



Università degli Studi di Catania
Facoltà di Giurisprudenza

Valerio Speciale

La giurisprudenza del lavoro ed il 'diritto vivente' sulle regole interpretative

WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT - 82/2009



© Valerio Speciale 2009
Facoltà di Economia – Università di Chieti-Pescara
valeriospeziale@libero.it

ISSN – 1594-817X
Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo “Massimo D’Antona”
Via Crociferi, 81 – 95124 Catania (Italy)
Tel: + + 39 095 230464 – Fax: + +39 095 313145
centrostudidantona@lex.unict.it
www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/presentazione

La giurisprudenza del lavoro ed il 'diritto vivente' sulle regole interpretative*

Valerio Speciale
Università degli studi di Chieti-Pescara

| | |
|---|----|
| 1. La giurisprudenza oggi e l'uso delle tecniche interpretative | 2 |
| 2. La crisi delle tecniche interpretative | 5 |
| 3. La «libertà» del giudice nella applicazione della legge | 9 |
| 4. L'art. 12 delle preleggi ed il dibattito sulla interpretazione | 12 |
| 5. Il «nichilismo interpretativo»: critica | 20 |
| 6. Il «diritto vivente» e l'interpretazione | 26 |
| 7. Le regole sull'interpretazione introdotte dal «diritto vivente» .. | 30 |
| 8. L'«autorità» del diritto vivente sulla interpretazione e la necessità di regole «a priori» sulla attività interpretativa..... | 35 |
| 9. L'applicazione delle tecniche interpretative in alcune sentenze | 39 |
| 10. Il giudice come «legislatore di ultima istanza»: critica | 47 |
| 11. Le regole sull'interpretazione e le dinamiche sociali | 49 |
| Riferimenti bibliografici | 53 |
| Abbreviazioni..... | 58 |

* Questo saggio sarà pubblicato sul n. 120/4/2008 del *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*. L'articolo è una ampia rielaborazione della relazione tenuta nel Convegno *L'interpretazione nella giurisprudenza*, che si è svolto a Pescara il 12 e 13 giugno 2008 e che è stato organizzato dal *Giornale* e dal Dipartimento di Scienze Giuridiche della Facoltà di Economia.

1. La giurisprudenza oggi e l'uso delle tecniche interpretative

Non vi è dubbio che negli ultimi anni gli orientamenti giurisprudenziali hanno acquisito un'importanza sempre maggiore e condizionano in misura superiore al passato il dibattito giuridico, politico e sociale. Il rilievo crescente della giurisprudenza non è soltanto quantitativo, come attesta l'aumento esponenziale delle sentenze della Cassazione rispetto agli anni '80 e '90, ma anche qualitativo. Questa realtà non dipende soltanto dall'aumento della regolamentazione legislativa (a tutti livelli, centrali e locali) e normativa in genere (regolamenti, atti amministrativi «generali», contratti ed accordi collettivi ecc.). L'incremento regolativo è certamente importante, perché determina una espansione dei diritti individuali e collettivi, amplia la «giustiziabilità» delle situazioni concrete ed enfatizza il ruolo di mediazione sociale del giudice nel momento in cui interpreta ed applica le disposizioni. E non è un caso che la stampa, proprio per il ruolo più significativo svolto dalle sentenze sulla vita quotidiana dei cittadini, dedica ampio spazio alle decisioni più eclatanti. La giurisprudenza, tuttavia, svolge un ruolo sempre più rilevante anche in mancanza di fonti normative espresse o con la reinterpretazione in senso evolutivo di normative esistenti. In relazione al primo aspetto è sufficiente pensare che la «supremazia» del diritto comunitario su quello nazionale ed 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 espresse che regolino la materia¹. Mentre, per quanto attiene, ad esempio, ai confini del danno risarcibile, la Corte Costituzionale e la Cassazione, a normativa invariata, hanno esteso in modo rilevante i limiti e le tipologie dei danni non patrimoniali. Molti altri esempi si potrebbero fare, anche in relazione alla giurisprudenza del lavoro (come dimostrano, ad esempio, gli orientamenti della Corte Costituzionale e della Cassazione in materia di licenziamento disciplinare ed applicazione dell'art. 7 dello statuto dei lavoratori).

Lo studioso del diritto del lavoro è certamente meno sorpreso di quanto sta accadendo. La sua materia, infatti, da sempre è fortemente condizionata dalla giurisprudenza. Basta pensare al diritto sindacale, dove, in alcuni casi la disciplina si basa su un complesso ed articolato

¹ Qui 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.

diritto giurisprudenziale emanato in assenza totale di regole legislative, o con l'adattamento di norme pensate per contesti giuridici completamente diversi. Si consideri, ad esempio, lo sciopero nel settore privato che si fonda soltanto sull'art. 40 Cost. e sulla giurisprudenza costituzionale e ordinaria. Oppure le disposizioni del codice civile relative ai contratti collettivi di diritto corporativo, che erano fonti del diritto e che sono state reinterpretate ed applicate dai giudici ai contratti collettivi attuali generalmente considerati come espressione di autonomia privata collettiva. Si pensi, in particolare, alla giurisprudenza (ormai superata) sull'art. 2070 c.c.² o a quella sull'art. 2077. Analoghe considerazioni possono essere estese anche al diritto del rapporto individuale di lavoro, in tema, ad esempio, di «giusta retribuzione» ai sensi dell'art. 36 Cost. o, in tempi più recenti, per la qualificazione del licenziamento per giustificato motivo oggettivo quale *estrema ratio*. Tuttavia il lavorista, anche se più abituato alla influenza e dinamicità del diritto giurisprudenziale, non può non essere stupito di quanto sta accadendo.

Vi è in primo luogo una evidente instabilità degli orientamenti giurisprudenziali. Rispetto al passato, i contrasti sono notevolmente aumentati e stentano a consolidarsi in un orientamento uniforme. Il fenomeno si registra tra i giudici di merito e nella Sezione Lavoro della Cassazione, che, seppure unica nella struttura, esprime giudizi assai diversi a seconda dei magistrati che la compongono. Anche la funzione delle Sezioni Unite sembra essersi affievolita. Sentenze pensate per mettere un punto fermo su materie contrastate vengono subito (o quasi subito) immediatamente smentite dalla stessa Corte suprema o dai giudici dei diversi gradi di giudizio, in molti casi senza neanche dare conto della esistenza di un precedente che – anche se non vincolante da un punto di vista strettamente giuridico – dovrebbe quantomeno essere preso in considerazione per motivare per quale ragione non lo si voglia seguire. L'impressione è quella di un generale «affievolimento» dell'autorità 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 la forma di una motivazione che spieghi il perché si intenda non aderire ad un certo orientamento).

L'insoddisfazione è ancora maggiore se si analizzano le argomentazioni utilizzate nelle sentenze. In alcuni casi la motivazione è così carente (ridotta in poche righe che nulla, o quasi, dicono sulle ragioni

² L'applicabilità dell'art. 2070 c.c. ai contratti collettivi di diritto comune è stata negata dalla Cassazione soltanto dalla metà degli anni novanta (Cass., S.U., 26.3.1997 n. 2665, GC, 1997, I, 1999 e molte altre successive).

in base alle quali si è giunti ad una certa conclusione), da sollevare il dubbio che si possa considerare rispettato il canone costituzionale dell'obbligo di motivare i provvedimenti giurisdizionali (art. 111, c. 6, Cost.). In altre decisioni si nota una mancanza di coerenza interna nelle giustificazioni adottate (che appaiono logicamente deboli o contraddittorie), o fondate su argomenti del tutto opinabili. L'insoddisfazione non è relativa ai contenuti delle decisioni. Questi ultimi sono sempre discutibili e dipendono da tante diverse variabili (tra cui le capacità, le conoscenze e le opzioni di valore da cui ciascun giurista è influenzato). Il rilievo negativo più evidente è la carenza nell'uso delle regole interpretative.

Le sentenze si riferiscono a casi concreti che nascono dall'applicazione di testi normativi espressi in fonti legali o in atti contrattuali. Il giurista o l'operatore del diritto si attenderebbero che il giudice, quando interpreta questi testi per risolvere la controversia, lo faccia utilizzando delle regole che, oltre ad essere racchiuse in disposizioni di legge (art. 12 delle disposizioni preliminari al c.c.; artt. 1362 ss. c.c.), sono in qualche misura parte del suo bagaglio culturale. Tra queste ad esempio la formulazione letterale della disposizione (pur in tutte le sue possibili variabili di senso connesse alla «elasticità e vaghezza» del linguaggio), la *ratio* perseguita dal legislatore, la lettura sistematica dell'enunciato normativo nel contesto di altre disposizioni e così via. Su queste regole, che sono fonte di accese discussioni, si tornerà in seguito. Il problema è che di esse, in molte sentenze, non vi è traccia alcuna e questo nonostante vi sia una rilevante quantità di precedenti giurisprudenziali proprio sulle tecniche interpretative. Inoltre, le regole sull'interpretazione sono usate in modo del tutto peculiare, almeno rispetto alla «tradizione» ed alle aspettative del giurista. Ad esempio, in molte decisioni si nota una vera e propria insofferenza per il testo della disposizione, la cui interpretazione avviene a prescindere dalla formulazione letterale, nonostante l'importanza fondamentale di questo canone interpretativo e senza argomentare il perché di questa esclusione. Oppure il giudice enfatizza un dato secondario, ad esempio una certa interpretazione suggerita da una circolare ministeriale, e non spiega per quale ragione questo elemento debba prevalere su una pluralità di altre regole che porterebbero ad una conclusione completamente diversa. Ovviamente non è possibile generalizzare, perché vi sono anche numerose decisioni molto accurate sia nella motivazione che nell'uso delle regole interpretative³.

