



Costituzionalismo.it

Fascicolo 1 | 2018
"UNITÀ E INDIVISIBILITÀ DELLA REPUBBLICA"

Il "declino" della legge, l'"ascesa" del diritto giurisprudenziale e i limiti all'interpretazione giudiziale

di VALERIO SPEZIALE

IL “DECLINO” DELLA LEGGE,
“L’ASCESA” DEL DIRITTO GIURISPRUDENZIALE E I LIMITI
ALL’INTERPRETAZIONE GIUDIZIALE

di *Valerio Speziale*
Professore ordinario in Diritto del lavoro
Università « G. D’Annunzio » di Chieti – Pescara

ABSTRACT

ITA

Il saggio analizza il ruolo crescente della giurisprudenza nella interpretazione di una disposizione normativa. Dopo aver spiegato le ragioni del “declino” della legge quale fonte di regolazione giuridica e il peso sempre maggiore acquisito dalla interpretazione giurisprudenziale, si verifica se e in che misura questa situazione sia compatibile con l’art. 101 della Costituzione. L’articolo si sofferma poi sulle teorie relative all’interpretazione, che dimostrano come la dottrina abbia sviluppato ipotesi che mettono in discussione la stessa esistenza di regole condivise in materia ed alimentino l’idea di una sorta di “nichilismo interpretativo”, in base al quale ciascuno trova la tecnica che gli è più utile per legittimare la propria scelta individuale di significato della legge. Tuttavia, l’analisi del dibattito dottrinario o della giurisprudenza in relazione ad un determinato testo normativo dimostra che le possibili letture alternative di una disposizione sono limitate. Con la conseguenza che, più o meno consapevolmente, l’interpretazione avviene in base a regole condivise, e criteri quali la formulazione letterale, le finalità perseguite dal legislatore o la lettura di una norma in combinazione con altre. In questo contesto - assai diverso da quello delineato dalle teorie in materia di interpretazione - un ulteriore criterio di limitazione del soggettivismo interpretativo può essere dato dal “diritto vivente” sui canoni di interpretazione. La giurisprudenza, infatti, con numerose sentenze che si ripetono nel tempo ha creato un vero e proprio “codice delle regole in-

terpretative” che impone al giudice o al giurista di applicarle e di motivare in modo adeguato perché non intenda seguirle. In tal modo si può ridurre (senza eliminare) la discrezionalità dell’interprete e accrescere la relativa prevedibilità delle decisioni giurisprudenziali per realizzare l’obiettivo di soddisfare l’esigenza di giustizia e cioè l’esigenza di uguaglianza di trattamento di casi oggettivamente uguali.

EN

The essay analyses the growing role of jurisprudence in legal interpretation. After explaining the reasons for the “decline” of the law as a source of juridical regulation and the increasing importance of the judicial interpretation, the article verifies whether and to what extent this situation is compatible with article 101 of the Italian Constitution. Then the essay points out the theories regarding interpretation. They show how the doctrine has developed hypotheses which question even the existence of rules commonly accepted in this matter and nurture the idea of a sort of “nihilistic interpretation”, according to which everyone finds the most useful technique to legitimize their individual choice about the meaning of the law. However, the analysis of the doctrinal and jurisprudential debate referring to a specific law text shows that the possible alternative interpretations of a norm are limited. This means that, with more or less awareness, the interpretation is realized through commonly accepted rules, like the literal formulation of legal norms, the ends pursued by the legislator or the discovery of the meaning of a norm by reading it in combination with others (systematic interpretation). In this context – which is very different from that outlined by the theories about interpretation – further criteria to limit interpretative subjectivism can be given by the “living law” on the rules regarding this matter. In fact, the jurisprudence, with many recurring judgements, has created a real “code of rules on interpretation”, which obliges the judge or the jurist to apply them or to justify adequately why he does not intend to follow them. In this manner, it is possible to reduce (without eliminating) the discretion of the interpreter and increase the relative predictability of judgements in order to realize the objective of satisfying the exigence of justice, that is, the exigence of equal treatment of cases which are objectively equal.

IL “DECLINO” DELLA LEGGE, “L’ASCESA” DEL DIRITTO GIURISPRUDENZIALE E I LIMITI ALL’INTERPRETAZIONE GIUDIZIALE*

di Valerio Speziale

SOMMARIO: 1. *Il rapporto tra legge e giurisprudenza; 2. Le ragioni del “declino” della legge quale fonte di regolazione giuridica; 3. La “legge è soggetta soltanto ai giudici o i giudici sono soggetti soltanto alla legge” (art. 101 Cost.)? Alcune considerazioni critiche; 4. Il problema della interpretazione della legge e la realtà concreta della giurisdizione; 5. Il diritto “vivente” delle regole interpretative; 6. L’autorità del diritto vivente sulla interpretazione e la necessità di regole “a priori” sull’attività interpretativa; 7. L’interpretazione del giudice e le dinamiche sociali; ABBREVIAZIONI.*

1. Il rapporto tra legge e giurisprudenza

Il tema che intendo analizzare è quello del ruolo della legge e della giurisprudenza nella esperienza concreta della giurisdizione. Si è sottolineato, infatti, come ormai le sentenze tendano ad essere una vera e propria fonte giuridica, svolgendo una funzione di “creazione” del diritto, più che di individuazione del significato della disposizione. E si è messo in evidenza come questa realtà sia valutata negativamente da chi vi vede il tramonto del primato della legislazione o positivamente da chi, al contrario, ritenga che in tal modo si realizzi la possibilità di un concreto adeguamento del diritto alla realtà concreta, superando il “mito illuministico” della supremazia della legge. Senza dimenticare, tra l’altro, che l’accettazione di questo ruolo della giurisprudenza pone delicati problemi in relazione a principi costituzionali fondamentali, quali la divisione dei poteri e la soggezione del giudice alla legge.

Si è rilevato come queste innovazioni hanno anche riflessi sul legislatore che si limita a ratificare con le fonti normative le massime giu-

* Il saggio costituisce la rielaborazione di una relazione da me svolta in un Convegno organizzato a Pescara dal Consiglio dell’Ordine degli Avvocati sul ruolo della giurisprudenza e della legge nella realtà della giurisdizione.

risprudenziali, affidando ai giudici il compito di regolare spinosi e rilevanti fenomeni della modernità. Mentre l'Avvocatura asseconderebbe "passivamente" tali tendenze, sviluppando le proprie argomentazioni difensive esclusivamente alla luce degli orientamenti giurisprudenziali e ponendo in secondo piano il ruolo della legge.

Le questioni sollevate sono di enorme rilievo e toccano alcuni snodi teorici fondamentali del diritto, quali il primato della legge, il ruolo del costituzionalismo e della giurisprudenza e la stessa funzione della interpretazione come strumento attraverso il quale gli operatori giuridici e la dottrina provvedono alla concretizzazione delle norme nell'ordinamento e nella società italiana. Dico subito che, pur essendo occupato di questi temi, non sono certo in grado di fornire risposte adeguate a problemi di tale complessità che rinviano più alla teoria generale del diritto che all'analisi di un giuslavorista. Tuttavia sono certamente in grado di svolgere alcune osservazioni, che richiamano studi da me svolti anche in questo campo.

Prima di approfondire il tema, vorrei però partire da due considerazioni preliminari. La prima è che esistono da sempre sistemi giuridici nei quali il "diritto" si sostanzia molto più attraverso il ruolo della giurisprudenza che della legge. È questo il caso dei paesi a tradizione giuridica di *common law*, dove, pur in presenza di elevati livelli di legislazione, le sentenze, con il principio del "precedente vincolante", hanno acquisito il valore di "legge", con un ruolo assai più importante rispetto ai testi emanati dal Parlamento o da altre autorità legislative¹. E non vi è dubbio, ad esempio, che anche il rapporto tra giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea e fonti normative dell'Unione si atteggi con caratteristiche assai più vicine a quelle dei paesi anglosas-

¹ Mi sono occupato del principio dello *stare decisis* in V. SPEZIALE, *Le Sezioni Unite della Cassazione nel 2010 sul termine di impugnazione del licenziamento e sul deposito del testo del contratto collettivo*, in *RIDL*, II, 2011, pp. 1009 ss., a cui rinvio per la bibliografia italiana e straniera (particolarmente nelle note 15 e ss.). In tempi più recenti, con riferimento ai mutamenti intervenuti nella giurisprudenza amministrativa (e al ruolo dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato), ma anche con un'analisi in generale del problema del precedente vincolante, cfr. S. CIVITARESE MATTEUCCL, *Are Our European Legal System Evolving Towards a Precedent Mode of Adjudication?*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2014, pp. 1 ss. (con ulteriori indicazioni bibliografiche nel § 2 e nei seguenti) e A. CALDARERA, *Il principio dello stare decisis e la funzione nomofilattica dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato al vaglio della Corte di giustizia dell'Unione Europea*, in *Judicium.it.*, 2015, pp. 1 ss. Sulla giurisprudenza amministrativa in relazione a tale problema e alle sentenze della Corte di Giustizia Europea cfr. C. SCHEPISI, *Consiglio di Stato, "giudicato interno" e rinvio pregiudiziale: ancora sui rapporti tra sezioni e adunanza plenaria*, in *dirittounioneeuropa.ec*, 2017, pp. 1 ss.

soni che a quelle degli ordinamenti giuridici continentali. Dunque una prima considerazione: l'accresciuta importanza del ruolo del giudice rispetto alla legge scritta costituirebbe un elemento di avvicinamento del nostro paese ad altri sistemi che sono parte integrante della tradizione giuridica occidentale e senza quindi costituire un'“anomalia”. Il che, ovviamente, non escluderebbe il carattere essenziale di una simile innovazione, anche se, in verità, come cercherò di dire, il processo in atto è ormai in corso da molti anni e non può essere considerato come qualcosa di totalmente “nuovo”.

La seconda considerazione preliminare si lega alla mia esperienza personale. Quando, circa quaranta anni fa, ho cominciato la professione forense, ho immediatamente avuto la percezione del carattere essenziale della giurisprudenza. In definitiva il testo scritto nella legge, pur costituendo un elemento importante, non aveva valore essenziale ai fini della soluzione del caso giuridico che, come professionista, dovevo sostenere dinanzi al giudice. Mi sono trovato, quindi, di fronte ad una realtà molto diversa da quella che avevo conosciuto sui libri durante gli studi universitari. Il diritto giurisprudenziale, che, allora non lo sapevo, costituiva il fondamento delle elaborazioni teoriche del realismo scandinavo ed americano, era una realtà già molto diffusa. La mia percezione all'epoca era che la “legge” si identificava con quanto sostenuto dalla “giurisprudenza dominante” e non con il testo contenuto nella fonte primaria, con una differenza di significato a volte anche molto rilevante, nel senso che l'elaborazione del principio giurisprudenziale si allontanava in certi casi in modo sostanziale dalle parole scritte nella disposizione normativa.

Il fenomeno del “dominio” della giurisprudenza descritto in precedenza era dunque già molto consolidato alla fine degli anni '70. Anche se, in effetti, negli ultimi decenni questa tendenza si è accentuata. Basta ricordare che la “supremazia” del diritto comunitario su quello nazionale e i rapporti tra i due ordinamenti è stato originariamente definito da alcune importanti decisioni della Corte costituzionale e della Corte di Giustizia Europea (oltre che della Cassazione) in assenza di disposizioni che regolino la materia². Si pensi anche al ruolo assunto dal “diritto vivente”, per cui, secondo la costante interpretazione della

² In questo caso ovviamente ci si riferisce a norme di raccordo tra fonti comunitarie e nazionali, perché è evidente che la interpretazione della giurisprudenza non si regge sul vuoto, ma sulle disposizioni dei Trattati UE e CE e sulla Costituzione.

Corte costituzionale e in presenza di un orientamento giurisprudenziale consolidato, il giudice può proporre la «questione di legittimità costituzionale sulla disposizione, interpretandola alla luce di quel medesimo orientamento, assunto in termini di diritto vivente (da ultimo, sentenza n. 122 del 2017)» (C. cost. n. 266/2017. Sul tema v. *infra* §§ 5 e ss.). A riprova di come la norma da sottoporre a giudizio di costituzionalità non sia quella scritta nella disposizione, ma quella il cui contenuto è definito dalla giurisprudenza. E, anche con riferimento a fonti sovranazionali, si è sostenuto che “poiché le norme della CEDU vivono nell’interpretazione che delle stesse viene data dalla Corte europea, la verifica di compatibilità costituzionale deve riguardare la norma come prodotto dell’interpretazione, non la disposizione in sé e per sé considerata” (C. cost. n. 348/2007; C. cost. n. 120/2018). Si può inoltre ricordare che, per quanto attiene, ad esempio, i confini del danno risarcibile, la Corte costituzionale e la Cassazione, a normativa invariata, hanno esteso in modo rilevante i limiti e le tipologie del danno non patrimoniale. Mentre, con riferimento al Diritto del lavoro, vi sono gli orientamenti della Corte costituzionale e della Cassazione in materia di applicazione di licenziamento disciplinare e dell’art. 7 dello statuto dei lavoratori. O, in tempi più recenti, il nuovo indirizzo interpretativo della Suprema Corte in tema di licenziamento per giustificato motivo oggettivo³. Ma situazioni analoghe sono rinvenibili anche in altri settori del diritto.

Piuttosto, rispetto a circa quaranta anni fa, si è accentuato il fenomeno della instabilità degli orientamenti giurisprudenziali. I contrasti sono notevolmente aumentati e stentano a consolidarsi in un orientamento uniforme. Il fenomeno si registra nei rapporti tra giurisprudenza di merito e Cassazione o all’interno delle stesse Sezioni della Corte Suprema. Anche la funzione delle Sezioni Unite sembra essersi affie-

³ Su tale nuovo orientamento cfr. V. SPEZIALE, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento tra “clausole generali”, principi costituzionali e giurisprudenza della Cassazione*, in *DLRI*, 2018, pp. 127 ss. In verità nel diritto del lavoro la giurisprudenza ha svolto sempre un ruolo essenziale. In tale ambito, l’esempio più eclatante è quello del diritto sindacale, dove, in alcune materie, la disciplina si basa su un complesso ed articolato diritto giurisprudenziale emanato in assenza totale di leggi o con l’adattamento di regole pensate per contesti giuridici completamente diversi. È questo il caso dello sciopero nel settore privato o dell’applicazione, ai contratti collettivi di diritto comune, di alcune disposizioni del codice civile pensate per i contratti collettivi corporativi oggi non più esistenti. Per l’approfondimento di tali aspetti rinvio a V. SPEZIALE, *La giurisprudenza del lavoro ed il “diritto vivente” sulle regole interpretative*, in *DLRI*, 2008, pp. 614 ss.

volita, nell’ambito di una più generale perdita di autorevolezza del precedente giurisprudenziale sia dal punto di vista gerarchico (la Cassazione o le sentenze interpretative della Corte costituzionale sui giudici di merito), sia per quanto attiene al vincolo interpretativo (almeno sotto forma di una motivazione che spieghi il perché non si intenda aderire ad un certo orientamento). Non posso approfondire tali aspetti, da me già esaminati in passato⁴. La situazione ha assunto un tale livello di problematicità che la Sezione Lavoro della Cassazione ha recentemente deciso, per evitare contrasti evidenti tra i diversi Collegi, di adottare un metodo di discussione interna sulle questioni più problematiche e di decidere poi a maggioranza quale orientamento assumere, con l’impegno di applicarlo in modo uniforme nelle decisioni future⁵. Una soluzione diretta a valorizzare il ruolo nomofilachico della Cassazione, fortemente depotenziato dalla varietà delle interpretazioni adottate dalla Suprema Corte. Il che testimonia l’attualità del problema che può in parte essere spiegato con alcune osservazioni che svolgerò in seguito.

2. Le ragioni del “declino” della legge quale fonte di regolazione giuridica

Si assiste, dunque, ormai da tempo ad un fenomeno di “perdita di autorità” della legge. Questa tendenza dipende da una pluralità di fattori di carattere politico, giuridico e sociale. Proverò a sintetizzarli.

Vi è innanzitutto il passaggio dallo Stato di diritto allo Stato costituzionale di diritto. «Il primo era caratterizzato da strutture giuridiche semplici e nitide: sistema delle fonti governato più dal principio gerarchico che da quello di competenza; dominio incontrastato della legge;...morigeratezza dell’attività nomopoietica, che non conosceva l’inflazione della produzione normativa...; saldezza della separazione di campo della legislazione dalla giurisdizione, con il riconoscimento alla prima del monopolio nel bilanciamento tra gli interessi sociali; fiducia dell’interprete nel testo; certezza del diritto come massima della

⁴ V. SPEZIALE, *op. ult. cit.*, pp. 614 ss.

