuata P come proprietà rilevante e assunto che ogni cosa che ha P ha anche Q , non rimane che dedurre che anche il *target* ha Q . Ma Peirce dice bene quando afferma in sintesi che il ragionamento analogico va dal particolare al particolare.

Seconda questione: in caso di inferenza fra un solo elemento *source* e un solo *target*, c'è una componente induttiva? Si riprenda l'esempio (1), in cui la mia esperienza si riduce al Gin tonic e devo inferirne qualcosa sul Vodka tonic. C'è una qualche induzione nel mio ragionamento – pur errato – che anche il Vodka tonic fa ubriacare in quanto contiene tonic? Verrebbe da dire che c'è comunque una generalizzazione implicita (ogni cosa che ha P ha anche Q) ma si tratta di una generalizzazione debolissima – oltre che erronea – perché basata su un solo caso conosciuto: l'assunzione di Gin tonic. Nell'esempio (3) troviamo una generalizzazione meno debole – perché basata su più elementi – ma di nuovo erronea in quanto dipendente da un'errata abduzione. Nell'esempio (4) troviamo ancora una generalizzazione, pur a carattere normativo: a ogni caso che presenta la proprietà P deve essere applicata la conseguenza Q (qui, in pratica, l'induzione consiste nell'escludere che vi siano eccezioni normativamente giustificate). Per cui si può dire che, almeno a livello implicito, non ci sono analogie senza induzioni.

Una conclusione simile vale rispetto alla terza domanda, se è vero che nessuna analogia prescinde da un'ipotesi circa la proprietà comune rilevante.

Se questo è giusto, si può dire – per giungere al quarto problema – che viene prima l'abduzione e poi la generalizzazione implicita? La questione riguarda i profili cognitivi dell'analogia, non quelli strettamente logici in cui l'ordine delle premesse non conta. Si può dire che la generalizzazione induttiva sia preceduta dall'abduzione della proprietà rilevante, ma è anche vero che spesso le abduzioni sono innescate dall'osservazione di una qualche regolarità – come negli esempi (2) e (3) – o da qualche fatto “sorprendente” che “rompe” una regolarità – come la lettura del *Pendolo di Foucault* che falsifica le analogie di (2) e (3).

Analogia, creatività e contesti

A una delle difficoltà viste sopra – precisamente quella dei criteri con cui valutare le analogie – non può essere data una risposta generale, in quanto criteri diversi operano in contesti diversi. Sembra ragionevole pensare, cioè, che la valutazione e la giustificazione complessiva di un’analogia dipenda dal tipo di ambito in cui è operata²¹. In ambito conoscitivo e scientifico i criteri e i vincoli del ragionamento analogico sono senz’altro più forti e numerosi di quelli che operano in altri ambiti, per non parlare degli usi espressivi dell’analogia, dove i vincoli sono davvero labili se non assenti. Una metafora o analogia condensata può essere più o meno efficace, ma non richiede una giustificazione e una valutazione nei termini in cui dobbiamo giustificare un’inferenza a proposito di un caso non regolato o di un oggetto non conosciuto.

Ora, il riferimento alla metafora e al non conosciuto porta il discorso alla questione della “novità”, da intendere sia in senso epistemico – la nuova conoscenza – sia in senso ontologico – ciò che viene creato. L’analogia, più delle componenti con cui è inferenzialmente spiegabile, riesce a rendere conto delle modalità con cui conosciamo e creiamo il nuovo? Concentrandoci sull’aspetto creativo, si pensi a quanto vale l’analogia in arte e soprattutto in poesia: è l’accostamento analogico inatteso ad arricchire l’espressività, a procurare il senso del nuovo e un particolare piacere estetico; è il tocco analogico che fa scattare la sorpresa, come una conclusione inattesa dopo certe premesse apparentemente destinate a conclusioni canoniche²². Pertanto, non è l’analogia la chiave del nuovo? L’inventiva non procede soprattutto in senso analogico? Si potrebbe obiettare quanto segue: se è vero che l’analogia è in parte un’abduzione e che l’abduzione è la sola inferenza capace di suscitare nuove idee (CP 2.777, 5.171), l’inventività dell’analogia non è che l’inventività dell’abduzione. Lo si potrebbe ammettere, ma repli-

21. Ma cfr. in Holyoak, Thagard (1995, pp. 5-6), un tentativo di renderne conto in generale; l’analogia è guidata da tre *constraints*: 1. la somiglianza (*similarity*) fra le entità considerate, cioè fra *target* e *source*; 2. il parallelo strutturale fra *target* e *source*; 3. lo scopo (*purpose*) per cui l’analogia è effettuata.