³ Per l'analisi della giurisprudenza in materia v. *infra* § 9.

Semberebbe che, nei casi sopra criticati, la giurisprudenza utilizzi 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»⁴. Oppure esse sarebbero espressione del «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 arbitrari tra interessi confliggenti; ciò che conta è la giustizia sostanziale del caso concreto, non gli argomenti che possono essere adottati per giustificare le decisioni...»⁵. Se così fosse, saremmo in presenza di metodi interpretativi assai lontani da quelli che appartengono al bagaglio culturale tradizionale del giurista e che, tra l'altro, sembrano configurare una radicale alterazione del rapporto tra fonti normative ed attività del giudice. Quest'ultimo non «applicherebbe» la legge, ma «creerebbe» di volta in volta «il diritto» necessario a risolvere il caso concreto.

Le questioni sono ovviamente assai complesse. Non pretendo di fornire una spiegazione certa e tanto meno una soluzione. Il mio scopo, assai più modesto, è quello di aiutare a comprendere i problemi sollecitati da questi orientamenti giurisprudenziali ed esprimere alcune riflessioni su questi temi.

2. La crisi delle tecniche interpretative

La crisi delle tecniche di interpretazione può trovare spiegazione in molteplici fattori. Si prendano, ad esempio, due «argomenti interpretativi» essenziali che sono codificati nell'art. 12 delle disposizioni preliminari del codice civile: l'interpretazione letterale (il senso della legge fatto palese «dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse») e «l'intenzione del legislatore». Questi canoni interpretativi sono stati lungamente analizzati e se ne è rilevata la indeterminatezza e la possibilità di utilizzare, con lo stesso nome, tecniche diverse⁶. Tralasciando per adesso questi problemi, va detto che certamente le modifiche intervenute nel contesto sociale e giuridico e nella formulazione dei documenti normativi hanno reso più problematica la loro utilizzazione.

È difficile, ad esempio, pensare che la «lettera» del testo possa avere un valore determinante a fronte della diffusione di norme «aperte» o di clausole generali che affidano al giudice il compito di determinarne

⁴ Chiassoni 2008, 3. Sul concetto di «direttive interpretative» v. *infra* § 4.

⁵ Chiassoni 2008, 3.

⁶ V. *infra* § 4.

l'effettivo contenuto e che sono prive di una formulazione linguistica dettagliata⁷. Si pensi alle nozioni di giusta causa o giustificato motivo o alle «comprovate ragioni tecniche, organizzative» che consentono il trasferimento del lavoratore⁸.

In relazione sempre al canone della lettera della legge, si è già osservato «il degrado del linguaggio tecnico giuridico e, in generale, dell'arte di fare le leggi» e la perdita, nel linguaggio comune, del «rigore lessicale e sintattico»⁹. Tra l'altro 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. Senza dimenticare, inoltre, che, nel diritto del lavoro, molte leggi formalizzano il contenuto di accordi collettivi tra le parti sociali, con il vincolo di non cambiare le espressioni contenute nel testo contrattuale, che spesso sono ambigue perché esprimono un delicato compromesso tra interessi confliggenti¹⁰. In sostanza, «aumentano le variabili interpretative e le lacune dei testi legali. Di qui la frequente necessità di ricorrere ad argomenti di logica delle preferenze per giustificare la scelta dell'una o l'altra delle interpretazioni possibili o dell'uno o l'altro dei progetti ermeneuticamente proponibili di decisione dei casi non previsti»¹¹.

I fenomeni indicati, ovviamente, rendono anche più difficile l'individuazione della «intenzione del legislatore», sia nella sua variante soggettiva (la volontà di coloro che hanno predisposto materialmente la legge), sia in quella oggettiva (la *ratio* della disposizione quale scaturisce dal suo esame e dalle finalità perseguite)¹².

Anche il criterio dell'interpretazione sistematica, che costituisce una delle tecniche più tradizionali, è messo in crisi dai fenomeni sopradescritti. Questa regola, come è noto, presuppone una lettura della disposizione nel contesto in cui si colloca e si fonda sulla «presunzione di coerenza (assenza di antinomie) e congruenza (assenza di disarmonie

⁷ Mengoni 1996, 98; Id. 1986, 9 ss.; Zagrebelsky 1992a, 186 – 187; Di Majo 1984, 540 ss.; Castronovo 1986, 25; Guarneri 1988, 403 ss.

⁸ Lo stesso può dirsi per le «ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo e sostitutivo, anche se riferibili all'ordinaria attività del datore di lavoro» connesse al contratto a t. determinato.

⁹ Mengoni 1996, 97

¹⁰ In questi casi a volte l'ambiguità è voluta, perché solo in tale modo si trova un accordo con un testo che lascia aperte diverse interpretazioni che ciascuno dei contraenti farà propria e cercherà poi di imporre nella prassi applicativa. Si rinvia, su tali aspetti a Guerra 2008, 8; Vidiri 2003, 88.

¹¹ Mengoni 1996, 98.

¹² Su tali aspetti v. *infra* § 4.

assiologiche) dell'ordinamento giuridico»¹³. La «caoticità» della produzione legislativa e l'affastellarsi di testi che rispecchiano logiche e valori diversi (frutto di delicati equilibri politici) rendono sempre più difficile leggere una normativa alla luce della sua coerenza e congruenza¹⁴.

Ma la «sofferenza» dei canoni interpretativi tradizionali si lega anche a fenomeni strutturali di cambiamento della realtà sociale e del diritto. In primo luogo il mutamento della stessa concezione dell'interpretazione. Nel positivismo ottocentesco il giudice era la «bocca della legge» che si limitava a «scoprire» il significato - voluto dal legislatore - di disposizioni che avevano un senso preciso ed erano espressioni di valori stabili e coerenti¹⁵. Questa funzione dell'interpretazione, che corrispondeva ad un modello del tutto astratto ed irrealistico anche nell'epoca in cui fu ideata, è stata radicalmente messa in discussione da importanti cambiamenti politici e sociali e dalla

¹³ Guastini 2004, 167. Sull'interpretazione sistematica v. *infra* testo e nt. 64.

¹⁴ Da questo punto di vista le recenti riforme sul contratto a termine sono un caso paradigmatico. Dopo i contrasti insorti sull'art. 1 del d.lgs. 368/2001 in relazione al carattere temporaneo o meno della causale, il legislatore del 2007 ha inteso rafforzare la prima interpretazione con l'aggiunta del c. «01» («il contratto di lavoro subordinato è stipulato di regola a tempo indeterminato»). Pochi mesi dopo, il nuovo governo non ha modificato il testo prima indicato, pur riformando la materia con la legge 133/2008. Tuttavia, la nuova normativa ha introdotto, alla fine del c. 1, un inciso («anche se riferibili all'ordinaria attività del datore di lavoro»), che, soprattutto se letto con la espressione simile prevista per la somministrazione di mano d'opera, ha chiaramente la finalità di rendere «più flessibile» la disciplina. A mio giudizio, in sede di interpretazione sistematica, è possibile attribuire alla disposizione un significato che conferma le esigenze temporanee. Non vi è dubbio, peraltro, che, nel medesimo art. 1, sono presenti espressioni diverse, ispirate a differenti opzioni di politica del diritto, che sicuramente non facilitano una lettura «coerente e congruente».

¹⁵ Ho usato nel testo l'espressione «positivismo ottocentesco» per definire «la teoria del diritto dominante nel secolo XIX: quel modo di vedere secondo cui (...) un ordinamento giuridico è un insieme di norme completo e coerente, l'interpretazione del diritto è un atto di conoscenza (non di volontà), la sua applicazione è logico - deduttiva» (Guastini 2007, 2, che, riprendendo le tesi di Norberto Bobbio, qualifica questa teoria come «positivismo teorico»). Va detto, peraltro, che il termine «positivismo» racchiude diversi significati (che riflettono differenti teorie del diritto). Si tratta infatti «di una intera tradizione di pensiero che copre più di due secoli e comprende un gran numero di teorie spesso tra di loro configgenti anche su questioni centrali» (Civitaresse Matteucci 2006a, 703). Mi pare, peraltro, che sulle caratteristiche del positivismo nato alla fine del secolo XIX vi sia concordanza nell'attribuirgli le caratteristiche sopra indicate. Sul positivismo giuridico e sulle polemiche sorte, anche di recente, sul tema (dovute in parte anche al saggio di Baldassarre 2005), oltre agli autori citati, si rinvia a Scarpelli U. 1965, Bobbio 1965, Civitaresse Matteucci 2006b, 66 ss., Baldassarre 2007 (con ulteriori indicazioni bibliografiche).

stessa evoluzione degli studi sull'interpretazione. Oggi è diffusa l'idea che il testo della legge (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. Il giudice, in sostanza, non scopre - tramite sillogismi «automatici»¹⁶ - un significato già esistente, ma lo «crea» attraverso l'interpretazione, anche se, ovviamente, vi è ampia discussione sui limiti e sui contenuti di tale attività creativa¹⁷. E, per comprendere come questa concezione rappresenti un «comune sentire», basta ricordare che il Presidente della Corte Costituzionale, in tempi recenti, 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»¹⁸.