⁵ Ho analizzato tale aspetto in V. SPEZIALE, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento: extrema ratio o “normale” licenziamento economico?*, in A. PERULLI (a cura di), AA. VV., *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 121 ss.

legislazione e della sua esecuzione... Nessuno di questi elementi strutturali resta intatto con l'avvento dello Stato costituzionale del diritto. Il sistema delle fonti diventa sempre più complesso, anche perché la costituzione sottrae interi domini materiali alla legge, delimitandone la competenza per rapporto ad altre fonti divenute sue concorrenti e riducendo il principio gerarchico a regolatore di una frazione sempre più limitata delle antinomie. Cessa la duplice riduzione del diritto a diritto dello Stato (postulata dallo statalismo) e del diritto dello Stato alla legge (postulata dal legalismo), riproducendosi al livello del sistema delle fonti la complessità pluralistica della tessitura sociale". In sostanza è innegabile che "l'avvento dello Stato costituzionale di diritto presupponga ed implichi la crisi della legge (del suo primato, cioè, e della "preferenza" di legge), scuotendo – quindi – proprio il basamento sul quale lo Stato di diritto era assiso»⁶.

In questo contesto si deve rilevare «che lo Stato non esaurisce la giuridicità e che siamo di fronte ad una – fino a ieri inimmaginabile – pluralizzazione delle fonti del diritto» se non alla loro «detipicizzazione»⁷. Un esempio di tale fenomeno è costituito dalla disciplina normativa dell'Unione Europea che «complica» il rapporto tra fonti giuridiche nazionali e sovraordinate, affidando tra l'altro alla giurisprudenza europea e nazionale il compito di definire le reciproche interferenze, connessioni, relazioni gerarchiche e di competenza. Senza dimenticare il ruolo svolto dalla cosiddetta *lex mercatoria*, dove gli operatori economici definiscono sempre nuove regole giuridiche «più adeguate ad ordinare e disciplinare il magma ribollente dei nuovi fatti economici di questa fase del capitalismo»⁸. Si tratta di fattori che alimentano la crisi della legge.

D'altra parte il passaggio da uno Stato fondato su valori stabili e coerenti – di cui la legge era espressione – ad uno «pluriclasse», ha determinato lo sviluppo di una società «aperta», caratterizzata dal pluralismo di valori «ed in cui gli stessi valori costituzionali sono variamente interpretati e soppesati». In tale ambito si è osservato «che la

⁶ M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. Dir., Annali*, IX, Giuffrè, Milano, 2016, pp. 462-463.

⁷ P. GROSSI, *La invenzione del diritto; a proposito della funzione dei giudici*, in *RTDPC*, 2017, p. 4. V. anche G. SORRENTI, *Il giudice soggetto alla legge... in assenza di legge: lacune e meccanismi integrativi*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2018, parte II, p. 114 (con ulteriore bibliografia).

⁸ P. GROSSI, *op. ult. cit.*, 2017, p. 4.

causa dell’incertezza dei processi di applicazione del diritto non è in una cattiva disposizione mentale dei giuristi ma nel deperimento di un quadro di principi di senso e valore generalmente condiviso»⁹. Ed evidentemente questa “pluralità valoriale” si riflette anche sul contenuto della legge aumentandone l’ambiguità e la controvertibilità dei suoi contenuti.

La “crisi” della legge è anche espressione di una accentuata perdita di valore della dimensione “politica”, che è alla base del processo di formazione della fonte primaria. Il «diffuso sentimento antipolitico»¹⁰ oggi esistente (e non solo in Italia) non può non riflettersi sulla produzione normativa, minandone la sua autorevolezza. E questo anche in considerazione della emanazione di testi legislativi di contenuto spesso ambiguo o impreciso nella loro formulazione. Un risultato, questo, che non è frutto solo di un deperimento della tecnica legislativa (che è solo una parte residuale del problema), quanto della esistenza di continue mediazioni – derivanti dalla instabilità del sistema politico e dalla pluralità di valori in gioco in una società pluriclasse – e dei “conciati” processi legislativi che ne sono espressione¹¹. In questo contesto, va ricordata anche una concezione che vede nella prevalenza della legge una visione «autoritaria» espressione di «un imperante statalismo, che genera un altrettanto imperante legalismo». Visione messa in crisi dal passaggio alla Stato costituzionale, che – come si è già detto – “rompe” il monopolio della legge, contesta il principio che la giuridicità coincida con quella dello Stato, apre ad una pluralità di fonti e valori diversi mettendo in discussione il “comando” contenuto nella fonte primaria¹².

Un ulteriore fattore di “crisi” della legge è dato dalla accentuata dinamicità dello sviluppo sociale ed economico. Le disposizioni conte-

⁹ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, p. 201. Si tratta di un’opinione assai diffusa. Si vedano, tra gli altri, V. MARINELLI, *Studi sul diritto vivente*, Jovene, Napoli, 2008, pp. 45 ss.; A. BALDASSARRE, *Una risposta a Guastini*, in *associazionedeicostituzionalisti.it*, 2007, pp. 41 ss.; G. SORRENTI, *Il giudice soggetto alla legge*, cit., p. 116. Si è rilevato che il «pluralismo – o ‘politeismo’ (Max Weber) – dei valori etico-normativi» determina differenti «visioni del mondo», «che si riflettono fatalmente in interpretazioni alternative e confliggenti delle medesime disposizioni» (P. CHIASSONI, *Tecnica dell’interpretazione giuridica*, Il Mulino, Bologna, 2007, pp. 144-145).

¹⁰ M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, cit., p. 433.

¹¹ Ho esaminato questi profili in V. SPEZIALE, *La giurisprudenza del lavoro ed il “diritto vivente”*, cit., pp. 616 ss.

¹² P. GROSSI, *La invenzione del diritto*, cit., pp. 1 ss.

nute nella fonte primaria (o in altre fonti di produzione del diritto) presuppongono necessariamente una realtà “statica”, nella quale si cristallizzano situazioni concrete che, in breve tempo, diventano obsolete, perché superate da innovazioni sociali assai rapide e richiederebbero continui processi di adattamento legislativo. In sostanza la legge non è in grado di regolare una realtà in continuo mutamento¹³. E si è rilevato che «lo stesso legislatore – a partire dagli anni Novanta...– ha preso coscienza della inanità di una normazione volta a disciplinare dettagliatissimamente una certa materia (come un tempo, presuntuosamente, il legislatore e il codificatore erano soliti fare), inanità provocata dalla estrema mutevolezza socio-economica e tecnica, con la conseguenza di una scelta innovativa, un legiferar per principii»¹⁴.

Un riflesso della situazione descritta (l'impossibilità di legificare una realtà in continuo mutamento) è dato dalla diffusione, nella legge, di norme “aperte” o di clausole generali che affidano al giudice il compito di determinarne l'effettivo contenuto e che sono prive di una formulazione linguistica dettagliata¹⁵. In tal modo, infatti, si affida all'interprete (e al giudice) il compito di adeguare il contenuto della legge ad una realtà in continuo movimento evitando quella “normazione dettagliata”, incapace di una effettiva idoneità regolativa. La utilizzazione di questo tipo di norme nel Diritto del lavoro è assai comune¹⁶ ma essa è ormai usuale in tutti i settori giuridici. Ed è chiaro che, in questo caso, è soprattutto la concretizzazione della norma da parte del giudice a diventare la disciplina del caso concreto, dilatando i margini di intervento della giurisprudenza ed affievolendo la funzione regolativa della disposizione generale ed astratta.

¹³ V. SPEZIALE, *La giurisprudenza del lavoro ed il “diritto vivente”*, cit., pp. 655 ss. Si vedano anche le osservazioni di G. SORRENTI, *Il giudice soggetto alla legge*, cit., pp. 68 ss.

¹⁴ P. GROSSI, *La invenzione del diritto*, cit., p. 4.

¹⁵ Su tali aspetti cfr. L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 98; ID., *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *RCDP*, 1986, pp. 9 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., pp. 186-187; A. DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *RCDP*, 1984, pp. 540 ss.; V. CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, in *RCDP*, 1986, p. 25; A. GUARNERI, *Clausole generali*, in *Digesto civ.*, II, Uter, Torino, 1988, pp. 403 ss. In tempi più recenti v. V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Giuffrè, Milano, 2010 e G. BRONZINI, R. COSIO (a cura di), *Interpretazione conforme, bilanciamento dei diritti e clausole generali*, Giuffrè, Milano, 2017. Rinvio anche agli ulteriori riferimenti bibliografici in V. SPEZIALE, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento tra “clausole generali”*, cit., pp. 129 ss.

¹⁶ Si pensi alle nozioni di giusta causa o giustificato motivo o alle “comprovate ragioni tecniche, organizzative” che consentono il trasferimento del lavoratore.

I fattori descritti – tra cui l’adozione di norme “aperte” o di clausole generali, l’affermazione dello Stato costituzionale di diritto e gli altri elementi esaminati – enfatizzano il ruolo crescente della giurisprudenza e, di riflesso, depotenziano la funzione della legge. Questo fenomeno, peraltro, è frutto anche di una significativa modifica delle teorie sull’interpretazione giuridica, che analizzerò in seguito.

Per adesso soffermiamoci su due conseguenze del costituzionalismo democratico strettamente attinenti alla attività dei giudici. Il primo è quello della possibilità per il magistrato di utilizzare direttamente la Costituzione come “regola di giudizio” per la risoluzione del caso concreto¹⁷. A seguito della giurisprudenza della Corte Costituzionale il giudice comune è stato investito di un compito particolare: quello «di valutare sulla conformità di una fonte ai valori costituzionali, operando una scelta tra una pluralità di significati e ricercando e privilegiando le possibili ipotesi interpretative che permettano di adeguare la disposizione a una lettura costituzionalmente conforme»¹⁸. La “interpretazione conforme a Costituzione” o “costituzionalmente orientata” è ormai una tecnica usuale¹⁹ che determina una sorta di “giudizio costituzionale diffuso”, dove il giudice è coinvolto «nell’ingranaggio della giustizia costituzionale, estesa ben al di là dei ristretti confini della Corte»²⁰. Il che implica, a ben vedere, la possibilità per il magistrato di ridurre il valore precettivo della norma giuridica, “reinterpreandola” anche in senso molto difforme dal suo contenuto testuale alla luce di una sua rilettura in base ai valori costituzionali. E, come è noto, tale ruolo si amplia ulteriormente nei casi in cui l’oggetto del giudizio è materia disciplinata anche a livello europeo, visto che al giudice si chiede una “interpretazione adeguatrice” che renda la disposizione nazionale coerente con quella dell’Unione²¹. Questo ampliamento

¹⁷ Ho analizzato questi temi in V. SPEZIALE, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento tra “clausole generali”*, cit., pp. 143 ss., a cui rinvio per la bibliografia in materia. In tempi più recenti cfr. G. SORRENTI, *Il giudice soggetto alla legge*, cit. p. 84, che richiama la tesi di A. PIZZORUSSO, *Indirizzi politici della magistratura*, in U. SPAGNOLI (a cura di), *La riforma dell’ordinamento giuridico*, I, Editori riuniti, Roma, 1977, p. 343.

¹⁸ P. GROSSI, *La invenzione del diritto*, cit. p. 7.

¹⁹ Su tale forma di interpretazione si rinvia, per tutti, a M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, cit. pp. 391 ss. e agli autori da me citati in V. SPEZIALE, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento tra “clausole generali”*, cit., pp. 143 ss.

²⁰ P. GROSSI, *La invenzione del diritto*, cit., p. 7.

²¹ Su questo tipo di interpretazione (e sui problemi che pone) si rinvia, per tutti, ai numerosi saggi contenuti in A. BERNARDI, *L’interpretazione conforme al diritto dell’Unione*

dei poteri interpretativi del giudice si traduce, di riflesso, in una riduzione del carattere cogente della norma, che può essere riletta in modo molto difforme dal testo e dalla stessa intenzione del legislatore.

Un ulteriore fattore di ampliamento del ruolo della giurisprudenza è dato dalla dottrina del “diritto vivente”, accolta fin dall’origine dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 3 del 1956²². In presenza di una interpretazione ampiamente condivisa in giurisprudenza che sia tale da qualificarsi come *living law* di rango costituzionale²³, la Corte costituzionale esclude che il giudice di rinvio, prima di sottoporre la questione al vaglio della Corte, debba effettuare una interpretazione adeguata rispetto alla carta fondamentale che ne elimini la contrarietà con la Costituzione²⁴. Lo stesso giudice delle leggi, inoltre, si astiene dal proporre una propria autonoma interpretazione e la sottopone – nella versione definita dai giudici ordinari o amministrativi – «a scrutinio di costituzionalità, perché la norma vive ormai nell’ordinamento in modo così radicato che è difficilmente ipotizzabile una modifica del sistema senza l’intervento del legislatore o di questa Corte»²⁵.

La dottrina descritta, pur introducendo soltanto un vincolo “tendenziale”²⁶ rivela come di fatto la giurisprudenza possa, a determinate condizioni, diventare essa stessa “la legge”, anche se l’esito interpreta-

Europea. Profili e limiti di un vincolo problematico, Jovene, Napoli, 2015. La giurisprudenza italiana ed europea in materia è pienamente orientata all’applicazione di tale principio.

²² La corte, pur ritenendo di potere e di dovere interpretare con autonomia di giudizio e di orientamenti e la norma costituzionale che si assume violata e la norma ordinaria che si accusi di violazione, «non può non tenere il debito conto di una costante interpretazione giurisprudenziale che conferisca al precetto legislativo il suo effettivo valore nella vita giuridica, se è vero, come è vero, che le norme sono non quali appaiono in astratto, ma quali sono applicate nella quotidiana opera del giudice, intesa a renderle concrete ed efficaci» (C. Cost. 15.6.1956 n. 3, in *Cortecostituzionale.it*, p. 4).

²³ Ho mutuato l’espressione inglese da V. MARINELLI, *Studi sul diritto vivente*, cit. p. 178.

²⁴ V. C. Cost., 21. 11.1997, n. 350, in *dejure.it*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 4, la quale ritiene che, a fronte di un «diritto vivente» il giudice che non lo condivida, può anche optare per l’adozione, sempre consentita, di una diversa interpretazione», oppure può, «adeguandosi al diritto vivente», proporre la «questione davanti a questa Corte». In senso conforme C. Cost. (ord.), 1.07.2005, n. 252, *GCost.*, 2001, p. 2821; C. Cost. (ord.) 30.01.2002, n. 3, *ivi*, 2002, p. 29. Il principio è stato ribadito anche dalle decisioni più recenti della Corte costituzionale. Si veda *infra* nt. 113.

²⁵ C. Cost. 21.11.1997, n. 350, p. 5, cit. a nt. 24.

²⁶ M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, cit., p. 465. Si vedano anche le sentenze della Corte costituzionale citate nelle nt. 24 e 113.

tivo si discosta in modo significativo dal testo contenuto nella fonte primaria. Ed è chiaro che la prevalenza in via interpretativa della disposizione da parte dei giudici è un altro fattore di depotenziamento della autorità *in sé* del testo normativo.

Il fenomeno descritto – a riprova del suo essere parte del sistema già da molto tempo – è stato efficacemente sintetizzato nel 2003 dal Presidente della Corte costituzionale, quando ha affermato che «anche i giudici, costituzionali e comuni, risultano a pieno titolo coinvolti, sia pure entro confini determinati, in una sorta di processo allargato di produzione legislativa, in quanto titolari di attribuzioni direttamente derivanti dalla Costituzione»²⁷. Ed in tempi più recenti si è sottolineato che l'ordinamento giuridico è ormai caratterizzato da un fattore determinante: «il ruolo crescente dell'interprete, lo spostamento dell'asse portante dell'ordinamento dal legislatore all'interprete, il coinvolgimento di questo nello stesso processo di enucleazione e definizione del diritto...»²⁸. E tra gli interpreti, ovviamente, una funzione essenziale è svolta dai giudici, per le attribuzioni ad essi affidate dalla Costituzione.

Sembra, in definitiva, che la legge abbia ormai un ruolo non più fondamentale rispetto al carattere determinante della funzione svolta dalla giurisprudenza.

3. La legge è soggetta soltanto ai giudici o i giudici sono soggetti soltanto alla legge (art. 101 Cost.)? Alcune considerazioni critiche

Va subito detto che la situazione descritta non può essere risolta con un ritorno al passato. La “crisi di autorità” della legge si riconnette a mutamenti epocali dei sistemi politici e sociali, oltre che alla evoluzione specifica delle forme giuridiche dello Stato moderno. Pensare, dunque, di ripristinare il “primato” della legge con le caratteristiche proprie di epoche storiche ormai lontane o anche riconducibili agli anni '50 e '60 del secolo scorso significherebbe negare la Storia e la sua direzione di marcia.