22. Cfr. Bonfantini (1987, pp. 137 ss.). L’inventiva ha una modalità *selettiva* (detta anche “combinatoria”) o ha una modalità *trasformativa*? Cfr. Boden (2003) e le concezioni discusse in Cometti, Morizot, Pouivet (2002, cap. 6).

care chiedendo: non ha l'analogia un ruolo privilegiato giacché presenta allo stesso tempo il carattere ampliativo dell'abduzione, la forza dell'induzione e il rigore della deduzione? Sono domande suggestive, cui non posso rispondere qui. Ma si deve ricordare che l'analogia poetica può avvenire anche in base a *un solo* elemento in comune, ciò che al contrario non giustifica un'analogia in campo scientifico, nel quale, pur trattandosi di un'inferenza probabile, la condivisione di una sola proprietà non è di solito sufficiente a giustificare l'ipotesi di una condivisione di altre proprietà – salvo che si tratti proprio di quella proprietà che è condizione sufficiente di un'altra, e che questo sia chiaro. Per la giustificazione di un'analogia in ambito scientifico gioca senz'altro il numero dei casi considerati, cioè la componente induttiva, oltre alla considerazione delle differenze rilevanti²³.

Il ragionamento scientifico e l'inventiva poetica rappresentano, per così dire, gli "estremi" dell'analogia. Ma l'analogia non è impiegata solo nel ragionamento scientifico, restrittivamente, e nell'inventiva poetica, non restrittivamente: è comunemente utilizzata, con diversi criteri più o meno restrittivi a seconda delle finalità, tanto nell'apprendimento e nel ragionamento ordinario quanto nel ragionamento pratico²⁴. Nondimeno è impiegata, come sappiamo e si è visto, nel ragionamento giuridico. Ma si noti che in questo ambito il suo uso non è limitato alla determinazione delle conseguenze normative del caso – come nell'esempio (4). Tanto nella fase fattuale quanto nella fase normativa il ragionamento giuridico può ricorrere a inferenze analogiche o esserne influenzato. Analogie possono ricorrere nella ricostruzione dell'accaduto e nella sua qualificazione giuridica: queste eventuali analogie influenzano ovviamente la successiva determinazione delle conseguen-

23. Per un esempio di disanalogia, cfr. Thagard (1988, cap. 6) contro l'analogia fra evoluzione delle specie viventi e crescita della conoscenza scientifica (analogia sostenuta dalle teorie evoluzionistiche della conoscenza). Thagard ritiene, anche se ammette somiglianze notevoli, che l'analogia fra evoluzione biologica e crescita della conoscenza non tenga perché sono troppe le differenze rilevanti nei rispettivi processi di variazione, selezione e trasmissione. Una differenza sta nel carattere orientato e intenzionale dei processi di conoscenza, mentre le variazioni genetiche sono casuali; inoltre la selezione dipende dall'ambiente mentre la trasmissione dipende da processi puramente biologici. L'analogia è un ragionamento più complesso di quello in base a mere somiglianze (*resemblance thinking*) (ivi, pp. 162-8).

24. Cfr. Holyoak, Thagard (1995, p. 34).

ze giuridiche del caso, poiché queste non possono non dipendere da come i fatti vengono ricostruiti e qualificati. Nella fase normativa, poi, le analogie possono ricorrere se il caso è considerato come non regolato (il sistema presenta una lacuna) e se è consentito colmare le lacune tramite ragionamento analogico. La letteratura su questi temi è vastissima e comprende in buona parte la discussione sugli incerti confini fra analogia e interpretazione estensiva²⁵. Per ora mi limito a osservare che buona parte della discussione verte sui criteri, più o meno restrittivi, con cui ammettere procedimenti analogici nel ragionamento giuridico. In un sistema garantista, i criteri sono ovviamente più stretti in ambito penale. Assumendo una distinzione fra abduzioni ordinarie e straordinarie (dove le prime, a differenza delle seconde, si basano su premesse maggiori garantite) (cfr. Tuzet, 2006a, par. 15), osserviamo che dove non sono ammissibili abduzioni “straordinarie” non sono ammissibili inferenze analogiche la cui componente abduittiva sia tale, cioè inferenze altamente creative e non adeguatamente testabili nel corso del singolo processo.

In conclusione, ciò che è importante ribadire è che l’analogia, come l’abduzione, non produce di per sé delle conclusioni certe. Salvi i casi in cui i rapporti di rilevanza sono talmente garantiti da produrre una certezza quasi deduttiva, le conclusioni analogiche devono essere adeguatamente testate. Tuttavia, come per l’abduzione, ciò non costituisce inferenzialmente uno scacco: costituisce piuttosto un principio di “responsabilità inferenziale”. La comune consapevolezza della mancanza di certezza comporta l’impossibilità di celare una decisione soggettiva dietro il presunto scudo della logica.

25. C’è anche chi sostiene che ogni applicazione di diritto è analogica, così come ogni ricerca di diritto rispetto a un caso concreto e ogni interpretazione. Cfr. Zaccaria (1990, cap. 6); Kaufmann (2001).