Questa attività creativa, ovviamente, esalta la discrezionalità del giudice, che, in una società «aperta», caratterizzata dal pluralismo dei valori «ed in cui gli stessi valori costituzionali sono variamente interpretati e soppesati», sarà chiamato ad un'opera di «bilanciamento di beni e di interessi, soppesando vantaggi e svantaggi, secondo diversi punti di vista, delle varie soluzioni ipotizzabili»¹⁹. E non a caso si è affermato che «la causa dell'incertezza nei 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»²⁰. Senza dimenticare inoltre che, in questa opera di bilanciamento e concretizzazione della legge, il giudice è direttamente investito del potere di verificare se e in che misura i principi della Costituzione (o dell'ordinamento comunitario) siano direttamente coinvolti con il caso da decidere²¹, in coerenza con una evoluzione dell'ordinamento che enfatizza il ruolo di «valori metalegislativi»²²

¹⁶ Mengoni 1996, 69; Baldassarre 2007, 5.

¹⁷ V. *infra* nel testo.

¹⁸ Chieppa 2003, 3180.

¹⁹ Mengoni 1996, 97 e 98.

²⁰ Zagrebelsky 1992a, 201. Si tratta di un'opinione assai diffusa. Si vedano, tra gli altri, Marinelli 2008, 45 ss.; Baldassarre 2007, 41 ss. 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» (Chiassoni 2007, 144 - 145).

²¹ Il principio è ormai consolidato nel nostro ordinamento. Si rinvia sul tema, tra gli altri, a Onida 1977, 537, 593; Paladin 1996, 110 ss. (con ulteriori indicazioni bibliografiche); Malfatti, Panizza, Romboli 2003, 313 ss.; Romboli 2002, 249 ss.; Romboli 2006, 6 ss.; Bin 2006 11 ss.; Nogler 2007, 597.

²² Mengoni 1996, 39.

incorporati nei testi costituzionali quali strumenti di controllo assiologico del diritto positivo. Questi mutamenti «rendono sempre meno rispondente alla realtà la figura del giudice politicamente irresponsabile, vincolato a una decisione già programmata da una specifica previsione normativa formulata in termini condizionali (se x, allora y). Oggi il giudice deve frequentemente integrare la fattispecie normativa o trovare da sé la regola di decisione..»²³.

È evidente che in questo contesto il giudice mal sopporti l'esistenza di regole interpretative (come quelle codificate nell'art. 12 delle preleggi) che limitano la sua discrezionalità e tende a fondare la propria decisione anche *contro* di esse, nella misura in cui queste ultime non riflettano quella funzione di mediazione sociale continua che la società contemporanea sembra affidargli²⁴. Inoltre, in questo nuovo ambiente, le ideologie che permeano la società sottopongono il giudice, che non si sente più vincolato alla «sacralità» del testo normativo ed alla volontà del legislatore, a tensioni meta giuridiche che influenzano le sue decisioni e alimentano «l'insofferenza» verso canoni interpretativi rigidi.

3. La «libertà» del giudice nella applicazione della legge

La situazione sopra delineata implica necessariamente la rinuncia a qualsiasi pretesa di trovare delle regole generali e condivise che governano l'interpretazione? La domanda non è retorica ed anzi sembra vi sia chi abbia risposto in questo senso. In un testo ormai diventato famoso²⁵, l'autore 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 attribuito un «senso» ed un «valore») e deve poi cercare la norma adeguata²⁶. Se la

²³ Mengoni 1996, 98. La funzione integrativa o sostitutiva del giudice è sostenuta anche da Zagrebelky 1992a, 200 ss.; Baldassarre 2007, 31 ss.; Romboli 2006, 4 ss.; Paladin 1996, 110 ss. e molti altri (v. *infra* nel testo e § 11).

²⁴ Su tale funzione e sull'importanza che essa svolge nella produzione normativa si rinvia a Baldassarre 2007, 42. Si è anche affermato che «l'indebolimento del pensiero dogmatico... è una delle cause dell'instabilità della giurisprudenza e anche dell'insorgere in qualche parte di essa di una certa *hybris* insofferente al vincolo della legge» (Mengoni 1996, 88). Un'affermazione, questa condivisibile, anche se a mio giudizio le ragioni fondamentali di questa situazione sono quelle indicate nel testo.

²⁵ Zagrebelky 1992a.

²⁶ «Il fatto, di per sé, nella sua semplice realtà storico-materiale... non avanza pretese, è muto e non postula "adeguatezza" (Zagrebelky 1992a, 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 «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

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»²⁷. 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»²⁸. 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»²⁹.

Ritengo che 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, regole nuove nell'ambito dei principi costituzionali)³⁰.

Tuttavia, se il pensiero dell'autore è quello prima descritto in modo più ampio³¹, troviamo in questo caso la razionalizzazione espressa di alcune delle tecniche giurisprudenziali in precedenza indicate. Il riferimento è al «metodo eclettico» o a quelle del «realismo intuizionistico» già richiamati in precedenza³². 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 sollevare³³, costituiscono la teorizzazione del giudizio equitativo del giudice, seppure nei limiti complessivi definiti dai principi e valori

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. 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. 188).

²⁷ Zagrebelsky 1992a, 183.

²⁸ Zagrebelsky 1992a, 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» (Bobbio 1968a, 701). I metodi di interpretazione si configurerebbero «come possibilità, offerte all'interprete, di legittimare i risultati desiderati o comunque ritenuti più appropriati» (Viola, Zaccaria 1999, 212).

²⁹ Guastini 2004, 281, nt. 34.

³⁰ Si veda, ad esempio, quanto da lui affermato (1992a) nelle pagine 181, 183 e 210.

³¹ 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, Guastini 2004, 281, nt. 34 e Bognetti 2004, 6).

³² V. *retro* nt. 4 e 5.

³³ Si vedano, ad esempio, le serrate critiche di Guastini 2004, 281, nt. 34

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»³⁴.

Non vi è dubbio che una simile teoria 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 legge (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 ancora³⁵. 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)³⁶.

Il giudice, dunque «non è la legge» e se il testo che la contiene non rappresenta per il magistrato «un semplice "punto di partenza" (P. Haberle) sul quale la "società aperta degli interpreti" può liberamente (secondo le proprie logiche culturali) costruire i significati normativi»³⁷, il limite del rispetto della legge e della necessità di ricostruire il suo significato determinano un duplice effetto. In primo luogo, se il magistrato non è libero di attribuire ad una disposizione qualsiasi significato ma è in qualche misura condizionato da un testo normativo, le regole sulla interpretazione acquistano un valore determinante per

³⁴ Zagrebelsky 1992a, 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. 1992a, 215, nt. 22).

³⁵ 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.

³⁶ 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» (Zagrebelsky 1992a, 208 e 213).

³⁷ Baldassarre 2007, 34.

controllare in che modo egli abbia attribuito un senso a certi enunciati ed abbia argomentato le proprie decisioni. Inoltre, il vincolo della legge impone al giudice anche al rispetto delle disposizioni sulla interpretazione, quando, come nel nostro caso, l'ordinamento giuridico codifica una disciplina della materia. Se ed in che misura tali regole sono obbligatorie ed efficaci é un altro discorso. Ma, almeno dal punto di vista teorico, il giudice non può prescindere da esse, trascurando completamente le tecniche interpretative poste dal diritto positivo.

4. L'art. 12 delle preleggi ed il dibattito sulla interpretazione

Le regole sulla interpretazione previste dalla legge (ad es. gli artt. 12 e 14 delle disposizioni preliminari al c.c. o le altre fonti che, direttamente o indirettamente, si occupano del tema)³⁸ sono state peraltro oggetto di una forte svalutazione da parte della dottrina o comunque di critiche radicali. In relazione all'art. 12 delle preleggi - che è l'unico preso in considerazione in questa sede³⁹ - si è negato il valore precettivo di tale disposizione, che, insieme alle altre in materia, non sarebbero «vere e proprie norme giuridiche»⁴⁰ o, sarebbero del tutto «inutili»⁴¹. Ma anche tra coloro che affermano il carattere giuridico di queste disposizioni⁴² vi sono quelli secondo i quali esse hanno il solo scopo di ridurre il margine di libertà interpretativa, perché introducono «vincoli agli operatori dell'applicazione, come giudici e funzionari amministrativi», anche se «lasciano aperta la strada a diverse possibilità interpretative (in concreto, a diverse scale di privilegiamento dei diversi

³⁸ Un elenco delle disposizioni in materia, sparse nel codice e nelle leggi speciali, è espresso da Guastini 2004, 184 ss. Tra queste, l'art. 1, c. 4, della l. 10.12.1990 n. 287, secondo cui l'interpretazione delle disposizioni contenute nel titolo primo della legge stessa è «effettuata in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità europee in materia di disciplina della concorrenza» (si rinvia, sul punto, a Rescigno G.U. 2008, 18).

³⁹ Per evidenti ragioni (il tema analizzato é ... sconfinato), l'analisi si soffermerà soltanto sull'art. 12 delle preleggi e sulle disposizioni relative alla interpretazione dei contratti e non sulle altre disposizioni in materia. Ovviamente non ci si occuperà neanche dell'analogia, che, anche se coerente con l'argomento (l'interpretazione, infatti, è il mezzo con cui si estendono analogicamente le disposizioni: Bobbio 1968b, 604; Caiani 1958, 349 ss.; Quadri 1974, 269 ss.; Tarello 1980, 350 ss. Giuliani 1999, 428 ss.) riguarda «piuttosto l'integrazione del diritto» (Guastini 2004, 184).