Tuttavia, se il ruolo della giurisprudenza è ormai indiscutibile, si tratta di analizzare i limiti del giudice nella sua attività giurisdizionale.

²⁷ R. CHIEPPA, *La giustizia costituzionale nel 2002*, in *GCost*, 2003, p. 3180.

²⁸ P. GROSSI, *La invenzione del diritto*, cit., p. 5.

In particolare bisogna comprendere il valore di una serie di principi, anche di fonte costituzionale, che regolano la sua funzione. Inoltre occorre capire di quale “autonomia” il magistrato disponga rispetto alla legge per la risoluzione del caso concreto sottoposto a giudizio. Perché se la sua attività deve essere esercitata nell’ambito di regole ben definite e individuabili a priori che valorizzano il testo scritto nella fonte primaria e la sua correlazione con altre disposizioni all’interno del sistema giuridico, è chiaro che la norma generale ed astratta mantiene una importanza rilevante, pur nel contesto della “crisi” già descritta. Mentre se, al contrario, la legge è soltanto «un semplice ‘punto di partenza’ (P. Habermas) sul quale “la società aperta degli interpreti” (*ndr*: giudici inclusi) può liberamente (secondo le proprie logiche culturali) costruire i significati normativi»²⁹, la situazione è ovviamente molto diversa. In tale ipotesi, infatti, il “depotenziamento” del valore cogente della legge sarebbe molto superiore. E questo ci porta direttamente al problema della interpretazione degli atti normativi e dei limiti della funzione del giudice nell’ascrizione di senso alla disposizione, dove la latitudine dei poteri concessi al magistrato è determinante per la soluzione di tale questione.

Il tema della interpretazione costituisce uno dei problemi più rilevanti in ambito giuridico, che influisce su aspetti di teoria generale, quali ad esempio la stessa individuazione di un “metodo scientifico”, tale da distinguere il diritto da altre scienze sociali. D’altra parte il potenziale conflitto tra un testo e le possibili letture che se ne possono dare ha sempre caratterizzato la funzione legislativa, se è vero che Giustiniano, nel *Corpus iuris*, e, molti secoli dopo, Napoleone I introdussero espressamente il divieto di interpretazione. Una previsione che, al di là della illusione di garantire una “unica e vera” applicazione della legge, esprime la tensione tra la fonte di produzione normativa e coloro che sono tenuti ad attuarla, nel tentativo di impedire o ridurre la discrezionalità degli interpreti e di ribadire la “forza” dell’autorità da cui la legge promana.

La centralità della questione spiega perché le teorie sull’interpretazione sono molteplici. Tra queste vanno ad esempio ricordate, con una esemplificazione sicuramente non esaustiva, il realismo scandinavo e americano, la teoria dell’argomentazione di Perelman, le teorie cognitive, scettiche, eclettiche, quella ermeneutica e del

²⁹ A. BALDASSARRE, *Una risposta a Guastini*, cit., p. 34.

circolo interpretativo ed altre ancora³⁰. Ed è evidente che non è possibile, in questa sede, neppure tentare una analisi critica delle varie teorizzazioni.

Ai fini del discorso che sto svolgendo, peraltro, può essere utile soffermarsi sulle tesi che esaltano la funzione “creativa” dell’interprete e, quindi, anche del giudice. Tra queste, ad esempio, il “metodo eclettico”, che «consente al giudice di selezionare, per ogni controversia, le direttive interpretative di volta in volta più adeguate a giustificare a posteriori l’esito sostanziale suggerito dalle ‘opzioni politiche o ideologiche’ cui il giudice stesso abbia ritenuto di aderire»³¹. Oppure il «metodo del realismo intuizionistico» (una «variante estrema del metodo eclettico»), secondo il quale il giudice deve «badare al sodo dei rapporti di forza, siano essi economici o politici; le decisioni giudiziali devono essere arbitraggi tra interessi confliggenti; ciò che conta è la giustizia sostanziale del caso concreto, non gli argomenti che possono essere addotti per giustificare le decisioni...»³². Si tratta, come ben si vede, di teorizzazioni assai lontane da quelle che appartengono alla tradizione culturale del giurista. Esse, tra l’altro, sembrano configurare una radicale alterazione del rapporto tra fonti normative ed attività del giudice, che è proprio il tema centrale che si sta analizzando. In ogni caso, queste tesi sembrano negare la stessa possibilità di un processo interpretativo condotto secondo regole definite a priori.

³⁰ Per la individuazione delle varie teorie rinvio, per tutti, a R. GUASTINI, *L’interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 21 ss.; V. SPEZIALE, *La giurisprudenza del lavoro ed il “diritto vivente”*, cit., pp. 619 ss.; R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, Milano, 2011; ID., *Teorie dell’interpretazione. Lo stato dell’arte*, in *LD*, 2014, pp. 233 ss.; ID., *Interpretare, costruire, argomentare*, in *osservatoriosullefonti.it*, 2015, pp. 1 ss.; M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, cit., pp. 391 ss. Per un’analisi approfondita dei problemi dell’interpretazione in generale v. anche P. CHIASSONI, *L’interpretazione nella giurisprudenza: splendori e miserie del “metodo tradizionale”*, in *DLRI*, 2008, pp. 553 ss.; G.U. RESCIGNO, *Comunicazione, comprensione, interpretazione di disposizioni normative*, in *DLRI*, 2008, pp. 589 ss. In tempi più recenti, e con particolare riferimento al diritto del lavoro, cfr. AA.VV., *Il lavoro e la giustizia. Interpretare, argomentare, decidere*, in *DL*, 2014.

³¹ P. CHIASSONI, *L’interpretazione nella giurisprudenza*, cit., p. 615.

³² P. CHIASSONI, *op. ult. cit.*, p. 615. Per la descrizione di queste teorie v. P. CHIASSONI, *Tecnica dell’interpretazione giuridica*, cit., pp.11 ss. e R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., pp. 407 ss.

In questo ambito, con un testo ormai diventato famoso³³, un grande costituzionalista afferma che è il caso concreto che determina le regole giuridiche da applicare e non la disposizione prevista dalla legge. Il giudice deve partire da un'ipotesi specifica (un fatto a cui è stato attribuito un «senso» ed un «valore») e deve poi cercare la norma adeguata³⁴. Se la regola giuridica risponde alle esigenze del caso non vi sono problemi. Altrimenti il giudice deve adattare il significato dei testi normativi per cercare la «giustizia sostanziale», ricordando che «le esigenze dei casi valgono di più della volontà legislativa e possano invalidarla»³⁵. In relazione ai metodi di interpretazione, si è sostenuto che «la ricerca della regola non è determinata dal metodo, ma è il metodo a essere conseguenza della (direzione della) ricerca, dipendendo da ciò che si vuole trovare»³⁶. Si è detto che in questo modo «il giudice deve – prima – decidere il caso secondo giustizia (in accordo, cioè, con i suoi privati sentimenti di giustizia) e – poi – cercare nell'ordinamento una norma idonea a giustificare la sua decisione»³⁷.

A mio giudizio il pensiero di Zagrebelsky può essere interpretato anche in modo diverso (la necessità di attribuire al caso concreto rilievo determinante ai fini dell'interpretazione e di trovare, se necessario,

³³ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit.

³⁴ «Il fatto, di per sé, nella sua semplice realtà storico-materiale... non avanza pretese, è muto e non postula 'adeguatezza'» (G. ZAGREBELSKY, *op. ult. cit.*, p. 189). Tuttavia, il caso concreto a cui il fatto si riferisce non può essere disciplinato da una regola di diritto se non se ne trova il «senso» e il «valore». «Per 'senso' si deve intendere qui la connessione tra un'azione e il suo 'prodotto sociale'» (in sostanza, le conseguenze che tale azione produce nella società). «Ad esempio, lo stesso fatto materiale della morte procurata ad un uomo può essere inteso in molti differenti 'sensi': come mezzo rivolto contro la vita altrui, oppure contro le sofferenze altrui (eutanasia)...oppure come difesa di un bene primario proprio o altrui (legittima difesa)...» (ID., *Il diritto mite*, pp. 187-188). «La comprensione di senso conduce e condiziona la comprensione di valore in vista del giudizio» (una cosa sono i valori coinvolti nell'omicidio volontario, altri quelli connessi all'eutanasia), fermo restando che «il 'senso' e il 'valore' che devono avere rilievo dal punto di vista dell'applicazione giudiziaria hanno un significato oggettivo, non soggettivo» (ID., *op. ult. cit.*, p. 188).

³⁵ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 183.

³⁶ G. ZAGREBELSKY, *op. ult. cit.*, p. 184. Si potrebbe dire che «ancora una volta: non è il procedimento a disposizione del giudice che determina il risultato, ma il risultato a cui si vuol giungere che determina la regola che di volta in volta viene adottata» (N. BOBBIO, *Ancora intorno alla distinzione tra interpretazione estensiva e analogia*, in *GI*, I, 1968, p. 701). I metodi di interpretazione si configurerebbero «come possibilità, offerte all'interprete, di legittimare i risultati desiderati o comunque ritenuti più appropriati» (F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1999, p. 212).

³⁷ R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., p. 281.

regole nuove nell’ambito dei principi costituzionali)³⁸. L’autore è recentemente tornato su questo tema³⁹. Dopo aver riaffermato tutti gli elementi fondamentali della sua teoria, questo illustre costituzionalista non ha ribadito alcuni dei concetti sopra espressi, soprattutto in relazione alla prevalenza della “giustizia sostanziale”, sulla inesistenza di un metodo *a priori* per definire il significato da attribuire alla disposizione, sul fatto che le “esigenze dei casi” prevalgono sulla volontà del legislatore, oltre che sul valore del giudizio equitativo. E la sua analisi più recente sembra avvalorare la interpretazione “più mite” (per parafrasare il titolo del libro di Zagrebelsky) da me proposta.

Tuttavia, se il pensiero dell’autore è quello prima descritto in modo più ampio⁴⁰, troviamo in questo caso la razionalizzazione espressa di alcune delle concettualizzazioni in precedenza indicate. Il riferimento è al «metodo eclettico» o a quello del «realismo intuizionistico» già descritti in precedenza⁴¹. A me sembra che questa teoria e la giurisprudenza che vi fa (più o meno inconsapevolmente) riferimento, a parte le numerose obiezioni specifiche che si potrebbero sollevare⁴², costituiscono la teorizzazione del giudizio equitativo del giudice, seppure nei limiti complessivi definiti dai principi e valori costituzionali. Non è un caso che Zagrebelsky rivaluti l’equità, seppure depurata dal suo fondamento «giusnaturalistico» e finalizzata a realizzare le «esigenze di giustizia sostanziale che si trovano materializzate nei casi che chiedono di essere risolti nei termini del diritto»⁴³.

³⁸ Si veda, ad esempio, quanto affermato da G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, pp. 181, 183 e 210.

³⁹ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto allo specchio*, Einaudi, Torino, 2017, pp. 293 ss.

⁴⁰ Ritengo che il pensiero di Zagrebelsky ha un certo margine di ambiguità e consente anche l’interpretazione proposta nel testo. Non vi è dubbio, peraltro, che la tesi qui criticata sia stata considerata come quella “autentica” (si vedano, ad esempio, R. GUASTINI, *L’interpretazione dei documenti normativi*, cit., p. 281 e G. BOGNETTI, *Teorie della costituzione e diritti giurisprudenziali. Note per una trattazione metodologicamente adeguata della problematica*, in AA.VV., *Diritto costituzionale e diritto giurisprudenziale*, Cedam, Padova, 2004, p. 6).

⁴¹ V. retro nt. 31 e 32.

⁴² Si vedano, ad esempio, le serrate critiche di R. GUASTINI, *L’interpretazione dei documenti normativi*, cit., p. 281, e la replica di G. ZAGREBELSKY, *Diritto allo specchio*, cit., p. 305.

⁴³ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., pp. 205 e 204. E, a conferma del suo pensiero, l’autore afferma che «...attraverso l’interpretazione e, eventualmente, la questione di costituzionalità, “i giudici hanno il potere (e il dovere) di far prevalere l’equità sulla mera volontà del legislatore”» (corsivo mio: ID., *op. ult. cit.*, p. 215).

In termini analoghi si esprime un altro autorevolissimo giurista, che è stato anche Presidente della Corte costituzionale. Secondo questo autore «il testo non è una realtà autosufficiente, ma ha compiutezza solo con l'interpretazione; l'interpretazione, togliendo generalità e astrattezza alla norma, la emerge nel concreto, la rende diritto vivo in immediata comunicazione con la attualità (quella attualità a cui appartiene l'interprete); l'interpretazione è intermediazione tra il messaggio del testo cartaceo (necessariamente estraniato dal divenire) e la attualità dell'interprete; consequenziale protagonismo dell'interprete quale attore primario grazie alla sua operosità interpretativa. All'interno del novero degli interpreti... un posto primario spetta oggi, senza alcun dubbio, al giudice...». Dopo aver criticato il procedimento interpretativo fondato sul sillogismo, si afferma che «entro il progetto moderno (e la sua conseguente visione del diritto) il giudice doveva adattare il fatto alla norma (una norma pensata come premessa maggiore di un procedimento sillogistico, cioè – ripetiamolo – squisitamente logico-deduttivo). Oggi, in questo nostro tempo giuridico post-moderno, il giudice, attraverso operazioni squisitamente valutative, deve comprendere il caso da risolvere e adattare la norma al fatto di vita, individuandone la più adeguata disciplina. E la sua ricerca si concretizza, appunto, in una *invenzione*, che è un procedimento contrario a quello sillogistico perché in essa non è coinvolta solo la razionalità del giudice con le sue capacità di logico, ma soprattutto qualità di intuizione percezione comprensione, tutte segnate sul piano assiologico»⁴⁴.

In questo contesto, si ritiene che la divisione dei poteri, messa sicuramente in discussione da queste caratteristiche dell'attività giurisdizionale, deve essere riletta «criticamente alla luce dell'evolversi delle forme politiche e soprattutto dell'esperienza». Anche perché, la separazione dei poteri, da fattore di garanzia, si è trasformato «in una smodata preminenza del potere legislativo, se non in un monopolio nella produzione del diritto»⁴⁵. Quanto poi al principio costituzionale della

⁴⁴ P. GROSSI, *La invenzione del diritto*, cit., p. 5. Con la precisazione che per questo autore il termine “invenzione” deriva dal latino *inventio* e va quindi inteso come «un cercare per trovare qualcosa, un *reperire*» nel sistema giuridico la norma per risolvere il caso (ID., *op. ult. cit.*, p. 1).

⁴⁵ P. GROSSI, *op. ult. cit.*, p. 6. Per una recente ed approfondita analisi del principio di separazione dei poteri (analizzato anche in funzione della sua evoluzione storica) cfr. G. SORRENTI, *Il giudice soggetto alla legge*, cit., pp. 70 ss. L'a., peraltro, conferma che «lo Stato costituzionale “non è lo Stato entro cui si realizza il tanto temuto ‘governo dei giudici’”;

soggezione del giudice soltanto alla legge (art. 101, comma 2, Cost.), si afferma che esso va reinterpretedo come disposizione che garantisce la autonomia e l'indipendenza del magistrato, senza «esprimere una relazione gerarchica»⁴⁶. Infine, all'obiezione secondo cui con tale interpretazione si potrebbe sostenere che il giudice “*crea diritto*”, Grossi risponde in modo perentorio: la realtà è che «il diritto non lo crea, a rigore, nemmeno il legislatore; ovviamente, tanto meno il giudice. Ripetiamolo a costo di esser monotono: l'operazione intellettuale tipicamente giudiziale è la *inventio*, il reperimento». E, in tale ambito, occorre dare una «lettura adeguatrice dell'art. 113 c.p.c.» (“nel pronunciare sulla causa il giudice deve seguire le norme del diritto”). A questa disposizione «non si può assegnare che questo significato: avere – da parte del giudice – la capacità di trovare la disciplina più efficace nel contesto della questione controversa»⁴⁷.

Si tratta, come ben si vede, di concettualizzazioni che “rovesciano” il comune sentire dell'operatore giuridico. La legge è soltanto un «punto di partenza»⁴⁸ per l'ascrizione del significato della disposizione che spetta al giudice definire, in un processo nel quale, parafrasando l'art. 101 Cost., “la legge è soggetta ai giudici” ed alla loro ricerca di una soluzione concreta del caso (che potrebbe anche “smentire” o “ribaltare” il contenuto della disposizione). Si è passati dal giudice “bocca della legge” che si limita a “scoprire il significato contenuto nella norma – tipico del positivismo ottocentesco – al “giudice legislatore”⁴⁹. E, a riprova di quanto si sia lontani dall'approccio tradizionale

esso “non ha tolto il potere ‘sovrano’ al legislatore per consegnarlo ai giudici”, ma per aprire spazio ad un assetto costituzionale che conosce “solo poteri limitati e bilanciati”» (78).

⁴⁶ P. GROSSI, *op. ult. cit.*, p. 6. Si è affermato che «il principio di soggezione del giudice alla legge deve essere...reinterpretedo in un contesto pluralistico in cui l'atto legislativo, da una parte, non racchiude più il monopolio politico del diritto e, dall'altro, può essere costantemente delegittimato alla luce del modello normativo costituzionale» (G. SORRENTI, *op. ult. cit.*, p. 85).

⁴⁷ P. GROSSI, *op. ult. cit.*, p. 6.

⁴⁸ V. *retro* testo e nt. 29.

⁴⁹ Sulla nozione, assai controversa, di “positivismo”, mi permetto di rinviare all'analisi da me svolta (V. SPEZIALE, *La giurisprudenza del lavoro ed il “diritto vivente”*, cit., p. 618, con ulteriori indicazioni bibliografiche). La tesi del “giudice legislatore” non è accolta neanche da chi, come G. SORRENTI (*Il giudice soggetto alla legge*, cit.), propone una lettura più innovativa dell'art. 101 Cost. Infatti, l'a. sostiene che «si deve negare al giudice un potere di disapplicazione o di *interpretatio abrogans* della legge, quanto una sua forzatura in

sul rapporto tra legge e giurisprudenza, è interessante osservare quanto Grossi afferma sui fattori che vincolano la libertà del giudice nella interpretazione. Essi infatti si identificherebbero nei principi di imparzialità e di ragionevolezza, nel rispetto del contraddittorio e nell'obbligo di motivazione delle pronunce giurisdizionali, oltre che nel carattere ben definito del «complesso assiologico» scaturente dalla Costituzione⁵⁰. Dunque, tra i limiti al processo interpretativo del magistrato non viene incluso il testo della legge, quasi si trattasse di un elemento privo di rilievo che, insieme ad alcune regole legislative in tema di interpretazione, possa essere tranquillamente disatteso. Tali questioni verranno analizzate successivamente.

Ora è importante sottolineare come le interpretazioni descritte contribuiscano in modo rilevante al “deperimento” dell'autorità giuridica della legge e siano in qualche modo sintomo della sua crisi. Inoltre, ritengo che queste teorie si prestano a numerose obiezioni.

In relazione alla trasformazione dell'attività giurisdizionale in un giudizio equitativo, questa conclusione è contraddetta da una molteplicità di fonti normative di segno opposto, tra cui, prima di tutto, l'art. 101 della Costituzione («I giudici sono soggetti soltanto alla legge»), le varie disposizioni che limitano il giudizio equitativo ai casi espressamente previsti dalla fonte primaria (art. 113 c.p.c.), che sottopongono le sentenze di merito al controllo su una eventuale «violazione di legge» (art. 360, n. 3, c.p.c.) o che ribadiscono la necessità di indicare le norme ed i principi di diritto nella motivazione della sentenza (art. 118, c. 2, disp. att. c.p.c.) e altre ancora⁵¹. E non è un caso che, per depotenziare il contenuto dell'art. 101 Cost. o dell'art. 113 c.p.c. si sia obbligati a proporre una lettura che “prescinde” dal testo delle due disposizioni, “forzandone” il significato⁵².

chiave interpretativa al di là dei limiti consentiti dal tasso di resistenza linguistica e sistematica delle disposizioni» (ID., *op. ult. cit.* p. 80).

⁵⁰ P. GROSSI, *La invenzione del diritto*, cit., p. 7.

⁵¹ Tra queste l'art. 114 c.p.c. (giudizio di equità su istanza di parte e su diritti disponibili); l'art. 822 c.p.c. («gli arbitri decidono secondo le norme di diritto, salvo che le parti abbiano disposto con qualsiasi espressione che gli arbitri pronunciano secondo equità»), la necessità di indicare, nel ricorso per cassazione, le «norme di diritto su cui si fondano» i motivi di impugnazione (art. 366, c. 1, n. 4 c.p.c.) ecc.

⁵² Il riferimento è alla interpretazione proposta da P. GROSSI, *La invenzione del diritto*, cit.

La tesi per cui l’art. 101 Cost. garantirebbe *soltanto* l’autonomia e l’indipendenza del magistrato può essere confutata, oltre che in base al testo scritto nella Costituzione (di contenuto inequivocabile), anche ricordando che tale principio è garantito dall’art. 104 Cost. («La magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere»). E la prevalenza della legge desumibile dal testo della disposizione costituzionale ha portato la dottrina ad affermare che essa renderebbe «costituzionalmente illegittima una eventuale legge (ordinaria) che pretendesse di introdurre nell’ordinamento la regola del precedente vincolante (“*stare decisis*”) sul modello dei sistemi di *common law*»⁵³.

In verità l’art. 101, comma 2, Cost. è una disposizione che ha una pluralità di significati diversi⁵⁴ e tra questi *anche* quello di garantire l’indipendenza dei giudici. Ho già approfondito tali aspetti⁵⁵ anche alla luce di una importante sentenza della Corte costituzionale. Il giudice delle leggi, infatti, ha affermato che la disposizione costituzionale

⁵³ R. GUASTINI, Art. 101 Cost., in G. BRANCA, fondato da A. PIZZORUSSO, continuato da *Commentario della Costituzione*, I, Zanichelli – Foro italiano, Bologna-Roma, 1994, pp. 191-192. Sempre in relazione all’art. 101, c. 2, Cost., si è ribadito che «non è sostenibile, nel sistema costituzionale italiano, un *vincolo giuridico* che obblighi il giudice di primo grado a seguire i percorsi interpretativi e i precedenti forniti dalle altre giurisdizioni...» (D. BIFULCO, *Il giudice è soggetto soltanto al “diritto”*, Jovene, Napoli, 2008, p. 215. Ma si veda anche p. 71). In senso analogo anche N. ZANON, L. PANZERI, Art. 101 Cost., in R. BIFULCO, A. CELLOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, III, Utet, Torino, 2006, pp. 1962 ss. (con ulteriori indicazioni bibliografiche sull’art. 101 Cost.). Nella sentenza 23 settembre 2010, n. 20075, le Sezioni Unite della Cassazione affermano che l’art. 420 bis c.p.c. introduce un «“vincolo” per gli altri giudici di merito; un vincolo solo processuale, non già di merito, perché il giudice non è tenuto ad uniformarsi alla pronuncia di questa Corte e, se non la condivide, ben può pronunciarsi in senso difforme....Insomma non c’è una regola di *stare decisis*, che forse sarebbe difficilmente compatibile con il dettato costituzionale che vuole il giudice soggetto solo alla legge» (*dejure.it*, 9). Su tale aspetto vedi anche *infra* nt. 116, a cui va aggiunta anche Cass. 26.07. 2016, n. 15513, che conferma i principi espressi nelle decisioni citate in quest’ultima nota e rileva come «il principio dello *stare decisis* non opera nei rapporti tra vari organi giurisdizionali (né sul piano “orizzontale” relativo al rapporto tra Sezioni semplici e Sezioni unite della Corte di cassazione, né sul piano “verticale” relativo al rapporto tra Corte di cassazione e giudici di merito)...»

⁵⁴ Cfr. R. GUASTINI, Art. 101 Cost., *op. ult. cit.*, pp. 183 ss.; N. ZANON, L. PANZERI, Art. 101, *op. ult. cit.*, pp. 1962 ss.; F. BIONDI, Art. 101 Cost., in S. BAROLE, R. BIN (a cura di), *Commentario breve della Costituzione*, Cedam, Padova, 2008, pp. 915 ss. Per una rilettura recente della disposizione costituzionale cfr. G. SORRENTI, *Il giudice soggetto alla legge*, cit., pp. 85 ss.

⁵⁵ V. SPEZIALE, *Le Sezioni Unite della Cassazione nel 2010 sul termine di impugnazione del licenziamento e sul deposito del testo del contratto collettivo*, in *RIDL*, II, 2011, p. 1019.

«esprime l'esigenza che il giudice riceva se non dalla legge l'indicazione delle regole da applicare nel giudizio, e che nessun'altra autorità possa quindi dare al giudice ordini o suggerimenti circa il modo di giudicare in concreto»⁵⁶. La sentenza precisa che, per "autorità", si intende un diverso potere istituzionale e non la decisione di un altro magistrato⁵⁷. La soggezione "soltanto alla legge" andrebbe letta in questo suo significato fondamentale, senza vedere nella disposizione costituzionale una preclusione allo *stare decisis*. Tuttavia, se l'art. 101, comma 2, Cost. non è tale da impedire l'introduzione del principio del precedente giurisprudenziale vincolante e può anche esprimere la regola dell'indipendenza della magistratura, questa disposizione non può mai essere letta come la libertà del giudice di prescindere dalla legge, quasi che il potere giudiziario si ponesse sullo stesso piano di quello legislativo ed in assenza di rapporti gerarchici. In tale ambito, le parole della Corte costituzionale (è la legge che fornisce al giudice le regole da applicare) sono molto significative a conferma di quanto sostengo⁵⁸.

Vi sono poi ulteriori argomentazioni a confutazione delle teorie criticate. Esse sono state recentemente analizzate in modo approfondito da un altro autorevole costituzionalista in un saggio a cui, per ragioni di spazio, non posso che rinviare⁵⁹. Tuttavia, qualche veloce considerazione, oltre quelle già fatte, mi sembra utile. Ad esempio è difficile poter sostenere che la disposizione non possa essere interpretata se non in relazione ad «un caso»⁶⁰. In verità, qualunque testo normativo può, alla luce delle regole grammaticali, sintattiche, ortografiche e del contesto linguistico formale, avere un significato «astratto»⁶¹, che può essere poi ulteriormente definito alla luce delle connessioni tra disposizioni. «Esse possono non avere alcun collegamento con alcun concreto caso della vita...eppure, già prima di essere 'interrogate' dal ca-

⁵⁶ C. Cost. 23. 05. 1964, n. 40, in *cortecostituzionale.it*, pp. 7-8.

⁵⁷ Infatti, sostiene la Corte, sarebbe certamente illegittima «una legge la quale condizionasse inderogabilmente la pronuncia del giudice a una scelta o anche soltanto ad un accertamento compiuto, per caso singolo, in veste autoritativa da un organo non giurisdizionale (v. sentenza n. 70 del 1961)» (C. Cost. n. 40/1964, cit., 8, corsivo mio).

⁵⁸ Mi sembra, dunque, che la tesi di p. GROSSI (v. *retro* testo e nt. 46) sia quantomeno discutibile. E, a tal proposito, si rinvia alle osservazioni di G. SORRENTI, *Il giudice soggetto alla legge*, cit.

⁵⁹ M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, cit., pp. 393 ss.

⁶⁰ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, pp. 187 ss.; ID. *Diritto allo specchio*, cit., pp. 303 ss.

⁶¹ R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., p. 281.

so, quelle norme ‘rispondono’»⁶². Mentre il “caso” può svolgere una funzione importante di definizione del significato della disposizione, nella misura in cui la concretizza rispetto ad una situazione astratta. Ma questo non avviene sempre – perché vi sono “casi” non particolarmente significativi e tutti riconducibili all’ipotesi tipo prevista dalla disposizione – e, comunque, anche se in grado di meglio definire la portata precettiva, solo in alcune situazioni esso è tale da assumere una funzione centrale nel processo interpretativo.

Il “reperimento” del significato all’interno del sistema giuridico tramite l’applicazione dei principi costituzionali non è illimitata. Si è osservato che, nell’interpretazione conforme a Costituzione, «l’opera di adeguamento di un testo non può essere condotta sino al punto di leggervi quel che non c’è, anche quando la costituzione vorrebbe che vi fosse»⁶³. La stessa Corte costituzionale, in relazione al problema della interpretazione secondo Costituzione che il giudice ordinario deve effettuare per rendere la disposizione conforme alla legge fondamentale, ha più volte ribadito che «l’univoco tenore letterale della norma impugnata preclude un’interpretazione adeguatrice, che deve, pertanto, (dare spazio) al sindacato di legittimità costituzionale». L’interpretazione conforme «cede il passo all’incidente di legittimità costituzionale ogni qual volta essa sia incompatibile con il disposto letterale della disposizione»⁶⁴.

D’altra parte è indiscutibile che il giudice possa, in considerazione del notevole ampliamento dei suoi poteri interpretativi (su cui tornerò in seguito), anche “creare” diritto, nel senso cioè di reinterpretare la disposizione in modo tale da attribuirle un contenuto molto distante dalla formulazione letterale del testo e dalla stessa intenzione del legislatore. Tuttavia, a parte i limiti a questa sua attività – che, come si vedrà, sussistono – questa “creazione” non sarà mai tale da poter essere equiparata a quella del legislatore. Mentre quest’ultimo è libero di definire il contenuto di qualsiasi disposizione – fermo il rispetto del principio di ragionevolezza, di proporzionalità e delle norme della Co-

⁶² M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, cit., p. 426.

⁶³ M. LUCIANI, *op. ult. cit.*, p. 434.

⁶⁴ Le parole citate nel testo sono espresse dalle sentenze n. 82/2017 e 83/2017, entrambe reperibili in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2017, p. 64 (Giurisprudenza Costituzionale dell’anno 2017, Riunione straordinaria della Corte costituzionale del 22 febbraio 2018, presieduta da PAOLO GROSSI, in cortecostituzionale.it, p. 1 ss.). In termini analoghi, tra le tante, anche C. Cost. 23.7.2013 n. 231.

stituzione – il secondo non ha tale libertà. Egli deve comunque compiere «un’operazione di estrazione di significati da significanti. Al testo egli non può sfuggire e, sebbene la pienezza di significato del testo si acquisisca solo entro un contesto materialmente definito, l’opera dell’interprete non potrà mai essere legittimamente giustificata se il testo è stato abbandonato». In tal caso, infatti, il giudice realizzerebbe «un soggettivismo anarchico che dimenticherebbe ‘la subordinazione dell’interprete alla norma’»⁶⁵. E questa rilevanza del testo della legge ben si collega alla giurisprudenza della Corte costituzionale sopra descritta⁶⁶.

Vi sono poi altre numerose distinzioni che impediscono di porre sullo stesso piano «la *legis-latio* e la *iuris-dictio*» e che non posso approfondire⁶⁷. In definitiva, l’indubbia maggiore discrezionalità del giudice nell’interpretare ed applicare le disposizioni non si traduce nel potere di creare «norme *ad hoc*» che, prescindendo dalla legge o *contro* il suo contenuto, consentano ai giudici di sostituirsi al potere legislativo, trasformandoli nei «padroni del diritto» (un evento considerato in realtà in modo negativo anche da chi ha usato questa espressione)⁶⁸.

Ma a parte le singole obiezioni che posso essere espresse sulle teorie descritte, vi sono alcune considerazioni di carattere più generale. La prima è che «è un sottile sentimento antipolitico, una sottile tentazione aristocratica...che ha alimentato e probabilmente ancora alimen-

⁶⁵ M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, cit., p. 433, che cita le parole di Betti.

⁶⁶ Si è rilevato, tra l’altro, che «se le strutture cui appartengono i segni del diritto hanno spesso un carattere vago ed elastico ai margini, in un alto numero di casi non marginali risultano adeguatamente e sufficientemente determinati, e se un contorno di incertezza sembra sempre accompagnare lo sviluppo del diritto, un cuore di certezza ne rende possibile l’esistenza stessa ed il funzionamento come struttura sociale» (U. SCARPELLI, *Il metodo giuridico*, in *RDP*, 1971, p. 569).

⁶⁷ Rinvio, sul punto, a M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione* cit., pp. 393 ss. e, per una prospettiva in parte diversa, a G. SORRENTI, *Il giudice soggetto alla legge*, cit., pp. 65 ss.