⁴⁰ Tarello 1980, 299; Paladin 1996, 104 (a questi due autori si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche); Giuliani 1999, 417; Sacco 1999, 266.

⁴¹ Bobbio 1938, 127; Paladin 1996, 104 (con altre citazioni).

⁴² A giudizio di Sacco «oggi la dottrina italiana ammette tutta, senza farsi problemi, che l'interprete sia soggetto alle regole dettate dal legislatore» (1999, 266, con indicazioni bibliografiche).

argomenti interpretativi)»⁴³. Per altri, lo scopo dell'art. 12 sarebbe soltanto quello di evitare «ogni *interpretazione* puramente *arbitraria* o *cervellotica*», e la disposizione avrebbe un contenuto «volontariamente indeterminato»⁴⁴. Vi sono anche opinioni diverse, secondo le quali l'art. 12 non è inutile o non deve essere ignorato. Tra queste, ad esempio, si è sostenuto che l'articolo contiene «almeno tre regole fondamentali»⁴⁵. Tuttavia l'orientamento prima descritto è molto diffuso⁴⁶.

Questa tendenza, d'altra parte, rispecchia la stessa problematicità del tema. Si è osservato che «la parola interpretazione ha significati diversi: non so dire quanti (e dubito possano essere elencati)» e se vi sia «un elemento comune» tra essi⁴⁷. In realtà, mi sembra che la definizione di interpretazione più accettabile e condivisa sia quella secondo la quale l'interpretare è «l'attività che consiste nel *determinare il significato di una disposizione...*»⁴⁸, ricavandone «norme» (che sono il risultato del processo interpretativo e, quindi, esprimono il significato ad essa attribuito)⁴⁹. Ma a

⁴³ Tarello, 1980, 303 e 306. Betti (1949, 137 ss.) ritiene che la disposizione delle preleggi introduca limiti al potere interpretativo della magistratura. Anche Ross (1958, 153) afferma che le regole interpretative (incluse quelle contenute nell'art. 12) riducono l'area della discrezionalità del giudice. E non va dimenticata l'opinione secondo la quale l'art. 12 delle preleggi non solo sarebbe rivolto ai giudici, ma avrebbe un rilievo costituzionale, definendo i confini tra potere legislativo e giudiziario (Gorla 1969, 234 ss.).

⁴⁴ Chiassoni 2008, 24; Id. 2007, 154.

⁴⁵ Rescigno G. U. 2008, 20, in relazione all'uso della analogia e dei principi sussidiari dell'ordinamento giuridico e soprattutto con riferimento alla «regola per cui nessuno può ignorare le parole scritte dal legislatore (nel senso ampio del termine legislatore) e qualunque conclusione di ordine giuridico deve partire dalle parole ufficiali del legislatore pertinenti al caso e concludere facendo sempre leva in qualche modo su tali parole...».

⁴⁶ Paladin (1996, 104) afferma che i canoni contenuti nell'art. 12 «sono apertamente svalutati – in forme più o meno radicali – ad opera di molti e autorevoli studiosi dell'interpretazione». In senso analogo Romboli 2006, 23, che ritiene che l'art. 12 sia «un vecchio arnese» (con ulteriori citazioni). Sacco, che pur ritiene che l'art. 12 delle preleggi vincoli l'interprete, rileva che dai contenuti dell'art. 12 «si cava poco» (1999, 266, 268).

⁴⁷ Rescigno G. U. 2008, 30. Chiassoni (2007, 50, nt. 2) rileva che «pressoché qualunque scritto sull'interpretazione giuridica contiene una stipulazione [...] di una o più nozioni di "interpretazione"» e ne fornisce un lungo esempio con molte diverse definizioni di vari autori (M.S. Giannini, Gorla, Betti, Tarello, Sacco, Scarpelli, Jori e altri).

⁴⁸ Chiassoni 2007, 50.

⁴⁹ In tal senso Guastini 2004, 99 ss.; Id. 1998, 16 (con ulteriori indicazioni bibliografiche); Sacco 1999, 261; Tarello 1980, 63 ss.; Zagrebelsky 1992b, 69; Paladin 1996, 102 (che cita numerosi altri autori favorevoli a questa tesi); Crisafulli V. 1993, 46; Modugno 1998, 5 ss. Rescigno G.U. (2008, 6 ss., 11 ss.) distingue la «comprensione» dalla «interpretazione», partendo dal presupposto che l'interprete, dinanzi ad un caso, deve rispondere ad una «domanda» («quali sono le norme poste dal legislatore applicabili al caso»: 6). La «comprensione» consiste nell'attività con cui l'operatore giuridico comprende le parole del testo e le applica al caso concreto che deve decidere (perché le parole sono sufficienti a rispondere alla domanda). «L'interpretazione» si ha quando il significato ricavabile dalla disposizione non consente di rispondere alla domanda e, pertanto, l'interprete deve

parte i problemi di definizione (che, peraltro, sono espressione di diverse concezioni dell'interpretazione nell'ambito della teoria generale del diritto), l'art. 12 delle disposizioni preliminari è stato variamente criticato nei suoi contenuti, perché «il suo significato non è affatto chiaro ed univoco»⁵⁰

Si è discusso, ad esempio, se il riferimento alla «legge», che riguarda non solo l'atto legislativo in senso formale, ma «tutte le fonti del diritto senza eccezioni»⁵¹ implichi che anche la Costituzione o le leggi costituzionali debbano essere interpretate ai sensi dell'art. 12⁵². Inoltre si è affermato che la locuzione «significato proprio delle parole secondo la connessione di esse», che si riferisce alla formulazione letterale del testo normativo, ponga problemi ulteriori. Un primo aspetto problematico, in realtà, si lega, più che alle parole utilizzate dall'art. 12, alla idoneità o meno del testo scritto a fornire significati univoci. Infatti, si è sottolineato che il linguaggio ordinario e quello giuridico sono dotati di una «pluralità di sensi» (si è parlato della «vaghezza semantica» delle disposizioni)⁵³ e che l'art. delle preleggi esaminato implicitamente confermi questa realtà⁵⁴. La indeterminatezza del linguaggio comune e di quello tecnico è sostenuta con diverse graduazioni. A chi afferma che prima della

manipolare uno o più enunciati ricavabili dal sistema per trarne una norma non scritta. L'autore, dunque, propende per un significato molto più ristretto dell'attività interpretativa. Si potrebbe dire peraltro che, anche quando le parole del testo sono estremamente chiare e rispondono ad una determinata domanda (e quindi si «comprendono»), il lettore attribuisce sempre un significato alla disposizione e, quindi, la interpreta. A parte questa considerazione (che tocca il problema di definire convenzionalmente cosa sia l'interpretazione), concordo pienamente con l'a. quando critica la presunta «oscurità totale» di tutte le disposizioni e la possibilità, per l'interprete, di attribuire ad esse qualunque significato (ma sul punto v. *infra* § 5).

⁵⁰ Guastini 2004, 184. La problematicità del contenuto dell'art. 12 è sottolineata anche da Marinelli 2008, 9 ss; Paladin 1996, 104 (che parla di disposizione ambigua); Sacco 1999, 267 ss., Chiassoni 2007, 148 ss.; Id. 2008, 13; Modugno 1998, 81 ss.

⁵¹ Guastini 2004, 187, che afferma che questa «è l'opinione concorde della dottrina e della giurisprudenza»; Chiassoni 2007, 148.

⁵² Tarello (1980, 307 ss.) distingue tra diversi organi (Presidente della Repubblica, Parlamento ecc.) e ritiene che la Corte costituzionale non è vincolata dall'art. 12 nella interpretazione della Costituzione. Nello stesso senso Modugno 1998, 84. Paladin (1996, 111) esclude che la norma delle preleggi sia applicabile alla legge fondamentale. Guastini (2004, 296 – 297) elenca gli argomenti a favore e contro la tesi positiva e quella negativa, anche se ritiene che l'interpretazione della Costituzione non abbia alcuna specificità rispetto a qualsiasi testo normativo (277 ss.). Quest'ultima tesi è stata definita «sconcertante» da G. U. Rescigno (2007, 17 ss.).

⁵³ Luzzati 1990; Marinelli 2008, 7 ss.

⁵⁴ Chiassoni 2007, 148, secondo il quale il tenore della disposizione fa pensare che «una stessa "legge" può avere, di fatto, una pluralità di significati, suggerita dal divieto di attribuire alla legge un "senso" diverso da quello accreditato sulla base delle direttive ermeneutiche contestualmente indicate»; Id. 2008, 12.

interpretazione non vi è alcun significato e che i giudici possano attribuire al testo qualsiasi contenuto⁵⁵ si affianca chi ritiene che la vaghezza semantica non è infinita e che il testo normativo ammette più di un significato, ma non qualsiasi «senso» in base alla discrezionalità dell'interprete⁵⁶. 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 ipotesi⁵⁷. 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»)⁵⁸.

A parte i problemi descritti, altri ne nascono in relazione alla formulazione specifica dell'art. 12. Ci si è domandati, ad esempio, se il «senso» a cui fa riferimento la disposizione debba essere inteso in relazione al linguaggio comune o a quello tecnico giuridico e, risolto questo aspetto, quale dei due debba prevalere in caso di contrasto nei significati ricavabili dalle due formulazioni. Inoltre ci si chiede se la «lettera» debba essere ricostruita utilizzando le regole linguistiche dell'epoca in cui il testo fu redatto, oppure in base a quelle esistenti al momento della applicazione⁵⁹. La «intenzione del legislatore» è stata intesa in senso soggettivo (la volontà dell'organo legiferante desumibile dai lavori preparatori o da altre indagini storiografiche) o come «volontà oggettiva» (la finalità perseguita dalle disposizioni, la *ratio* desumibile da

⁵⁵ E' la tesi dello «scetticismo estremo», sostenuta, ad esempio, da Troper 1999, 473 ss., Tarello 1974, 265 ss., 389 ss., 403 ss.

⁵⁶ Secondo la teoria «scettica moderata», su cui v. Guastini 2004, 27 ss. (a cui si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche); Modugno 1998, 6 ss.; Sacco 1999, 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 tutte ugualmente possibili (Kelsen 1934, 80; Id. 1950, XVI; Id. 1966, 384).

⁵⁷ Si tratta della teoria «eclettica», che vanta studiosi importanti (Hart. 1961; MacCormick 1978) e che è analizzata da Modugno 1998, 8 ss.; Guastini 2004, 28 ss.; Chiassoni 2007, 143 ss. (a questi due ultimi 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 (Tarello 1980, 57, nt. 42) e che «è oggi ormai generalmente screditata» (Guastini 2004, 34). Per un'analisi delle varie teorie indicate nelle note precedenti v. Diciotti 2003, 5 ss.

⁵⁸ Chiassoni 2007, 84 con indicazioni bibliografiche. Secondo Paladin (1996, 106) anche l'art. 12 delle preleggi attribuisce particolare rilievo al contesto in cui risultano inserite le locuzioni linguistiche.

⁵⁹ Chiassoni 2007, 82 e 149; Id. 2008, 13 ss. (con ulteriori indicazioni bibliografiche). Conf. Paladin 1996, 105. Si vedano anche le osservazioni di Marinelli 2008, 37 ss., 84 ss.; Guastini 2004, 187 ss.; Sacco 1999, 210 ss.

una lettura sistematica della normativa) o in entrambe le versioni⁶⁰. Tra l'altro, l'art. 12 pone sullo stesso piano interpretazione letterale ed «intenzione» e non spiega se tra essi vi sia un ordine gerarchico, se debbano essere usati simultaneamente e quale dei due criteri debba prevalere qualora la loro applicazione conduca ad esiti interpretativi diversi⁶¹.

Va detto, peraltro, che i problemi descritti non esauriscono il tema. Non vi è dubbio, ad esempio, che le tecniche interpretative non siano soltanto quelle previste nell'art. 12, anche se formulazione letterale ed intenzione del legislatore sono regole universalmente utilizzate, radicate «nella cultura giuridica occidentale» ed elevate a norme di diritto positivo «in numerosi ordinamenti»⁶². Il che, a ben vedere, dimostra che questa disposizione non può essere considerata «un vecchio arnese» ormai inutilizzabile e da mettere da parte. E' indiscutibile, peraltro, che il giurista si avvale di molte e diverse tecniche, definite con termini diversi («argomenti interpretativi», «canoni», «direttive», «regole», «codici», «metodi», «principi»), che l'art. 12 non considera in alcun modo e che sono il frutto di una elaborazione culturale secolare⁶³.

In questo ambito vanno ricordati l'argomento sistematico (che deriverebbe implicitamente dalla interpretazione logica desumibile dall'art. 12)⁶⁴, 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 via⁶⁵. Le tecniche descritte, che servono a giustificare la scelta di determinate interpretazioni e quindi ad argomentare la soluzione

⁶⁰ Chiassoni 2007, 150; Id. 2008, 16 ss.; Guastini 2004, 184; Marinelli 2008, 10; Paladin 1996, 107; Sacco 1999, 188 ss.; Tarello 1980, 364 ss., 370 ss.

⁶¹ Chiassoni 2007, 150 - 151; Id. 2008, 19; Guastini 2004, 189 ss.; Marinelli 2008, 9; Zagrebelsky 1992a, 184 ss.

⁶² Chiassoni 2007, 81 e 84. Tarello, (1980, 287 ss.) ricostruisce, anche storicamente, l'evoluzione delle varie disposizioni sull'interpretazione adottate in alcuni ordinamenti giuridici europei, con un costante riferimento al «significato proprio delle parole» ed alla «intenzione del legislatore». L'importanza del criterio letterale in altri ordinamenti è sottolineata anche da Monasteri 1993, 36 ss.

⁶³ Per la fungibilità terminologica delle regole interpretative v. Chiassoni 2007, 79 – 80.

⁶⁴ Chiassoni 2007, 150; Id. 2008, 18; Paladin 1996, 106. Sull'interpretazione sistematica si rinvia a Tarello 1980, 375 ss.; Lazzaro 1965; Velluzzi 2002; Sacco 1999, 232 ss.; Guastini 2004, 167 ss.

⁶⁵ Sugli argomenti interpretativi si rinvia Tarello 1980, 341 ss.; Modugno 1998, 61 ss.; Guastini 2004, 139 ss.; Chiassoni 2007, 80 ss.; Id. 2008, 6 ss.

prescelta, sono «innumerevoli»⁶⁶, anche se molte sono riconducibili a quelle sopra elencate⁶⁷. La dottrina, peraltro, ne ha moltiplicato concettualmente il numero. In una recente analisi, fondata su «direttive ermeneutiche», che sono equivalenti agli «argomenti» prima analizzati, si è sostenuto che l'interprete dovrebbe utilizzare direttive primarie (tra cui l'interpretazione letterale e secondo l'intenzione del legislatore), direttive secondarie (che disciplinano «l'uso delle direttive primarie e pongono criteri per valutare la correttezza» delle interpretazioni fondate su quelle primarie)⁶⁸ e direttive assiomatiche (le scelte di valore che orientano la selezione delle direttive primarie e secondarie). L'interpretazione richiederebbe l'uso di decine di direttive incluse nelle tre categorie sopradescritte, anche se la selezione di alcune tra esse ne dovrebbe ridurre il numero⁶⁹.

Oltre alla difficoltà di individuare le tecniche interpretative, un problema ancora più complesso è quello di trovare un criterio gerarchico tra i vari argomenti che consenta di selezionarli e stabilire una scala di preferenze nel loro uso (una questione che, come si è visto, si pone anche per l'art. 12 delle preleggi).

Vi è chi, ad esempio, nega qualsiasi ordine preferenziale e ritiene che essi possano essere tutti legittimamente utilizzati⁷⁰. Anzi, proprio la mancanza di un criterio che indichi quale regola di interpretazione si debba usare ed il carattere impreciso delle regole stesse consentirebbe di giungere a risultati interpretativi inconciliabili, anche se tutti razionalmente giustificabili⁷¹. Altri ritengono che una gerarchia nelle tecniche di interpretazione, seppure relativa, possa essere individuata⁷², pur nell'ambito di una forte discrezionalità nella scelta delle regole utilizzabili che accentua il «soggettivismo» dei risultati interpretativi. In sostanza, anche se con accenti diversi, è diffusa l'opinione che la pluralità delle tecniche interpretative che possono essere usate in relazione al

⁶⁶ Guastini 2004, 142.

⁶⁷ Tarello (1980, 341 ss.) individua 15 argomenti. Altri autori variano da 10 a 20 (Guastini 2004, 142, nt. 9) o ne sottolineano il numero variabile (Sacco 1999, 205), fino alla recente elaborazione di Chiassoni (v. nt. 69).

⁶⁸ Chiassoni 2007, 100.

⁶⁹ Chiassoni 2007, 78 ss.; Id. 2008, 6 ss. L'autore individua 26 direttive primarie ed un numero elevato di ulteriori direttive secondarie ed assiologiche. Chiassoni si ispira a Tarello (1980), Guastini (2004), Wroblewsky (1976 e 1989) ed Alexy (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, 79).

⁷⁰ Zagrebelsky 1992a, 184 ss.; Ross 1958, 153; Guastini 2004, 141 ss.; Marinelli 2008, 9 (con ulteriori indicazioni bibliografiche).

⁷¹ Così, ad es., Ross 1958, 153 – 154.

⁷² Cfr., ad es., Chiassoni 2007, 80 ss. ed Alexy 1998.

medesimo testo normativo può condurre ad enucleare contenuti delle disposizioni del tutto diversi (come nel caso, ad esempio, in cui si utilizzi il solo criterio dell'interpretazione letterale o, al contrario, esclusivamente quello della *ratio*, oppure si preferisca l'interpretazione sistematica rispetto a quella estensiva e così via)⁷³.