⁶⁸ Zagrebelsky ritiene che l’eccezionale importanza oggi acquisita dalla funzione giurisdizionale potrebbe portare a «riconoscere nei giudici gli attuali “padroni del diritto”». «Ma i giudici non sono i padroni del diritto nello stesso senso in cui legislatore lo era nel secolo scorso. Essi sono più propriamente i garanti della complessità strutturale del diritto nello Stato costituzionale, cioè della necessaria, mite coesistenza di legge, diritti e giustizia» (G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., pp. 208 e 213). Si vedano anche le osservazioni di G. SORRENTI, cit.

ta le dottrine della creatività giurisprudenziale e ha sorretto la svalutazione del testo degli enunciati legislativi»⁶⁹. La seconda è che questa esaltazione del ruolo del giudice determina «conseguenze assai gravi sul già segnalato piano della forma di governo (si smarrisce ogni senso della distinzione delle funzioni costituzionali e l'interprete 'cesserà di essere interprete e diventerà qualcos'altro: diventerà un rappresentante') e su quello della forma di Stato (i diritti e i doveri non sono più nella disponibilità dei cittadini, capaci di darsi le costituzioni e le leggi che – nei limiti consentiti dal gioco della rappresentanza – vogliono, ma di un'aristocrazia di guardiani). La realtà delle costituzioni liberal-democratiche, dunque, viene forzatamente trasformata nel suo contrario»⁷⁰. E si è giustamente osservato che «la forza dell'argomento linguistico poggia sul principio dell'autorità del legislatore, a sua volta sorretto dai principi della democrazia, della separazione dei poteri e dello Stato di diritto»⁷¹. Senza dimenticare che, in assenza di «una riserva normativa di giurisdizione... rimane affidato al Parlamento il potere di stabilire quale ampiezza debba assumere, di volta in volta, il principio di soggezione del giudice alla legge, di cui è l'organo rappresentativo a stabilire in definitiva i confini»⁷².

Va detto, tuttavia, che l'esperienza concreta dell'attività giurisdizionale ci consente di giungere a conclusioni meno pessimistiche rispetto a quelle descritte qualora le tesi qui criticate trovassero accoglimento. Chi, infatti, ha contatti costanti con le aule giudiziarie, si rende conto che la indiscutibile dilatazione dei poteri del giudice nella interpretazione della legge non raggiunge mai gli effetti già analizzati ed ampiamente criticati. Su tali aspetti tornerò in seguito.

4. Il problema della interpretazione della legge e la realtà concreta della giurisdizione

A questo punto, peraltro, per comprendere quali sono concretamente poteri attribuiti al giudice occorre soffermarsi in generale sulla interpretazione degli atti normativi. Con l'avvertenza che, trattandosi di

⁶⁹ M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, cit., p. 394.

⁷⁰ M. LUCIANI, cit. p. 434.

⁷¹ V. Nuzzo, *La norma oltre la legge: causali e forma del licenziamento nell'interpretazione del giudice*, Satura, Napoli, 2012, p. 17.

⁷² G. SORRENTI, *Il giudice soggetto alla legge*, cit., p. 10.

uno dei temi più importanti della teoria generale del diritto, non si potrà che fornire una descrizione sommaria di questioni di così ampio spessore. Oltre a ricordare che, da un punto di vista culturale, si è in presenza di problematiche talmente complesse da “far tremare i polsi” a chiunque si avventuri nell’analisi.

Innanzitutto una premessa: ritengo che la definizione di interpretazione più accettabile sia quella secondo la quale l’interpretare è «l’attività che consiste nel *determinare il significato di una disposizione...*»⁷³, ricavandone “norme”, che sono il risultato del processo interpretativo e, quindi, esprimono il significato ad essa attribuito⁷⁴. Inoltre mi sembra vi sia piena condivisione sul superamento della tesi secondo cui l’interpretazione è un processo diretto a “scoprire” il “vero ed oggettivo” significato della legge. Infatti, in conseguenza della evoluzione delle teorie in questa materia, «nessuno ha più potuto dare credito all’illusione positivistico-ottocentesca [...] dell’interpretazione ‘unica’ dei testi normativi»⁷⁵. Oggi è diffusa l’idea che il testo della fonte primaria (la disposizione) è un elemento di un processo ermeneutico che conduce alla definizione del suo contenuto (la norma), che può essere anche molto diverso da quanto, ad una prima lettura, è effettivamente scritto. L’interprete, in sostanza, non scopre – tramite sillogismi «automatici»⁷⁶ – un significato già esistente, ma lo individua attraverso l’interpretazione, anche se, ovviamente, vi è ampia discussione sui limiti e sui contenuti di tale attività⁷⁷. In sostanza

⁷³ P. CHIASSONI, *Tecnica dell’interpretazione giuridica*, cit. p. 50.

⁷⁴ In tal senso R. GUASTINI, *L’interpretazione dei documenti normativi*, cit., pp. 99 ss.; ID., *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 16 (con ulteriori indicazioni bibliografiche). La distinzione è accolta da numerosi autori (rinvio a V. SPEZIALE, 2008, *La giurisprudenza del lavoro ed il “diritto vivente”*, cit., p. 623). Ma questa concettualizzazione è criticata da G.U. RESCIGNO, *Comunicazione, comprensione, interpretazione di disposizioni normative*, cit., pp. 6 ss. e 11 ss., e, in tempi più recenti, da M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, cit., pp. 413 ss. (particolarmente 421 ss.). Peraltro, per ragioni espositive – ma senza ingenerare confusione tra le due espressioni –, i termini “norma” e “disposizione” verranno utilizzati come sinonimi.

⁷⁵ M. LUCIANI, cit., p. 393. Su tali aspetti rinvio all’analisi da me effettuata in V. SPEZIALE, *La giurisprudenza del lavoro ed il “diritto vivente”*, cit., pp. 617 ss. (con indicazioni bibliografiche).

⁷⁶ L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit., p. 69; A. BALDASSARRE, *Una risposta a Guastini*, cit., p. 5.

⁷⁷ V. *retro e infra* nel testo. Sulla interpretazione quale “creazione” del diritto v. le approfondite analisi di R. GUASTINI, *L’interpretazione dei documenti normativi*, cit., pp. 259 ss. e di M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, cit., pp. 393 ss. e pp. 399 ss. A questi a. si rinvia per le molte indicazioni bibliografiche in materia.

l'interpretazione è un processo molto complesso determinato da una pluralità di fattori, che possono realizzare risultati assai diversi, con la conseguenza che il medesimo testo può assumere significati differenti. Questa realtà deriva da vari elementi, che, ovviamente, richiederebbero un'analisi approfondita che non posso effettuare in questa sede, limitandomi ad una loro rapida rassegna⁷⁸.

Un primo fattore è dato dalla «vaghezza semantica» del testo normativo⁷⁹ connessa al fatto che il lessico ordinario e quello giuridico sono dotati di una «pluralità di sensi», in un contesto di «degrado del linguaggio tecnico giuridico e, in generale, dell'arte di fare le leggi» oltre che di «perdita, (nella lingua) comune, del rigore lessicale e sintattico»⁸⁰. Tra l'altro la polisemia della disposizione è accentuata dalla utilizzazione – di cui si è già parlato – di norme “aperte” o clausole generali che affidano al giudice il compito di determinarne l'effettivo contenuto e che sono prive di una formulazione linguistica dettagliata⁸¹.

La indeterminatezza del linguaggio è sostenuta con diverse gradazioni. A chi afferma che prima della interpretazione non vi è alcun significato e che i giudici possano attribuire al testo qualsiasi contenuto⁸² si affianca chi ritiene che la vaghezza semantica non è infinita e che il testo normativo ammette più di un significato, ma non qualsiasi

⁷⁸ Mi permetto, sul punto, di rinviare a V. SPEZIALE, *La giurisprudenza del lavoro*, cit., pp. 613 ss.; ID., *Le regole interpretative nella giurisprudenza*, in *LD*, 2014, pp. 273 ss.

⁷⁹ C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1990; V. MARINELLI, *Studi del diritto vivente*, cit., pp. 7 ss.; R. GUASTINI, *Interpretare, costruire, argomentare*, cit., pp. 10 ss.

⁸⁰ L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit., p. 97. Inoltre, le modalità di formazione di molti testi normativi – realizzati in “concitati” processi legislativi caratterizzati dall'introduzione di miriadi di emendamenti – enfatizzano l'indeterminatezza del linguaggio. V. *retro* § 2, testo e nt. 11.

⁸¹ Su tali aspetti si vedano gli a. citati nella nt. 15, a cui aggiungere, con particolare riferimento al Diritto del lavoro, S. BELLOMO, *Autonomia collettiva e clausole generali*, in *DLRI*, 2015, pp. 45 ss.; P. CAMPANELLA, *Clausole generali e obbligo del prestatore di lavoro*, in *DLRI*, 2015, pp. 89 ss.; G. LOY, *Diritto del lavoro e nozioni a contenuto variabile*, in *DLRI*, 2015, pp. 3 ss. In generale si rinvia, per tutti, a V. VELLUZZI, G. BRONZINI, R. COSIO, cit. a nt. 15.

⁸² È la tesi dello «scetticismo estremo», sostenuta, ad esempio, da M. TROPER, *Una teoria realista della interpretazione*, in *MSCG*, 2, 1999, pp. 473 ss., G. TARELLO, *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1974, pp. 265 ss., 389 ss., 403 ss.

«senso» in base alla discrezionalità dell'interprete⁸³. Altri distinguono tra casi chiari e casi difficili o tra testi univoci e testi equivoci ed oscuri, sottolineando il diverso grado di chiarezza del linguaggio in relazione alle differenti ipotesi⁸⁴. Si sostiene poi che l'idea di cogliere il significato soltanto in base al dato puramente linguistico è illusoria, perché il «senso» della disposizione può essere colto soltanto in un determinato contesto (e cioè nell'ambito «di situazioni reali o ipotetiche identificate da una serie di caratteristiche “essenziali”, o “assunti di fondo”, selezionati e considerati dall'interprete»)⁸⁵.

⁸³ Secondo la teoria «scettica moderata», su cui v. R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., pp. 27 ss. (a cui si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche); ID., *Teorie dell'interpretazione*, cit., pp. 240 ss.; F. MODUGNO, *Appunti della lezione di teoria dell'interpretazione*, Cedam, Padova, 1998, pp. 6 ss.; R. SACCO, *L'interpretazione*, in G. ALPA, P.G. MONASTERI, G. PASCUZZI, R. SACCO (a cura di), *Le fonti del diritto italiano. Le fonti non scritte e l'interpretazione*, 2, Utet, Torino, 1999, pp. 174 ss. Uno dei più autorevoli esponenti della teoria scettica è H. KELSEN secondo cui ogni testo normativo fornisce una «cornice» (*frame*) di possibili significati tutti ugualmente possibili (H. KELSEN, *Introduction to the Problems of Legal Theory*, ed. BONNIE LITSCHESKI PAULSON, STANLEY L. PAULSON, Clarendon Press, Oxford, 1934, p. 80; ID., *The Law of the United Nations. A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*, Stevens & Sons, London, 1950, XVI; ID., *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1966, p. 384).

⁸⁴ Si tratta della teoria «eclettica», che vanta studiosi importanti (H.L.A. HART, *The Concept of law*, Clarendon Press, London, 1961; N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1978, a cui sembra aderire anche U. SCARPELLI, *Il metodo giuridico*, cit.) e che è analizzata da F. MODUGNO, *Appunti della lezione di teoria*, cit., pp. 8 ss.; R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., pp. 28 ss.; ID., *Teorie dell'interpretazione*, cit., pp. 237 ss.; P. CHIASSONI, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, cit., pp. 143 ss. (a questi autori si rinvia per la bibliografia). A quelle indicate si aggiunge la teoria «cognitiva» (l'interpretazione è un atto di conoscenza che consiste nello «scoprire» il significato già contenuto nel testo, che viene così svelato), che trova fondamento nel pensiero di Savigny (G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980, p. 57) e che «è oggi ormai generalmente screditata» (R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti*, cit., p. 34). Per un'analisi delle varie teorie indicate nelle note precedenti v. E. DICHIOTTI, *L'ambigua alternativa tra cognitivismo e scetticismo interpretativo*, *Università degli Studi di Siena, Dipartimento di Scienze Storiche, Giuridiche, Politiche e Sociali*, in Working Paper 45, Siena, 2003, pp. 5 ss. Per una recente rivisitazione di tutte queste teorizzazioni v. M. LUCIANI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, cit., pp. 393 ss. che è fautore di un «cognitivismo moderato» (p. 432).

⁸⁵ P. CHIASSONI, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, cit., p. 84 con indicazioni bibliografiche; M. LUCIANI, cit., p. 432 (anche se questo a. afferma, correttamente, la possibilità di una interpretazione in astratto della disposizione: v. *retro* testo e nt. 62). Secondo L. PALADIN (*Le fonti del diritto italiano*, Il Mulino, Bologna, 1996, p. 106) anche l'art. 12 delle preleggi attribuisce particolare rilievo al contesto in cui risultano inserite le locuzioni linguistiche.

Un elemento ulteriore è dato dalla “debolezza” delle regole interpretative, sia di quelle codificate (con riferimento all’art. 12 delle preleggi o agli artt. 1362 ss. cod. civ.) sia delle tecniche ulteriori che sono frutto di un’elaborazione culturale secolare e che vengono definite con termini diversi (“argomenti interpretativi”, “canoni”, “direttive”, “regole”, “codici”, “metodi”, “principi”). Tra queste vanno ricordati l’argomento sistematico (che deriverebbe implicitamente dalla interpretazione logica desumibile dall’art. 12)⁸⁶, quello *a contrario* (nelle varianti interpretativa e produttiva), ed *a fortiori*. Non vanno dimenticati, poi, l’argomento «apagogico» (o «per assurdo»), analogico, dei principi generali, quello della «dissociazione», l’argomento autoritativo, economico, «orientato alle conseguenze» ed altri ancora. Tra le tecniche ermeneutiche, inoltre, vanno incluse anche l’interpretazione estensiva, restrittiva, evolutiva, adeguatrice così via⁸⁷. Quelle descritte, che servono a giustificare la scelta di determinate interpretazioni e quindi ad argomentare la soluzione prescelta, sono «innumerevoli»⁸⁸, anche se molte sono riconducibili a quelle sopra elencate⁸⁹. Nel 2007, inoltre, se ne sono proposte classificazioni ulteriori, con l’esemplificazione di decine di «direttive ermeneutiche» che dovrebbero essere utilizzate nel processo interpretativo⁹⁰.

⁸⁶ P. CHIASSONI, *op. ult. cit.*, p. 150; ID., *L’interpretazione nella giurisprudenza*, cit., p. 18; L. PALADIN, *op. ult. cit.*, p. 106. Sull’interpretazione sistematica si rinvia a G. TARELLO, *L’interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980, pp. 375 ss.; G. LAZZARO, *L’interpretazione sistematica della legge*, Giappichelli, Torino, 1965; V. VELLUZZI, *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, Giappichelli, Torino, 2002; R. SACCO, *L’interpretazione*, cit., pp. 232 ss.; R. GUASTINI, *L’interpretazione dei documenti normativi*, cit., pp. 167 ss.

⁸⁷ Sugli argomenti interpretativi si rinvia G. TARELLO, *op. ult. cit.*, pp. 341 ss.; F. MODUGNO, *Appunti delle lezioni di teoria dell’interpretazione*, cit., pp. 61 ss.; R. GUASTINI, *L’interpretazione dei documenti normativi*, cit., pp. 139 ss.; ID., *Interpretare, costruire, argomentare*, cit., pp. 11 ss. e 21 ss.; P. CHIASSONI, *Tecnica dell’interpretazione giuridica*, cit., pp. 80 ss.; ID., *L’interpretazione nella giurisprudenza*, cit., pp. 6 ss.

⁸⁸ R. GUASTINI, *L’interpretazione dei documenti normativi*, cit., p. 142.

⁸⁹ G. TARELLO (*L’interpretazione della legge*, cit., pp. 341 ss.) individua 15 argomenti. Altri autori variano da 10 a 20 (R. GUASTINI *L’interpretazione dei documenti normativi*, cit., p. 142) o ne sottolineano il numero variabile (R. SACCO, *L’interpretazione*, cit., p. 205), fino alla recente elaborazione di Chiassoni (v. nt, successiva).