Gli studi in materia, peraltro, hanno da tempo sottolineato come, oltre a quelli indicati (la «vaghezza semantica» dei testi normativi; la rilevanza del contesto entro cui la disposizione è letta; la lacunosità dell'art. 12 delle preleggi; la molteplicità delle tecniche interpretative ed il loro uso selettivo) altri fattori incrementino la discrezionalità dell'interprete e la «parzialità» delle soluzioni proposte. L'interpretazione, secondo la «teoria ermeneutica», ha una struttura «dialettica» e un andamento «circolare»⁷⁴. L'interprete si avvicina al testo in base alla propria «precomprensione», che 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»⁷⁵. Esso consiste nell'insieme di valori, ideologie, emozioni, esperienze che, più o meno consapevolmente, condizionano la lettura della disposizione e l'attribuzione di significato⁷⁶. Si pensi, nel diritto del lavoro, alla «ideologia» della flessibilità quale strumento di incremento dell'occupazione o, al contrario, quale fattore di destrutturazione e precarizzazione del lavoro. Tra le precomprensioni vanno incluse anche le tesi dogmatiche (una certa teoria del contratto, la tutela del contraente debole ecc.) che individuano una serie di concetti astratti che influenzano il lettore⁷⁷. L'interprete deve avere «una precisa presa di coscienza delle

⁷³ Guastini 2004, 50 – 51; Diciotti 2003, 64: «gli argomenti dell'interpretazione, insomma, considerando la loro varietà e la loro adattabilità per il conseguimento di obiettivi differenti, sembrano consentire l'attribuzione agli enunciati legislativi di tutti i loro possibili significati».

⁷⁴ Guastini 2004, 22. La teoria ermeneutica trova fondamenti essenziali nel pensiero di Heidegger 1927, Gadamer 1960 ed Esser 1972. Per un'analisi approfondita del suo significato e della sua profonda influenza, oltre a Guastini 2004, v. Zaccaria 1984; Mengoni 1996, 2 ss.; Viola, Zaccaria 1999, 189 ss.; Zaccaria 1996; Sacco 1999, 271 ss.; Baldassarre 2007, 33 ss.

⁷⁵ Mengoni 1996, 6 – 7.

⁷⁶ Si rinvia, in particolare, a Gadamer ed Esser citati nella precedente nt. 74. Si vedano anche le osservazioni di Sacco 1999, 176 ss. e Baldassarre 2007, 33 ss.

⁷⁷ Guastini (2004, 50) ritiene che «l'interpretazione è fatalmente sempre condizionata» dalle tesi dogmatiche. Conf. Chiassoni 2007, 144. Mengoni (1996, 19), in polemica con Wroblewsky (che valutava le precomprensioni solo in relazione alle preferenze di valore soggettive) ritiene che «elementi non giuridici o pregiudiziali (ideologici in senso ampio) della precomprensione sono filtrati dalla tradizione dogmatica del ceto professionale cui appartiene, dal deposito di nozioni teoriche, di orientamenti sistematici, di forme linguistiche tecnicizzate, di massime di applicazione accumulato dalla riflessione dottrinale e dall'esperienza giurisprudenziale precedenti, cioè da elementi (concettuali e linguistici) specificatamente giuridici, che condizionano l'approccio ai testi normativi e il modo di

proprie presupposizioni e dei propri pregiudizi” per assoggettarli al controllo della riflessione critica». Egli «deve essere costantemente disposto a mettere alla prova la sua precomprensione, a confrontarla criticamente, in relazione al problema proposto, con le parole del testo e a introdurre nelle proprie aspettative di senso tutte le correzioni richieste dalla esegesi del testo»⁷⁸. Le precomprensioni, peraltro, includono anche le diverse «ideologie dell'interpretazione (e cioè le concezioni sul ruolo che l'attività interpretativa è destinata a svolgere). Si è detto, infatti, che ogni metodo interpretativo «rinvia [...] a una certa concezione ontologica del diritto: per esempio, l'interpretazione esegetica rinvia all'idea del diritto come protocollo di una volontà legislativa perfettamente e completamente dichiarata; l'interpretazione secondo l'intenzione del legislatore all'idea positivista del diritto come (mera) volontà di questo» e così via⁷⁹. Altri hanno sottolineato come via sia una «ideologia statica» dell'interpretazione, informata ai valori «della certezza del diritto, della stabilità diacronica della disciplina giuridica dei rapporti sociali e della prevedibilità delle decisioni interpretative giudiziali». A questa si affianca una «ideologia dinamica», che mira, attraverso l'interpretazione, al continuo adattamento del diritto positivo alle esigenze della vita sociale e che esalta la funzione creatrice del diritto da parte del giudice⁸⁰.

Nel «circolo» interpretativo⁸¹, il significato del testo della disposizione deve essere individuato prima di tutto in astratto per cercare di coglierne il senso e verificando se le proprie precomprensioni (nell'ampia formulazione prima descritta) trovino o meno conferma nel testo anche alla luce della influenza che il «co – testo» (cioè le altre disposizioni ed il sistema normativo di cui esso è parte) esercita sul risultato dell'interpretazione⁸². L'ipotesi interpretativa può trovare conferma o può essere smentita ed occorre allora procedere ad elaborarne una nuova. Inoltre questa operazione non è sufficiente. «Nel processo interpretativo del diritto, il caso è la molla che muove

intenderne il senso». Anche Tarello (1980, 54 ss.) assegna un particolare rilievo alla influenza della dottrina nell'interpretazione.

⁷⁸ Mengoni 1996, 11 che riproduce il pensiero di Gadamer 1960, 316. Le diverse precomprensioni possono avere un livello di consapevolezza differente. A quelle più inconscie (ad es. i pregiudizi morali), si affiancano quelle più o meno avvertite (la tradizione dogmatica a cui fa riferimento Mengoni), sino alle ideologie più scoperte, come quella della flessibilità di cui si è parlato nel testo.

⁷⁹ Zagrebelsky 1992a, 185, che esprime le stesse conclusioni per l'interpretazione sistematica, storica, sociologica ecc.

⁸⁰ Chiassoni 2007, 117 - 118, che descrive il pensiero di Wroblewsky.

⁸¹ L'interpretazione giuridica ha la struttura circolare della domanda e della risposta (Esser 1972, 133).

⁸² Guastini 2004, 22; Baldassarre 2007, 30; Viola, Zaccaria 1999, 195; Betti 1955, 308 ss.

l'interprete e dà la direzione. Sulla base di esso ci si rivolge al diritto per interrogarlo e per avere da esso una risposta»⁸³. Nel processo di concretizzazione del diritto (e cioè di sua trasformazione in una regola per una specifica situazione)⁸⁴, «il significato del testo non si lascia cogliere compiutamente se non in relazione ad un caso da decidere [...] Il testo rimane muto fino a quando l'interprete, sollecitato da un caso concreto, non riesca a capire la questione cui il testo risponde»⁸⁵. «Un testo, che sulla carta o alla luce dell'esperienza applicativa precedente sembra chiaro, può oscurarsi di fronte alla provocazione di un nuovo caso»⁸⁶. Tra l'altro, oltre alla rilevanza del caso concreto, la comprensione di un testo normativo presuppone che esso sia «messo in relazione con i dati di fatto (extratestuali) emergenti nel suo ambito normativo, definito dal segmento di realtà sociale individuato come campo di applicazione della norma»⁸⁷.

L'interpretazione, dunque, è un processo assai complesso, nel quale tutti i fattori sopra indicati entrano in considerazione ed in cui regole interpretative (codificate o meno), precomprensioni in senso lato, concretizzazione della disposizione danno vita a «giochi interpretativi»⁸⁸ che possono condurre ad esiti finali molto diversi, in un contesto di «particolarismo interpretativo» che, nella tradizione giuridica occidentale, è «un dato di fatto incontrovertibile»⁸⁹.

5. II «nichilismo interpretativo»: critica

Gli studi prima descritti hanno messo in evidenza aspetti importanti.

Vi è in primo luogo la conferma - già avvertita da chi professionalmente lavora sui testi normativi - che l'interpretazione non è

⁸³ Zagrebelsky 1992a, 183, «Dal caso, l'interprete procede alla ricerca delle regole e a esso ritorna, in un procedimento circolare (il cosiddetto "circolo interpretativo") di riconduzione bipolare che trova la sua pace nel momento in cui si compongono in modo soddisfacente le esigenze del caso e le pretese delle regole giuridiche».

⁸⁴ Mengoni 1996, 83; Esser 1972, 133; Guastini 2004, 129 ss.

⁸⁵ Mengoni 1996, 82. Il precursore di questa tesi è Ascarelli, secondo il quale «l'applicazione trova la sua giustificazione nell'applicazione e ogni interpretazione visualizza un'applicazione (al caso o ad una classe di casi)» (Ascarelli 1959, 74) e «la norma vive come 'norma' solo nel momento in cui viene applicata» (Id. 1959, 140 ss.).

⁸⁶ Mengoni 1996, 83. In tal senso anche Marinelli 2008, 14, 19. G. U. Rescigno (2008, 6 ss.) sottolinea come il senso di una disposizione dipende dalla «domanda» (il caso concreto a cui essa deve rispondere): «prima viene la domanda, e poi si valuta se rispetto a quella specifica domanda le parole del legislatore, così come stanno scritte, sono sufficienti e chiare oppure esigono riformulazioni» (8).

⁸⁷ Mengoni 1996, 17. Su tali aspetti v. *infra* § 11.

⁸⁸ Guastini 2004, 23 - 24; Chiassoni 2007, 124.

⁸⁹ Chiassoni 2007, 78.

un procedimento ideologicamente neutro, in cui i giudici o l'interprete - con l'applicazione di regole predefinite - «scoprono» il «vero ed oggettivo» significato del testo legislativo. In sostanza, è stata abbandonata l'illusione, tipica del positivismo ottocentesco, per cui sarebbe possibile applicare al diritto metodologie che consentissero di raggiungere l'oggettività propria delle scienze naturali (un postulato, quest'ultimo, del tutto superato anche nell'ambito della scienza in generale)⁹⁰. L'interpretazione, al contrario, è un'attività connotata da forte soggettività sia in relazione ai contenuti che si vogliono attribuire alle disposizioni (influenzate dalle varie precomprensioni), sia in rapporto alle scelte ed alla utilizzazione delle varie tecniche interpretative. «Non vi sono interpretazioni *oggettivamente corrette*, se con ciò si ha in mente una correttezza indipendente dai giudizi di valore soggettivi»⁹¹. Inoltre, i vari modi con i quali è possibile tradurre una disposizione in norma non sono «metodologicamente innocenti»⁹² ma implicano scelte valoriali connesse anche a specifiche ideologie dell'interpretazione. Si può dunque affermare che l'attività interpretativa è «politica» in senso lato, perché implica necessariamente l'uso di «preferenze soggettive» insopprimibili.

Le teorie sull'interpretazione, peraltro, hanno anche sottolineato come le precomprensioni debbano essere specificate e controllate attraverso un processo che consenta di verificare le congruità tra «aspettative di senso» e testo da interpretare. Il che, a ben vedere, conferma l'importanza di regole che presiedano al processo interpretativo e che riducano l'ambito di discrezionalità dell'interprete.

Tuttavia, gli studi prima analizzati sembrano impedire l'obiettivo sopra indicato. L'impressione che si ricava è quella di una realtà in cui le regole, se vi sono, non escludono il carattere arbitrario della interpretazione. Le difficoltà di comprensione linguistica dei testi (la «vaghezza» delle disposizioni), l'invadenza delle precomprensioni e 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. 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

⁹⁰ Mengoni 1996, 9; Rescigno G. U. 2003, 835: anche nelle scienze naturali l'indagine è condizionata dalla visione soggettiva dello scienziato. In relazione al carattere «non oggettivo» delle scienze cfr. Popper 1934, 308 ss.

⁹¹ Chiassoni 2007, 74. In senso analogo anche Tarello 1980 e Wroblewsky 1976.

⁹² Chiassoni 2007, 124.

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 a cui va incontro il giurista che si illudeva 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 soggettivo⁹³. 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 quattro⁹⁴. I giuristi, dunque, «riducono drasticamente l'area del dubbio»⁹⁵, 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»). D'altra parte, una situazione analoga si verifica nell'attività giurisdizionale. Gli avvocati, in relazione al caso concreto che sottopongono al giudice, espongono una tesi che presuppone una certa interpretazione di una disposizione rispetto al fatto oggetto di giudizio (a volte, sostengono, magari in via subordinata, altre tesi, ma in genere le une in alternativa alle altre). Il giudice analizza le due ipotesi interpretative proposte, le pone a confronto con i fatti accertati nell'istruttoria e aderisce all'una o all'altra (o ne afferma una nuova). Anche in questa situazione l'interpretazione riguarda due o tre (al massimo) possibili alternative. A volte, tra l'altro, dal punto di vista astratto la soluzione è unica sia per gli avvocati che per il magistrato. La differenza nelle conclusioni non è data dal contrasto sul contenuto teorico della disposizione, ma dalla diversa ricostruzione dei fatti che ciascuno propone. Il giudizio, in questi casi, cambia in relazione a come i fatti si sono svolti e non in conseguenza di diverse letture che potrebbero legittimare norme differenti. Ed in queste ipotesi sono quindi anche i casi concreti oggetto del processo che riducono drasticamente il numero delle

⁹³ In relazione, ad es., all'art. 12 delle preleggi si afferma che «la maggior parte dei giuristi e, come si vedrà, la giurisprudenza unanime» ritengono che «con la locuzione "significato proprio delle parole secondo la connessione di esse" si prescrive all'interprete di procedere all'interpretazione letterale, o grammaticale, ovvero secondo le regole sintattiche e semantiche della istituzione linguistica cui appartengono i segni con cui le disposizioni sono state formulate, salvo distinguere tra vocaboli ordinari, vocaboli specialistici e, nell'ambito di questi ultimi, vocaboli tecnico-giuridici» (Chiassoni 2007, 149, con indicazioni bibliografiche).

⁹⁴ Rescigno G.U. afferma che «non ricordo nessun caso in cui sono cinque» (2003, 846).

⁹⁵ Rescigno G.U. 2003, 846.

potenziali interpretazioni alternative. D'altra parte, se si consultano i repertori e le riviste giuridiche, ci si rende conto che i contrasti giurisprudenziali si sostanziano, anche qui in due (al massimo tre) ipotesi contrastanti (su cui spesso i giuristi, con la loro opera di analisi e commento, svolgono un ruolo determinante nel selezionare le tesi e nell'influenzare i giudici).

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. Questa conclusione «è una generalizzazione empirica di quanto si osserva nella realtà giuridica» e non una percezione meramente soggettiva⁹⁶. 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»⁹⁷.

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 soltanto⁹⁸. La «disposizione non è una specie di materiale bruto senza significato» su cui l'interprete opera a suo piacimento scegliendo

⁹⁶ Le parole del testo sono di Guastini (2004, 49), il quale peraltro le utilizza per affermare, al contrario, che «ogni singolo enunciato normativo...è interpretato in modi diversi e confliggenti dai diversi operatori». Il che è certamente vero, ma nei limiti «relativamente incerti» prima descritti. In sostanza, l'esistenza di conflitti interpretativi non significa possibilità di un numero infinito (o assai elevato) di diverse possibili interpretazioni..

⁹⁷ Chiassoni 2007, 69. Guastini, al contrario, contesta l'esistenza di regole stabili e condivise in materia di interpretazione (2004, 141-142, nt. 8).

⁹⁸ Rescigno G.U. 2008, 7 ss. (e questo soprattutto quando il testo è in grado di rispondere alla «domanda» che gli pone l'interprete: v. *retro* nt. 49 e 86). Si è giustamente osservato che «la 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» (Rescigno G.U. 2003, 846)

quello che gli sembra il più opportuno⁹⁹. Le regole sintattiche e grammaticali e le stesse convenzioni linguistiche riducono in modo consistente la «cornice»¹⁰⁰ dei contenuti ascrivibili al testo. 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)¹⁰¹.

Qualche esempio può essere utile. L'art. 85, primo c., della Costituzione afferma che «Il Presidente della Repubblica è eletto per sette anni». Credo che nessuno possa dubitare che la disposizione stabilisca che la Presidenza è una carica elettiva e che essa abbia durata predeterminata nel tempo¹⁰². E che soltanto una manipolazione radicale delle regole linguistiche ordinarie potrebbe condurre a negare le conclusioni prima descritte. L'art. 69, c. primo, del d.lgs. 276/2003 - sul cui si tornerà¹⁰³ - prevede una regola che si applica nel caso in cui, nel contratto previsto dall'art. 61 del decreto delegato, non vi sia l'individuazione di uno specifico progetto, programma di lavoro o fase di esso. La disposizione stabilisce che, in questi casi, il contratto deve

⁹⁹ Rescigno G.U. 2008, 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».

¹⁰⁰ Kelsen, cit. a nt. 56.

¹⁰¹ Sulla distinzione tra interpretazione «in astratto» della disposizione e sul rilievo che il caso concreto può esercitare sulla attribuzione di senso v. *retro* testo e note 81 ss.

¹⁰² Rescigno G. U. 2008, 8 ss., che sottolinea come la disposizione non spieghi espressamente da che momento decorrono i sette anni, ma non lascia dubbi sugli elementi indicati nel testo. Anche Guastini (2004, 51 ss.) cita altri esempi di testi dal significato inequivoco, anche se sottolinea che «posto anche che esistano (rari) enunciati normativi sul cui significato nessuno controverte, la cosa è del tutto priva di interesse per la teoria dell'interpretazione» (53), in considerazione dei fenomeni «macroscopici» della varietà delle interpretazioni dottrinarie e giurisprudenziali (53 – 54). Si è affermato peraltro che «contrariamente ad un'opinione ormai troppo diffusa sono del parere che nella esperienza giuridica sono maggioritari senza paragone i casi nei quali gli interessati si attengono direttamente alle disposizioni, perché chiare ed univoche, rispetto ai casi nei quali nascono contestazioni sul significato di esse» (Rescigno G. U. 2008, 13). Va detto che tra i casi «macroscopici» andrebbero inclusi anche le numerose interpretazioni giurisprudenziali, che, in relazione a disposizioni normative, danno interpretazioni assolutamente uniformi e coerenti con il senso che, a prima lettura, si ricava dalla disposizione.

¹⁰³ V. *infra* § 9.

considerarsi «a tempo indeterminato sin dalla data di costituzione del rapporto». Qualunque lettore in buona fede, che utilizzi ancora una volta il comune linguaggio, non può che arrivare ad una conclusione: se uno specifico progetto, programma o fase di esso mancano, il rapporto diventa di lavoro subordinato¹⁰⁴. Dubbi possono sussistere su cosa debba intendersi per «progetto, programma o fase di esso» o sul contenuto della loro «specificità», perché la legge non contiene definizioni espresse sui tre sintagmi o elementi da cui desumere cosa si debba intendere per «specifico». Ma nessuna incertezza dovrebbe sussistere sugli effetti che scaturiscono dalla loro mancanza. Ed invece, come fanno tutti coloro che si sono occupati del tema, sono state proposte interpretazioni del tutto diverse da quella sopra indicata.