⁹⁰ P. CHIASSONI, *Tecnica dell’interpretazione giuridica*, cit., pp. 78 ss.; ID., *L’interpretazione nella giurisprudenza*, cit., pp. 556 ss. L’autore individua 26 direttive primarie ed un numero elevato di ulteriori direttive secondarie ed assiologiche. P. CHIASSONI si ispira a G. TARELLO (*op. ult. cit.*), R. GUASTINI (*op. ult. cit.*), J. WROBLEWSKY (*Una base semantica per la teoria dell’interpretazione*, in U. SCARAPPELLI (a cura di), *Diritto e analisi del linguaggio*, Ed. di Comunità, Milano, 1976 e ID., *Il ragionamento giuridico*

In particolare, le regole sull'interpretazione previste dalle disposizioni preliminari al codice civile – che, ai fini del mio ragionamento, sono le uniche prese in considerazione – sono state oggetto di una forte svalutazione da parte della dottrina o comunque di critiche radicali⁹¹. Critiche che si sono estese al valore precettivo o meno di queste disposizioni, che, secondo alcuni, non sarebbero «vere e proprie norme giuridiche» o sarebbero del tutto «inutili»⁹². Si sono poi sottolineate la indeterminatezza del loro contenuto (in relazione, ad esempio, ai concetti di “significato proprio delle parole secondo la connessione di esse” o di “intenzione del legislatore”), la carenza di un ordine gerarchico tra i canoni interpretativi, la molteplicità degli “argomenti” enucleati dalla dottrina (criterio sistematico, *a contrario*, *a fortiori*, “per assurdo”, analogico ecc.) e la possibilità, in base alla loro utilizzazione, di giungere a conclusioni interpretative opposte e così via. Gli studi in materia hanno poi sottolineato come il processo interpretativo sia fortemente condizionato da “precomprensioni” ed è connotato da forte soggettività sia in relazione ai contenuti che si vogliono attribuire alle disposizioni (influenzati da varie “preferenze soggettive” insopprimibili), sia in rapporto alle scelte ed alla utilizzazione delle varie tecniche interpretative⁹³.

Gli approcci teorici e le critiche descritte mettono in discussione l'esistenza di regole in questa materia o comunque sembrano affermare che esse, se vi sono, non escludono il carattere arbitrario della interpretazione. Le difficoltà di comprensione linguistica dei testi (la «vaghezza» delle disposizioni), l'invasione delle precomprensioni e

nell'interpretazione giuridica, in P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, II, Giappichelli, Torino, 1989) ed R. ALEXI (*Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, Giuffrè, Milano, 1998), con l'intento di «combinare le idee portanti dei quattro modelli» interpretativi di questi autori e con l'elaborazione di un proprio «modello, incentrato sulla nozione di *codice interpretativo*» (2007, p. 79).

⁹¹ Su tali aspetti v. V. SPEZIALE, *La giurisprudenza del lavoro ed il “diritto vivente”*, cit., p. 622. Va detto, peraltro, che le osservazioni contenute nel testo sono estensibili anche alle regole in materia di contratti o contenute in altre leggi speciali.

⁹² Per le citazioni degli autori rinvio a V. SPEZIALE, *op. ult. cit.*, p. 622.

⁹³ La «precomprensione» è «un pre-giudizio sul contenuto del testo, in anticipo sui, e a scapito dei, risultati dell'esegesi; un pregiudizio che spinge l'interpretazione verso esiti segnati dall'arbitrio soggettivo»: L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit., pp. 6-7. Per l'approfondimento di questi temi rinvio a V. SPEZIALE, *op. ult. cit.*, pp. 616 ss., pp. 622 ss., p. 630.

dei giudizi di valore, la debolezza dei canoni interpretativi (che hanno contenuti incerti e comunque sempre contestabili) e la loro fungibilità (per cui l'utilizzazione alternativa o congiunta di questi stessi argomenti può condurre ad esiti opposti e tutti coerenti e razionalmente giustificabili) sembrano confermare questa conclusione. Queste analisi, inoltre, hanno certamente contribuito – senza essere peraltro la loro ragione unica – alla diffusione di teorie che negano la stessa possibilità di un processo interpretativo condotto secondo regole definite a priori. Alcune tra esse, come il «metodo eclettico», quello del «realismo intuizionistico» (che ne costituirebbe una variante estrema) ed altre ancora sono state già esaminate (§ 3).

In coerenza con queste analisi e teorizzazioni, l'idea che il giurista si forma è quella di un'attività che consente di legittimare qualsiasi contenuto della disposizione, con una sorta di “nichilismo interpretativo” nel quale ciascuno trova la tecnica che gli è più utile per legittimare la propria ed arbitraria scelta individuale.

In realtà, la sensazione di sconforto iniziale di chi si illudeva che vi fossero delle regole può in parte essere mitigata. Va detto, in primo luogo, che una parte della dottrina riduce il grado di “invarianza” delle tecniche interpretative e sembra codificare prescrizioni in materia meno lasciate all'arbitrio soggettivo⁹⁴. Tuttavia è soprattutto l'esperienza applicativa che mette in luce una realtà diversa. Quando occorre interpretare un testo normativo i giuristi lo analizzano e spesso giungono a conclusioni contrastanti. Tuttavia, come già osservato, le interpretazioni difformi (che si traducono in norme differenti) sono due, più raramente tre, molto più raramente quattro⁹⁵. I giuristi, dunque, «riducono drasticamente l'area del dubbio»⁹⁶, selezionando i pochi significati alternativi su cui si apre un dibattito che può portare, in conclusione, alla prevalenza di una tra le varie tesi esposte (che diventa, nel linguaggio dei pratici, “l'opinione dominante”). Una situazione analoga si verifica nell'attività giurisdizionale, dove il conflitto interpretativo a volte non c'è, perché le parti in causa adottano la medesima lettura della norma regolativa del caso controverso ed il contrasto attiene solo

⁹⁴ Cfr., sul punto, a V. SPEZIALE, *La giurisprudenza del lavoro ed il “diritto vivente”*, cit., p. 631.

⁹⁵ G.U. RESCIGNO afferma che «non ricordo nessun caso in cui sono cinque» (*Il giurista come scienziato*, in *DP*, 2003, p. 846).

⁹⁶ G.U. RESCIGNO, *op. ult. cit.*, p. 846.

alla ricostruzione dei fatti. Oppure tutto si gioca su non più di due (al massimo tre, ma molto raramente) ipotesi divergenti⁹⁷.

La realtà pratica del diritto ci consente allora di giungere ad una conclusione: la indeterminatezza e fungibilità delle tecniche interpretative, astrattamente concepibili, di fatto hanno un rilievo concreto assai minore di quello che si potrebbe credere. Ne derivano due conseguenze. In primo luogo, è assai difficile sostenere che, a fronte di un testo, qualsiasi significato è possibile in quanto le tecniche in materia di interpretazione non esistono o sono tra loro totalmente intercambiabili. Inoltre, nonostante la “debolezza” degli argomenti interpretativi, vi sono regole condivise tra giuristi ed operatori del diritto che riducono le ambiguità derivanti dai potenziali significati ascrivibili ad un testo normativo. Si tratta, certo, di regole relative e non assolute, che possono essere contestate. Esse, peraltro, comportano che interpretazioni che utilizzino canoni e giungano a conclusioni in contrasto con quelle comunemente adottate siano considerate «come assolutamente impraticabili (assurde, folli, da incompetente, da arrogante spudorato)» o «ne segna altre come fortemente opinabili»⁹⁸.

Da questo punto di vista, ad esempio, non vi è dubbio che il testo della disposizione, nonostante la “vaghezza” del linguaggio, abbia una pluralità ridotta di possibili significati alternativi o, addirittura, ne abbia uno soltanto⁹⁹. La «disposizione non è una specie di materiale bruto senza significato» su cui l’interprete opera a suo piacimento scegliendo quello che gli sembra il più opportuno¹⁰⁰. Le regole sintattiche e grammaticali e le stesse convenzioni linguistiche riducono in modo

⁹⁷ Per gli esempi concreti v. V. SPEZIALE, *La giurisprudenza del lavoro ed il “diritto vivente”*, cit., p. 631.

⁹⁸ P. CHIASSONI, *Tecnica dell’interpretazione giuridica*, cit., p. 69. R. GUASTINI, al contrario, contesta l’esistenza di regole stabili e condivise in materia di interpretazione (*L’interpretazione dei documenti normativi*, cit., pp. 141-142); ID., *Interpretare e argomentare*, cit., e *Teorie dell’interpretazione*, cit.

⁹⁹ G.U. RESCIGNO, *Comunicazione, comprensione, interpretazione di disposizioni normative*, cit., pp. 7 ss. Si è giustamente osservato che «da tesi spesso enunciata dai filosofi del diritto secondo cui in principio il numero di enunciati che interpretano il medesimo enunciato di partenza (è infinito) si rivela falsa»: G.U. RESCIGNO, *Il giurista come scienziato*, cit., p. 846.

¹⁰⁰ G.U. RESCIGNO, *Comunicazione, comprensione, interpretazione di disposizioni normative*, cit., p. 12, che nota come la disposizione «per essere tale, e non un coacervo di segni senza senso, almeno un significato deve averlo, ed almeno un significato, che fa corpo con le parole usate, lo raggiunge sempre».

consistente la «cornice» dei contenuti ascrivibili al testo¹⁰¹. In base a tali regole, a volte il “senso” è univoco. E, quando non lo è, vi possono essere pochi (o pochissimi: in molte situazioni non più di due) significati diversi e non una varietà infinita di essi, come dimostra l’esperienza applicativa (in dottrina e giurisprudenza) sopra descritta. Una conclusione, questa, che vale soprattutto in rapporto ad una considerazione astratta del contenuto linguistico della disposizione, a prescindere dal caso concreto a cui può essere applicato (che ne potrebbe, al contrario, arricchire il senso o portare ad affermare che l’ipotesi fattuale non trova espressa regolamentazione nella disposizione stessa)¹⁰².

L’esperienza pratica, inoltre, ci suggerisce che le interpretazioni concretamente adottate dai giudici e dai teorici del diritto sono sempre dipendenti dal testo dell’atto normativo (in relazione ad una o più disposizioni). La stessa lettura della norma alla luce dei valori costituzionali è un metodo certamente oggi più diffuso che in passato, ma non ha quel rilievo che alcune teorie tendono ad attribuirgli¹⁰³. La realtà giudiziaria e la stessa analisi delle sentenze edite dimostra che i giudici fanno un uso moderato di questa tecnica. E questo perché valorizzano a volte il tenore letterale univoco o sufficientemente chiaro della disposizione, in coerenza con i limiti enucleati dalla giurisprudenza della Corte costituzionale¹⁰⁴. Oppure in quanto sono restii ad avventurarsi in difficili operazioni ermeneutiche e preferiscono rifugiarsi in una soluzione più semplice del caso concreto, valorizzando soprattutto i precedenti giurisprudenziali e senza ricercare soluzioni innovative basate su una reinterpretazione del testo alla luce dei valori costituzionali. In realtà, l’interpretazione conforme a Costituzione è un metodo spesso utilizzato in presenza di «norme aperte» a contenuto indeterminato (V. SPEZIALE, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento tra “clausole generali”*, cit., pp. 132 ss.) o nelle ipotesi di lacune della legge che devono essere risolte in via interpretativa (G. SORRENTI, *Il giudice soggetto alla legge*, cit., pp. 88 ss.). Mentre, al di fuori di tali casi, non è una tecnica costantemente utilizzata nella attività giudiziaria e cede il passo a metodi più tradizionali.

¹⁰¹ Secondo la definizione di H. KELSEN: v. *retro* nt. 82.

¹⁰² Sulla distinzione tra interpretazione «in astratto» della disposizione e sul rilievo che il caso concreto può esercitare sulla attribuzione di senso rinvio al § 3, testo e nt. 60 ss.

¹⁰³ Si vedano, ad es., le teorie di G. ZAGREBELSKY e P. GROSSI citate *retro* nel § 3.

¹⁰⁴ Cfr., *retro*, § 3, testo e nt. 64.

Questa attenzione dei giudici al testo della disposizione ci fa comprendere che la “creatività” dell’interpretazione – certamente sostenibile nella misura in cui il soggetto “estrae” significati da un insieme di parole – non può mai essere illimitata e, come si è già detto, equiparabile alla libertà del legislatore di “creare” nuove disposizioni, con il solo limite del rispetto dei principi costituzionali¹⁰⁵. Se è vero che «non vi è interpretazione senza un testo da interpretare», è altrettanto indiscutibile che «il diritto nasce dalla combinazione di legislazione (in senso materiale) e interpretazione»¹⁰⁶. Ma proprio l’interazione tra i due elementi esclude che l’interprete possa “inventare” una nuova norma, intesa come creazione totalmente innovativa che prescinda dal contenuto della disposizione e da alcune regole che presiedono alla ascrizione di significato. In sostanza la realtà del diritto – sia nella sua dimensione teorica che in quella giurisprudenziale – dimostra che vi è piena consapevolezza della impossibilità di sostenere «che l’attività interpretativa coincida con l’attività produttiva (creativa) del diritto»¹⁰⁷, in considerazione dei vincoli che il testo pone all’interprete¹⁰⁸.

Tutto risolto allora? Sicuramente no. Non si vuole certo sostenere che l’interpretazione è un processo semplice e lineare. Problemi esistono sempre in relazione a quali canoni interpretativi applicare, alla esistenza o meno di un ordine gerarchico che consenta di risolvere i potenziali conflitti tra essi, alla “autorità” che certi canoni possono esercitare in modo tale da imporne la prevalenza rispetto ad altri, alla definizione del contenuto degli argomenti usati per l’interpretazione e così via. A questi interrogativi si cercherà di dare una risposta in seguito. Qui, per ora, preme sottolineare che il “nichilismo interpretativo” sopra descritto non corrisponde alla realtà. E che esso, al contrario, è espressione di un’ideologia potente: dimostrare che *tutte* le regole sono incerte e “defettibili” e che, quindi, in mancanza di esse, ogni possibile conclusione è giuridicamente accettabile.

¹⁰⁵ M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, cit., pp. 432 ss. Si è giustamente osservato che il giudice «dispone di una discrezionalità che “non è mai assoluta”, ma “limitata” da vincoli sia sostanziali che procedurali» (G. SORRENTI, *Il giudice soggetto alla legge*, cit., p. 117).

¹⁰⁶ R. GUASTINI, *L’interpretazione dei documenti normativi*, cit., p. 263.

¹⁰⁷ M. LUCIANI, cit., p. 432.

¹⁰⁸ Si vedano le osservazioni di M. LUCIANI (cit., p. 433), cit. nel § 3.

5. Il diritto “vivente” delle regole interpretative

Si è già osservato che le (poche) possibili interpretazioni alternative nella dottrina e giurisprudenza derivano da una condivisione delle regole e delle tecniche da parte dei giuristi ed operatori del diritto. L'accordo sulla loro utilizzazione, infatti, limita la “vaghezza” (per usare un termine spesso riferito alle disposizioni) dei metodi applicati. Tutto ciò, peraltro, non esclude molti dei problemi sopra descritti. Si tratta, allora, di verificare se non è possibile individuare un ulteriore criterio che possa essere “socialmente accettato” e consenta di ridurre (e non certo di escludere) la ineliminabile discrezionalità soggettiva dell'interprete. Questo criterio, inoltre, dovrebbe permettere un adeguato controllo sociale delle argomentazioni utilizzate nelle decisioni giurisprudenziali¹⁰⁹. A me sembra che una lettura approfondita della giurisprudenza sulle disposizioni in tema di interpretazione confermi l'esistenza di un vero e proprio “diritto vivente” in materia.

La nozione di diritto vivente¹¹⁰, che trova un autorevole precursore nel pensiero di Ascarelli¹¹¹, è stata già esaminata in precedenza¹¹². Il diritto vivente, secondo la Corte costituzionale, si forma a fronte di orientamenti giurisprudenziali «stabilmente consolidati», «anche se non totalmente univoci», «maggioritari» o in presenza di «un numero elevato» di sentenze e non richiede la uniformità delle interpretazioni. In presenza di numerose decisioni (soprattutto, ma non esclusivamente, della Cassazione) o di orientamenti espressi dalle Sezioni Unite, l'interpretazione adottata di una disposizione è la norma da sottoporre

¹⁰⁹ G. TARELLO (*L'interpretazione della legge*, cit., p. 99): «il controllo sociale sulle decisioni relative all'attribuzione di significato è in grande misura reso possibile dalla accettazione (in una cultura data) di schemi di argomentazione in cui gli operatori dell'interpretazione possono conformarsi».

¹¹⁰ Su tale concetto v., per tutti, C. ESPOSITO, *Diritto vivente, legge e regolamento di esecuzione*, in *GCost.*, I, 1962, pp. 605 ss.; G. ZAGREBELSKY, *La dottrina costituzionale del diritto vivente*, in *GCost.*, 1986, pp. 1148 ss.; ID., *Manuale di diritto costituzionale - Il sistema delle fonti del diritto*, Utet, Torino, p. 89; L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit., pp. 141 ss.; R. BIN, *L'applicazione diretta della costituzione, le sentenze interpretative, l'interpretazione conforme a costituzione della legge*, in *associazionedeicostituzionalisti.it*, 2006, pp. 11 ss.; V. MARINELLI, *Studi sul diritto vivente*, cit., pp. 159 ss. e pp. 171 ss. e gli altri a. da me citati in V. SPEZIALE, *La giurisprudenza del lavoro ed il “diritto vivente”*, cit., p. 634. In tempi più recenti M. LUCIANI, cit., pp. 465 ss.

¹¹¹ T. ASCARELLI, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, in *RDP*, 1957, pp. 351 ss.; ID., *Problemi giuridici*, I, Giuffrè, Milano, 1959, pp. 153 ss.

¹¹² Cfr. *retro* § 2 testo e nt. 22 e ss.

a giudizio costituzionale, anche se essa è molto diversa da quella che, ad una prima lettura, potrebbe sembrare il suo reale contenuto¹¹³. In questi casi, il diritto vivente – che peraltro, come si è detto, introduce un vincolo solo «tendenziale» e lascia al giudice anche la possibilità di tentare una diversa interpretazione¹¹⁴ – esercita una influenza determinante, ed il magistrato che intende discostarsi da esso deve utilizzare «argomenti seri e adeguati»¹¹⁵. Se, rispetto ai normali precedenti giurisprudenziali, vi è, da parte del giudice, un «onere di argomentazione intesa [...] nel senso [...] di argomentazione diretta e puntuale, a sostegno dell'assunto di non pertinenza e/o non correttezza del precedente»¹¹⁶, nel diritto vivente questo dovere di spiegare il proprio dissenso assume un valore particolarmente pregnante e presuppone l'esistenza di «argomentazioni forti»¹¹⁷.

Il diritto vivente delle tecniche interpretative, alla luce della giurisprudenza esistente, è una realtà indiscutibile¹¹⁸. In relazione, ad esempio, al problema del contenuto semantico della espressione “si-

¹¹³ Per l'indicazione delle sentenze della Corte Costituzionale a cui si fa riferimento nel testo rinvio a V. SPEZIALE, *La giurisprudenza del lavoro ed il “diritto vivente”*, cit., pp. 635 ss. La Corte, dopo il 2008, non ha mutato il suo orientamento. Si vedano, ad es., le sentenze 191 e 200 del 2016 (Giurisprudenza costituzionale dell'anno 2016, in *cortecostituzionale.it*, p. 66) o quelle n. 122, 259 e 266 del 2017 (Giurisprudenza costituzionale dell'anno 2017, in *cortecostituzionale.it*, p. 347).

¹¹⁴ V. *retro* § 2, testo e nt. 24. Il principio è stato ribadito di recente da C. Cost. 122/2017, che ha sottolineato come il giudice sia «libero di non uniformarsi e di proporre una diversa esegesi del dato normativo, essendo la “vivenza” di una norma una vicenda per definizione aperta, ancor più quando si tratti di adeguarne il significato a precetti costituzionali» (in *Giurisprudenza costituzionale dell'anno 2017*, in *cortecostituzionale.it*, p. 347).

¹¹⁵ L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit., p. 153.

¹¹⁶ V. MARINELLI, *Studi sul diritto vivente*, cit., p. 282.

¹¹⁷ R. BIN, *L'applicazione diretta della costituzione*, cit., p. 12, in relazione anche al *living law*. Per quanto attiene al precedente della Cassazione, la Corte Suprema ha affermato che «benché non esista nel nostro sistema processuale una norma che imponga la regola dello *stare decisis*, essa costituisce, tuttavia, un valore, o comunque, una direttiva di tendenza immanente nell'ordinamento, (in forza dei quali) non è consentito discostarsi da una interpretazione consolidata del giudice di legittimità, investito istituzionalmente della funzione della nomofilachia, senza forti e apprezzabili ragioni giustificative» (Cass. 31.07.2012, n. 13620; conf. Cass. 13.05.2003, n. 7355). A me sembra che, a fronte di un “diritto vivente” (non solo processuale ma anche di carattere sostanziale) le giustificazioni adottate dal giudice debbano essere ancora più forti.

¹¹⁸ Ho fortemente sviluppato questo tema in V. SPEZIALE, *La giurisprudenza del lavoro ed il “diritto vivente”*, cit., pp. 638 ss. In senso adesivo recentemente O. MAZZOTTA, *Nel laboratorio del giuslavorista*, in *rivistalabor.it*, 2017, p. 19.

gnificato proprio delle parole” contenuto nell’art. 12 delle preleggi vi è, nelle sentenze, «una sostanziale uniformità di opinioni»¹¹⁹. Si afferma, infatti, che con tale locuzione si debba intendere «i) il significato ordinario o usuale delle parole, se si tratta di vocaboli d’uso comune; ii) il significato tecnico-giuridico delle parole, se si tratta invece di vocaboli specificamente giuridici (c.d. vocaboli tecnici), oppure di vocaboli di uso comune che hanno assunto, nel discorso giuridico, uno o più significati specialistici (c.d. vocaboli tecnicizzati)» e, nel caso di «concorso tra più accezioni tecniche e/o tecnicizzate, ovvero tra accezioni d’uso comune e accezioni tecniche di uno stesso vocabolo», il possibile conflitto va risolto «sulla base di considerazioni logiche e sistematiche»¹²⁰.

Inoltre, esiste un diritto vivente uniforme (con precedenti contrari assenti o rarissimi) sul fatto che l’intenzione del legislatore deve essere intesa in senso oggettivo come «volontà obiettiva della legge» e non come volontà od opinioni dei soggetti che concretamente hanno approvato il testo normativo, in un contesto nel quale i lavori preparatori svolgono una funzione secondaria ai fini dell’interpretazione. La «volontà obiettiva della legge» deve essere ricostruita in base al «dato letterale e logico» e si identifica con la *ratio* («i motivi informativi e ispiratori della statuizione legislativa nonché (le) finalità perseguite attraverso essa»). Vi è un diritto vivente non uniforme ma assolutamente preponderante per quanto attiene alla prevalenza del canone della interpretazione letterale su quello della intenzione del legislatore, che può essere utilizzato soltanto quale criterio secondario qualora il significato delle parole non sia chiaro¹²¹. Vi sono anche sentenze secondo le quali le «parole» e «l’intenzione» della legge debbono essere entrambi usate, senza individuare un criterio gerarchico tra i due ca-

¹¹⁹ P. CHIASSONI, *L’interpretazione nella giurisprudenza: splendori e miserie*, cit., p. 20; ID., *Tecnica dell’interpretazione*, cit., p. 151.

¹²⁰ P. CHIASSONI, *Art. 12-14 Disposizioni sulla legge in generale*, in G. ALPA, V. MARICORDA (a cura di), *Codice Civile commentato*, I, Ipsoa, Milano, 2005, pp. 130-131; ID., *Tecnica dell’interpretazione*, cit., pp. 151-152; ID., *L’interpretazione nella giurisprudenza: splendori e miserie*, cit., pp. 20 ss., a cui si rimanda per l’illustrazione delle numerose sentenze.

¹²¹ Nel 2012, si osservava che era «impressionante il numero di pronunce, soprattutto della Sezione Lavoro della Corte di Cassazione che in motivazione fanno espresso riferimento all’art. 12 delle Disposizioni preliminari al codice civile e, in particolare, alla prevalenza del criterio letterale», con indicazione delle pronunce della Suprema Corte (V. NUZZO, *La norma oltre la legge*, cit., p. 18).

noni interpretativi. Esse peraltro sono numericamente molto più ridotte rispetto alle prime e certamente non costituiscono un *living law*.

Sono reperibili moltissime sentenze sulla immediata applicabilità nell'ordinamento interno della interpretazione del diritto comunitario fornita dalla Corte di Giustizia europea e sull'obbligo per il giudice di disapplicare le disposizioni nazionali in contrasto con il primo. Altrettanto indiscutibile è il principio secondo il quale le disposizioni nazionali devono essere interpretate privilegiando «il significato maggiormente conforme al diritto comunitario». Inoltre, in giurisprudenza non vi è alcun dissenso sull'obbligo per i giudici di adottare, a fronte di possibili significati diversi, una interpretazione che sia conforme ai principi ricavabili dalla Costituzione, enucleando un significato che prevalga su quello che lo porrebbe in contrasto con essi. È del tutto pacifico che per le leggi eccezionali e quelle penali sia vietata la interpretazione analogica ma sia ammessa quella estensiva e che quest'ultima debba essere utilizzata per «individuare nel contenuto implicito della norma eccezionale o derogatoria già codificata altra fattispecie avente identità di 'ratio' con quella espressamente contemplata».

Al contrario, altri orientamenti giurisprudenziali, pur riaffermando alcuni principi, non hanno una consistenza quantitativa ed un consolidamento nel tempo tali da poter configurare un vero e proprio diritto vivente. Ad esempio, anche se vi sono decisioni che confermano la prevalenza dell'interpretazione sistematica su quella letterale, altre sostengono il contrario o ritengono che la lettura sistematica delle disposizioni sia un ausilio che può confermare il significato scaturente dalle parole del testo. Le sentenze sulla interpretazione evolutiva (che tengono conto «dello sviluppo storico degli istituti» e prendono in considerazione «nuove esigenze chiaramente maturate nella coscienza collettiva dopo l'emanazione della legge che non troverebbero altrimenti soddisfazione») non sono molte. Lo stesso può dirsi per il canone della interpretazione restrittiva.

L'analisi delle decisioni in tema di interpretazione del contratto collettivo porta a conclusioni analoghe a quelle già descritte¹²².

¹²² Per l'indicazione analitica delle decisioni della Cassazione rinvio a V. SPEZIALE, *La giurisprudenza del lavoro ed il "diritto vivente"*, cit., pp. 639 ss. In questo saggio ho esaminato anche il "diritto vivente" sulle regole interpretative dei contratti collettivi (V. SPEZIALE, *op. ult. cit.*, pp. 641 ss.). La giurisprudenza della Suprema Corte successiva al 2008 non ha modificato i principi illustrati nel testo. In relazione ad alcuni orientamenti, le

6. L'autorità del diritto “vivente” sulla interpretazione e la necessità di regole “a priori” sull'attività interpretativa

Gli orientamenti giurisprudenziali sopra descritti dovrebbero esercitare un'influenza determinante sul Giudice e su chiunque si avvicini ad un testo da interpretare. Essi, tra l'altro, codificano delle tecniche che sono in larga misura introiettate più o meno consapevolmente da giuristi ed operatori del diritto e questa, probabilmente, è una delle ragioni che spiega il numero limitato di interpretazioni alternative proposte da dottrina e giurisprudenza. Inoltre, se si considerano i tanti problemi prima descritti, è evidente che il diritto vivente in materia ne ridimensiona la portata. Ad esempio, la ricostruzione del “senso” del testo normativo in base al linguaggio comune o a quello tecnico (con il rinvio alle ordinarie regole sintattiche o grammaticali o ai “linguaggi” tecnicizzati o dei settori della scienza), la valutazione della “intenzione del legislatore” in senso oggettivo e non soggettivo, il carattere secondario dei lavori preparatori, la necessità di un'interpretazione adeguatrice o conforme rispetto al diritto costituzionale o all'ordinamento comunitario e così via. Questa giurisprudenza fornisce anche un ausilio fondamentale nel risolvere uno dei problemi più controversi: l'esistenza di criteri gerarchici tra i canoni interpretativi. Le sentenze prima descritte escludono la totale “fungibilità ed invarianza” degli argomenti utilizzabili, che consentono di giungere a significati opposti a seconda di quali tra essi vengono applicati. La prevalenza del canone letterale sia per gli atti normativi che per quelli contrattuali fissa un punto fermo che vincola l'interprete e ne riduce la discrezionalità. E ad analoghe conclusioni si giunge per l'obbligo

decisioni dal 2008 in poi non sono molto numerose, come nel caso della nozione di «volontà obiettiva della legge» o in relazione al valore dei lavori preparatori (su cui si veda, peraltro, Cass. 20.03.2014, n. 6514), ma le sentenze già esistenti sono così numerose da consentire la formazione di un *living law*. Mentre, per quanto attiene altri principi – come ad es. la prevalenza del dato letterale, l'interpretazione del diritto europeo da parte della Corte di giustizia quale fonte del diritto, la necessità di adottare una interpretazione adeguatrice del diritto nazionale rispetto a quello della UE ed alla Costituzione e gli altri orientamenti descritti nel testo – la giurisprudenza, negli ultimi 10 anni, si è espressa con numerosissime decisioni, confermando l'esistenza del diritto “vivente” in materia. Sul punto si rinvia anche a V. NUZZO, cit., pp. 15 ss.

dell'interpretazione adeguatrice o conforme o per il divieto di analogia delle leggi eccezionali, perché anche in questi casi si impongono limiti sulle potenziali scelte dei vari canoni interpretativi¹²³.

Il giudice (e qualunque altro lettore) che volesse seguire queste regole si troverebbe in presenza di un "codice" della interpretazione, che individua sia le modalità d'uso (ad esempio prima il criterio letterale, poi quello della intenzione del legislatore; "la volontà obiettiva della legge" prevale sui lavori preparatori ecc.) sia il contenuto dei vari argomenti interpretativi, fornendogli una metodologia di lettura del testo sicuramente idonea a ridurre il margine di arbitrio nella attribuzione di un significato.

La discrezionalità dell'organo giudicante (o dell'interprete), ovviamente, non può essere eliminata in relazione alla formulazione linguistica spesso approssimativa del testo, alla elasticità delle regole grammaticali e sintattiche ed alle molteplici variabili che sono state prima descritte (non ultimi gli "arricchimenti di senso" che nascono dai casi concreti a cui la disposizione deve essere applicata). Tuttavia, l'esistenza di regole interpretative codificate da una giurisprudenza costante circoscrive l'area delle soluzioni giustificabili¹²⁴. Il diritto vivente in materia, dunque, opera in un duplice senso positivo. "Semplifica" l'ambito dei problemi connessi all'interpretazione già descritti in precedenza. Fornisce al giudice (e all'interprete in generale) delle linee guida ben precise che ne orientano l'interpretazione entro confini predefiniti che condizionano gli esiti del processo interpretativo.

Tra l'altro, la necessità di motivare in modo approfondito e con «argomentazioni forti»¹²⁵ le ragioni per cui si intendono utilizzare determinati canoni interpretativi piuttosto che altri aumenta la trasparenza e la verificabilità dell'iter decisionale della sentenza. Con tutte le annesse conseguenze sul "controllo degli organi di impugnazione e anche dell'opinione pubblica"¹²⁶.

¹²³ È evidente infatti che, se astrattamente si pongono all'interprete più soluzioni alternative tutte ugualmente giustificabili, egli è obbligato ad adottare quelle che consentano l'adeguamento al diritto comunitario o alla costituzione. Mentre il divieto di analogia gli inibisce l'uso del c. 2 dell'art. 12 delle preleggi.

¹²⁴ A. ROSS, *On Law and Justice*, Stevens & Sons, London, 1958, p. 153 e gli autori da me citati in V. SPEZIALE, *La giurisprudenza del lavoro ed il "diritto vivente"*, cit., p. 622.

¹²⁵ R. BIN, *L'applicazione diretta della costituzione*, cit., p. 12.

¹²⁶ P. GROSSI, *La invenzione del diritto*, cit., p. 7.

Le riflessioni svolte presuppongono un postulato fondamentale: l'interpretazione deve svolgersi secondo regole già definite «a priori». In sostanza sono fautore di una «metodologia che impone l'adozione di un metodo, a prescindere dal concreto, particolare risultato che si intende conseguire per una concreta, particolare controversia»¹²⁷. Vi è quindi il rifiuto dell'idea secondo la quale «la ricerca della regola non è determinata dal metodo, ma è il metodo ad essere conseguenza della (direzione della) ricerca, dipendendo da ciò che si vuole trovare»¹²⁸. E, a maggior ragione non mi sembra possa essere seguita la tesi del giudice libero di selezionare gli argomenti interpretativi che gli consentono di giustificare a posteriori un'attribuzione di significato che rispecchi le sue opzioni politiche e ideologiche o che operi come arbitro tra interessi confliggenti¹²⁹.

Queste conclusioni, a mio giudizio, si fondano su una pluralità di ragioni, alcune delle quali, tra l'altro, rispecchiano vincoli di diritto positivo. Un primo argomento è di ordine politico costituzionale. La mancanza di regole a priori determina una discrezionalità assoluta dell'interprete ed esclude qualsiasi forma di controllo sociale sull'esercizio della attività giurisdizionale, che è uno dei fondamenti di uno stato democratico. D'altra parte, vi è un'esigenza di razionalità del diritto che impone di non «consegnare il campo dell'argomentazione giuridica al compiacente arbitrio del principio nichilistico del ‘tutto è permesso’»¹³⁰. La riduzione della discrezionalità dell'interprete, poi, rispecchia la finalità «del ruolo di garanzia che lo stato costituzionale di diritto assegna ai giudici ed ai giuristi»¹³¹. Questa funzione è incompatibile con le tecniche interpretative che tutto affidano alla volontà esclusiva dell'organo giudicante (trasformandolo da “garante” a creatore arbitrario del diritto per ogni singolo caso concreto). Senza dimenticare che l'ordinamento codifica delle prescrizioni sull'interpretazione (art. 12 delle preleggi; artt. 1362 ss. c.c. e le altre già richiamate) che certamente non permettono di considerarle...

¹²⁷ P. CHIASSONI, *L'interpretazione nella giurisprudenza*, cit., p. 3. In tal senso anche O. MAZZOTTA, *Nel laboratorio del giuslavorista*, cit., pp. 18-19.

¹²⁸ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 184. Si vedano anche gli autori citati nella nt. 36.

¹²⁹ Cfr. *retro* § 3.

¹³⁰ P. CHIASSONI, *L'interpretazione nella giurisprudenza*, cit., p. 51.

¹³¹ P. CHIASSONI, *op. ult. cit.*, p. 50.

inesistenti, quasi si trattasse di meri suggerimenti e non di disposizioni vigenti e vincolanti anche e soprattutto per i giudici¹³².

Vi è infine un argomento decisivo. Soltanto l'utilizzazione di regole condivise che limitino la discrezionalità dell'interprete può consentire la (relativa) prevedibilità delle decisioni giurisprudenziali e soddisfare l'esigenza di giustizia, «cioè l'esigenza dell'uguaglianza di trattamento di casi oggettivamente uguali»¹³³. L'esistenza di tali regole, infatti, e la garanzia della loro applicazione consentono di affermare che – rispetto ad un caso già deciso che sia simile, nei suoi caratteri essenziali, ad un altro ancora da sottoporre a decisione – vi potrà essere una sentenza di contenuto analogo che realizzi questo imprescindibile bisogno di uguale trattamento. Esse, inoltre, possono consentire la prevedibilità anche di decisioni relative a casi nuovi e mai analizzati. Il che ci riporta alla questione della “certezza del diritto” che certamente – pur nella sua storicità – non può essere considerato come un “vecchio arnese” da mettere in soffitta. Indubbiamente occorre liberare la “certezza” dal suo profilo mitologico, proprio in considerazione del “pluralismo interpretativo”, della varietà delle fonti del diritto e dei valori coinvolti che impediscono la “stabilità” degli orientamenti giurisprudenziali¹³⁴. Tuttavia questo processo non significa escludere che l'ordinamento deve assicurare quantomeno «un grado di tollerabile incertezza»¹³⁵.

7. L'interpretazione del giudice e le dinamiche sociali

La legge, dunque, anche se ha smarrito il suo “primato” e la sua stessa autorevolezza, continua ad assolvere ad un compito essenziale nella Stato costituzionale di diritto. E se è certamente vero che essa ha

¹³² Un vincolo che, per i giudici, acquista un'importanza ancora superiore per effetto proprio del diritto vivente sulle regole interpretative.

¹³³ L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit., p. 62. Esigenza di giustizia che l'autore qualifica giustamente come “fondamentale”.

¹³⁴ V. SPEZIALE, *La giurisprudenza del lavoro ed il “diritto vivente”*, cit., p. 645. Si è osservato che «la frantumazione delle fonti, il pluralismo sociale ed etico, la crisi della politica, la perdita di prescrittività del linguaggio normativo amplificano la gamma delle oscillazioni giurisprudenziali e riducono sensibilmente la prevedibilità del diritto» (G. SORRENTI, *Il giudice soggetto alla legge*, cit., p. 114).

¹³⁵ L. MENGONI, *Diritto e valori*, Il Mulino, Bologna, 1985, p. 53. In senso adesivo O. MAZZOTTA, *Nel laboratorio del giurista*, cit., p. 14.

perso terreno rispetto al diritto giurisprudenziale, è tuttavia evidente che svolge ancora una funzione fondamentale. Tale ruolo è stato limitato da alcune teorizzazioni, ma è ancora ben presente nella esperienza concreta della giurisdizione.

La soluzione da me proposta si basa su una valorizzazione delle disposizioni in tema di interpretazione della legge e sulla giurisprudenza che si è formata su di essa. Si è obiettato, peraltro, che queste norme non sarebbero idonee a consentire il continuo adeguamento del diritto alle esigenze della società. Esse, infatti, sono espressione di un'epoca ormai definitivamente tramontata e caratterizzata dalla scarsa dinamicità.

Oggi la società è frammentata nelle sue componenti economiche e sociali, divisa negli orientamenti e nei valori, soggetta a continui mutamenti. Questa realtà determina un processo di cambiamento continuo che produce una rapida obsolescenza delle disposizioni normative. Le tecniche di interpretazione codificate dalla tradizione giuridica e/o dal diritto positivo, nella misura in cui sono finalizzate ad applicare in concreto una «volontà giuridica» espressa dalla legge o da altre fonti, tendono a perpetuare la rigidità delle norme esistenti, impedendo di cogliere i mutamenti sociali del substrato materiale a cui fa riferimento la regola giuridica¹³⁶. La soluzione di questo problema andrebbe rinvenuta nelle nuove funzioni attribuite al giudice in sede di interpretazione. Invece di affidare al legislatore il «compito insopportabile di incessante modificazione del diritto vigente»¹³⁷, è il magistrato che procede all'adeguamento costante della disposizione «generale ed astratta» alla realtà. E questo avviene, in sede di interpretazione, ascrivendo alla fonte tutti quei significati ulteriori che scaturiscono dall'adattamento della regola giuridica «alle esigenze, diacronicamente mutevoli, della vita sociale»¹³⁸. In questo contesto si è parlato del giudice come «avamposto della ricezione delle domande emergenti nel vivere sociale»¹³⁹. Le tesi esposte richiamano una «ideologia dinamica» dell'interpretazione, che affida al giudice il compito di un continuo adattamento delle regole giuridiche alle esigenze della vita

¹³⁶ Ho già accennato a tale aspetto *retro* nel § 2.

¹³⁷ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 203.

¹³⁸ P. CHIASSONI, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, cit., p. 117. Si vedano anche le osservazioni di P. GROSSI, *La invenzione del diritto*, cit., p. 4, cit. nel § 2.

¹³⁹ G. SORRENTI, *Il giudice soggetto alla legge*, cit., p. 68.

sociale, esaltandone la funzione di creazione del diritto¹⁴⁰. Esse sembrano svalutare l'importanza della certezza del diritto e della prevedibilità delle decisioni giudiziarie che, come ho cercato di spiegare, conservano a mio giudizio una loro validità ed attualità¹⁴¹.

Non vi è dubbio, peraltro, che la ricostruzione sopra descritta coglie una realtà (quella della contraddizione tra «fissità» delle regole giuridiche e dinamica sociale) che certamente non può essere trascurata. Tuttavia occorre rilevare che alla trasformazione incessante della società corrisponde un altrettanto rilevante processo di legificazione, con l'emanazione continua di regole giuridiche. Ed anzi, proprio perché si è in presenza di un costante processo di produzione normativa, al giudice si chiede di applicare rigorosamente il diritto vivente delle regole interpretative (legali e contrattuali) senza alcuna necessità di svolgere una funzione di «supplenza giudiziaria» finalizzata a realizzare un raccordo tra regola obsoleta e mutamento della realtà. In questa ipotesi, in definitiva, il compito del magistrato è quello di adeguare la norma generale ed astratta al “caso”, con un'opera di concretizzazione importante ma certo non equiparabile a quella in cui la regola giuridica sia del tutto assente¹⁴².

La situazione, tuttavia, può essere diversa in presenza di discipline giuridiche risalenti nel tempo che potrebbero richiedere quel processo di adeguamento alle nuove realtà di cui si è parlato. In queste ipotesi il diritto vivente delle regole interpretative può essere applicato, anche se un rilievo particolare può assumere l'interpretazione evolutiva¹⁴³. Rilievo che, peraltro, nel caso in cui si ponga in evidente contrasto con i canoni di interpretazione fondamentali (testo della legge, *ratio*, ecc.) imporrà una adeguata motivazione.

A parte le singole situazioni, comunque, si tratta di comprendere in che modo il contesto sociale debba influenzare il processo interpretativo. Si è detto che «il diritto non si riduce affatto alle norme (= regole

¹⁴⁰ Cfr. *retro* § 2 e 3. Ho approfondito questi aspetti in V. SPEZIALE, *La giurisprudenza del lavoro ed il “diritto vivente”*, cit., p. 628.

¹⁴¹ Mi sembra che i principi indicati nel testo, tra l'altro, siano strettamente funzionali alla coesione sociale che, in una società di per sé già fortemente disgregata, assume un ruolo fondamentale.

¹⁴² Su tali aspetti rinvio al § 3, testo e nt. 60 ss.

¹⁴³ Sull'interpretazione evolutiva cfr. la parte finale del § 5. Le parole contenute nel testo, tra parentesi, sono ascrivibili le prime a C. cost. 23 aprile 1998, n. 140 e le seconde a Cass. 27 mar. 1992, n. 3793. Su tali concetti v. anche Cass. 13.05.1971, n. 1378; Cass.12.03.1973, n. 677; Cass. 3.01.1984, n. 7.

di condotta), né alla ‘forma’, ma include anche le relazioni fra i soggetti sociali, i rapporti di potere, i valori e principi storicamente condivisi, l’esperienza giuridica (in primo luogo giudiziale): insomma la vita sociale. In breve, la società con le sue caratteristiche e la sua complessità, non scompare quando compare il diritto. Di modo che, pur mantenendo ben ferma l’idea che le disposizioni giuridiche sono ‘poste’ dal costituente e dai legislatori (...) si ritiene che l’interpretazione di quelle disposizioni non possa essere limitata ad un’operazione di ricerca o di deduzione logico linguistica, ma debba essere completata da un’analisi delle conseguenze sociali, dell’esperienza giurisprudenziale, del sentimento dei valori diffuso dalla comunità, nei costumi e così via»¹⁴⁴.

Un giurista del lavoro non può non essere particolarmente sensibile ai «rapporti sociali e di potere» che costituiscono *l’humus* naturale di una disciplina profondamente radicata nella realtà e che vede una interazione continua tra dinamiche economiche, organizzative e sociali e produzione del diritto. Tale situazione, peraltro, è comune anche ad altri settori del diritto, anch’essi condizionati, alcuni in misura maggiore di altri, dalle caratteristiche descritte.

L’influenza di questa interazione, in un’ottica giuridica e non sociologica, condiziona il processo interpretativo in una duplice dimensione. La prima, quella “forte”, deriva dalla incorporazione nel diritto positivo dei valori prodotti dalle dinamiche sociali, quando si sono tradotti in disposizioni delle fonti comunitarie, della legge o di altre fonti normative, oppure quando trovano riscontro nella Costituzione o nei Trattati europei. In questi casi il giudice dovrà utilizzare tali valori come “fonte positiva” della sua interpretazione e dovrà argomentare rigorosamente – ed in base al diritto vivente in materia – la loro utilizzazione o la sua volontà di non applicarli. La seconda dimensione, quella “debole”, deriva dalla influenza che la realtà sociale esercita sulle tecniche di interpretazione. Essa, in questa ipotesi, interviene sulla individuazione del “senso” da attribuire ad una disposizione in relazione alla ricostruzione della *ratio* di una particolare normativa, all’analisi delle conseguenze sociali derivanti dall’applicazione di una regola, alla coerenza con i valori fondamentali dell’ordinamento giuridico e così via.

¹⁴⁴ A. BALDASSARRE, *Una risposta a Guastini*, cit., pp. 13-14.

Tuttavia, questa seconda realtà non può diventare quella dominante, tanto da porre in secondo piano il diritto positivo nella sua ampia accezione, inclusiva dei valori contenuti nella Costituzione o in fonti analoghe o superiori. Pertanto, per evitare che il giudice diventi “l’unico legislatore” e che il riferimento ai rapporti sociali ed ai valori diffusi diventi, filtrato dalle convinzioni personali e precomprensioni, il criterio principale, se non esclusivo, del processo ermeneutico, è necessario che l’interpretazione sia governata da regole. Esse devono avere una forza stringente che sia in grado di limitare efficacemente l’includibile funzione creativa e di apertura alla società svolta dal giudice, ricordando ad esempio che, pur con tutte le sue ambiguità semantiche, «il rispetto del testo (è)... un limite invalicabile della medesima attività interpretativa»¹⁴⁵.

Il diritto vivente delle regole ermeneutiche può assolvere a questo scopo, con un vincolo che, come si è già spiegato è più forte di quello esercitato dalla semplice esistenza di disposizioni sulla interpretazione. Questo *living law* ha la finalità di evitare che le sentenze si trasformino in atti di pura “volontà individuale”, del tutto estranei alle fonti di produzione del diritto ed alla stessa razionalità complessiva del sistema definita da valori e principi consensualmente posti ed incorporati in norme dell’ordinamento giuridico.

Avevo già espresso queste tesi in un lavoro di 10 anni fa¹⁴⁶. A distanza di tanto tempo sono ancora più convinto di quanto sostenevo. E va detto che l’esperienza concreta della giurisprudenza nel decennio trascorso, pur se caratterizzata da una maggiore instabilità dei propri orientamenti e della conseguente minore “certezza” e prevedibilità delle decisioni, dimostra spesso – anche se non sempre – una attenzione alle regole interpretative codificate da una lunga tradizione giuridica e dalle disposizioni in materia. Non sembra dunque che l’accresciuto peso del diritto giurisprudenziale abbia determinato quel “rovesciamento” nel rapporto gerarchico tra legge e giurisdizione che già molti anni fa (ma anche oggi) veniva ritenuto come inevitabile e, soprattutto, auspicabile. In tale contesto, la continuità degli orientamenti giurisprudenziali che si sono formati su tali norme – con l’autorevolezza di un vero e proprio diritto vivente – svolge un ruolo

¹⁴⁵ A. BALDASSARRE, cit., p. 34.

¹⁴⁶ V. SPEZIALE, *La giurisprudenza del lavoro e il “diritto vivente”*, cit., pp. 613 ss. e pp. 654 ss.

fondamentale sotto un duplice profilo. Riduce – senza eliminarla – la naturale discrezionalità del giudice e impone un onere di motivazione adeguata che consenta di comprendere le ragioni di una certa ascrizione di senso ad un testo normativo.

ABBREVIAZIONI:

Digesto civ: Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile

DLRI: Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali

DP: Diritto pubblico

Enc.dir - Annali: Enciclopedia del diritto - Annali

GCost: Giurisprudenza costituzionale

GI: Giurisprudenza italiana

LD: Lavoro e diritto

MSCG: Materiali per una storia della cultura giuridica

RCDP: Rivista critica di diritto privato

RDP: Rivista di diritto processuale

RIDL: Rivista italiana di diritto del lavoro

RTDPC: Rivista trimestrale di diritto e procedura civile



Costituzionalismo.it

Fondatore e Direttore dal 2003 al 2014 Gianni **FERRARA**

Direzione

Direttore Gaetano **AZZARITI**

Vicedirettore Francesco **BILANCIA**

Giuditta **BRUNELLI**

Paolo **CARETTI**

Lorenza **CARLASSARE**

Elisabetta **CATELANI**

Pietro **CIARLO**

Claudio **DE FIORES**

Alfonso **DI GIOVINE**

Mario **DOGLIANI**

Marco **RUOTOLO**

Aldo **SANDULLI**

Dian **SCHEFOLD**

Massimo **VILLONE**

Mauro **VOLPI**

Comitato scientifico di Redazione

Alessandra **ALGOSTINO**, Gianluca

BASCHERINI, Marco **BETZU**,

Gaetano **BUCCI**, Roberto

CHERCHI, Giovanni **COINU**,

Andrea **DEFFENU**, Carlo

FERRAJOLI, Marco

GIAMPIERETTI, Antonio

IANNUZZI, Valeria **MARCENO'**,

Paola **MARSOCCI**, Ilenia **MASSA**

PINTO, Elisa **OLIVITO**, Laura

RONCHETTI, Ilenia

RUGGIU, Sara **SPUNTARELLI**,

Chiara **TRIPODINA**

Redazione

Elisa **OLIVITO**, Giuliano **SERGES**,

Caterina **AMOROSI**, Alessandra

CERRUTI, Andrea **VERNATA**

Email: info@costituzionalismo.it

Registrazione presso il Tribunale di Roma

ISSN: 2036-6744 | Costituzionalismo.it (Roma)