Tra l'altro, l'esperienza insegna che l'eventuale ambiguità semantica del testo può essere fortemente ridotta se esso viene letto con altre disposizioni o alla luce delle sue finalità, secondo le opinioni più condivise dalla giurisprudenza in tema di interpretazione sistematica e di ricostruzione della «intenzione del legislatore»¹⁰⁵.

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 imporre 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.

Questa ideologia dell'interpretazione a mio giudizio va contrastata, perché conduce al dissolvimento dell'idea dell'ordinamento giuridico come insieme di regole che si applicano a tutti e, a parità di condizioni, in modo uguale, nel rispetto del principio di cui all'art. 3 della Costituzione. Tuttavia, a parte queste considerazioni, mi sembra che nel

¹⁰⁴ Si parla di lettore in buona fede per escludere coloro che, pur consapevoli del significato del testo che utilizza parole che non consentono alternative diverse, ne attribuiscono ad esso un altro semplicemente per «partito preso» o perché sono professionalmente obbligati a sostenere la tesi di una parte (come nel caso dell'avvocato). Si vedano, sul punto, le osservazioni di Rescigno G. U. 2008, 4 ss.

¹⁰⁵ V. *infra* § 7.

nostro sistema giuridico esistano anche elementi che consentano di ridurre il grado di incertezza delle tecniche interpretative.

6. Il «diritto vivente» e l'interpretazione

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 giurisprudenziali¹⁰⁶. 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 vivente¹⁰⁷, che trova un autorevole precursore nel pensiero di Ascarelli¹⁰⁸, fu accolta sin dall'origine dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 3 del 1956¹⁰⁹ ed è oggi diventata, a sua volta, un *living law* di rango costituzionale¹¹⁰. In presenza di una interpretazione ampiamente condivisa in giurisprudenza che sia tale da qualificarsi appunto come diritto vivente, la Corte costituzionale esclude che il giudice del rinvio, prima di sottoporre la questione al vaglio della Corte, debba effettuare una interpretazione adeguatrice rispetto alla carta

¹⁰⁶ Tarello 1980, 99: «il controllo sociale sulle decisioni relative all'attribuzione di significato é in grande misura reso possibile dalla accettazione (in una cultura data) di schemi di argomentazione in cui gli operatori dell'interpretazione possono conformarsi».

¹⁰⁷ Su tale concetto v. Esposito 1962, 605 ss.; Zagrebelsky 1986, 1148 ss.; Id. 1992b, 89; Pugiotto 1994; Id. 1998, 366 ss.; Mengoni 1996, 141 ss.; Granata 1998, 15 ss.; Bin 2006, 11 ss.; Paladin 1996, 99; Romboli 2007a, 3 ss.; Romboli 2007b, 3 ss.; Marinelli 2008, 159 ss., 171 ss.

¹⁰⁸ Ascarelli 1957, 351 ss.; Id. 1959, 153 ss.

¹⁰⁹ «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 il 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*» (corsivo mio: C. Cost. 15.6.1956 n. 3, www.cortecostituzionale.it, 4).

¹¹⁰ Ho mutuato l'espressione inglese da Marinelli 2008, 178. Sulla importanza, nella giurisprudenza costituzionale, del diritto vivente v. *infra* nt. 123.

fondamentale che ne escluda la contrarietà con la Costituzione¹¹¹. 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»¹¹². Il diritto vivente, sempre secondo la Corte costituzionale, si forma a fronte di orientamenti giurisprudenziali «stabilmente consolidati»¹¹³, «anche se non totalmente univoci»¹¹⁴, «maggioritari»¹¹⁵ o in presenza di «un numero elevato» di sentenze¹¹⁶ e non richiede la uniformità delle interpretazioni¹¹⁷. In presenza di numerose decisioni (soprattutto, ma non esclusivamente, della Cassazione) o di orientamenti espressi dalle Sezioni Unite¹¹⁸, l'interpretazione adottata di una disposizione è la norma da sottoporre a

¹¹¹ La Corte, tuttavia, ritiene che, a fronte di un «diritto vivente» il giudice che non lo condivide, 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» (C. Cost. 21.11.1997 n. 350, *Juris data* 4, 2008, Giuffré, Milano). In senso conforme C. Cost. (ord.) 1.7.2005 n. 252, *G.cost.*, 2001, 2821; C.Cost. (ord.) 30.1.2002 n. 3, *Ivi*, 2002, 29.

¹¹² C. Cost. 21.11.1997 n. 350, 5, cit. a nt. 111.

¹¹³ C. Cost. 21.11.1997 n. 350, 4, cit. a nt. 111; C. Cost. 16.5.2008 n. 146, *Juris data* 4, 2008, Giuffré, Milano.

¹¹⁴ C. Cost. 4.7.2006 n. 259, *Juris data* 4, 2008, Giuffré, Milano.

¹¹⁵ C.Cost. (ord.) 20.6.2008 n. 226, www.cortecostituzionale.it, 4 (dove si dà rilievo al fatto che l'orientamento giurisprudenziale è stato poi confermato dalle Sezioni Unite della Cassazione).

¹¹⁶ C. Cost. 14.3.2008 n. 64, 6, *Juris data* 4, 2008, Giuffré, Milano.

¹¹⁷ Pugiotto 1998, 366, rileva che «il sintagma diritto vivente» è usato per indicare «un approdo interpretativo pressoché incontrastato in giurisprudenza» (sent. 77/97), «una soluzione interpretativa collaudata tra i giudici» (*ibid.*), «l'ormai consolidata giurisprudenza della Corte di cassazione» (sent. 206/97), la «giurisprudenza dominante» (sent. 110/95).». Nonostante la diversa opinione di C. cost. 21/1984 (accolta da Mengoni 1996, 160), la semplice esistenza di una isolata sentenza contraria, che abbia «interrotto il corso della giurisprudenza della Cassazione», non è sufficiente a negare il carattere di diritto vivente di un orientamento consolidato. E questo, almeno, secondo gli sviluppi della Corte costituzionale negli ultimi 20 anni.

¹¹⁸ Si è detto che, per affermare l'esistenza di un diritto vivente, «la Corte costituzionale ha seguito non solo il criterio quantitativo [...] ma ha tenuto conto anche della posizione del giudice da cui promana la scelta interpretativa, privilegiando gli orientamenti della giurisprudenza della Corte di cassazione, titolare della funzione di nomofilachia (cfr. sentenza n. 110/95 e 355/96) ed attribuendo particolare valenza alle decisioni delle Su, che hanno il compito di risolvere contrasti interni alla giurisprudenza di legittimità e di suggellare la prevalenza di una soluzione interpretativa sulle altre (sentenza 260/92, 292/85, 34/1977)» (Cass., S.U. pen., 17.5.2004 n. 23016, 11 – 12, *Juris data* 4, 2008, Giuffré, Milano. Su tali aspetti v. Pugiotto 1994, 269; Mengoni 1996, 159 – 160; Granata 1998, 18; Zagrebelsky 1992b, 89. Sul rilievo svolto da una decisione della Cassazione a Sezioni Unite v. *supra* C.Cost. (ord.) 20.6.2008 n. 226, cit. a nt. 115.

giudizio costituzionale, anche se essa é molto diversa da quella che, ad una prima lettura, potrebbe sembrare il suo reale contenuto. In questi casi, anche se «nel vigente sistema non sussiste un obbligo per i giudici di merito di conformarsi agli orientamenti della Corte di cassazione»¹¹⁹, il diritto vivente esercita una influenza determinante, ed il magistrato che intende discostarsi da esso deve utilizzare «argomenti seri e adeguati»¹²⁰. 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»¹²¹, nel diritto vivente questo dovere di spiegare il proprio dissenso assume un valore particolarmente pregnante e presuppone l'esistenza di «argomentazioni forti»¹²².

La teoria del diritto vivente è stata elaborata nell'ambito del giudizio di costituzionalità, dove introduce limiti alle potenzialità interpretative dei giudici ordinari e della stessa Corte costituzionale. Questa teoria costituisce, ormai, parte integrante del nostro sistema giuridico, come confermano le centinaia di sentenze della Corte Costituzionale che ne affermano l'esistenza¹²³. Il diritto vivente, peraltro, opera anche quale vincolo all'interpretazione in generale. Infatti, un limite così forte, che condiziona anche il giudice delle leggi quando è in discussione la congruenza di un testo normativo con la Costituzione (e, quindi, la sua legittimità quale fonte del diritto), opera a maggior ragione nella ordinaria attività di interpretazione di un testo normativo. Per una esigenza di coerenza del sistema, infatti, non avrebbe senso che ciò che costituisce un presupposto del giudizio di costituzionalità (che può

¹¹⁹ C. Cost. 350/1997, 4, cit a nt. 111.

¹²⁰ Mengoni 1996, 153.

¹²¹ Marinelli 2008, 282.

¹²² Bin 2006, 12 (in relazione anche al *living law*).

¹²³ Nel 1998, il Presidente della Corte costituzionale affermava che la Corte aveva emesso «un centinaio di pronunzie» nelle quali viene espressamente o implicitamente riconosciuto «il valore del "diritto vivente" come oggetto del sindacato di legittimità» (Granata 1998, 17). La situazione non si è modificata successivamente (cfr. Marinelli 2008, 174, nt. 85, che, al 1° settembre 2007, rileva «443 testi» della Corte riferiti al diritto vivente), come risulta anche dalle oltre 100 sentenze da me reperite dopo il 1998. Si è parlato di una «crisi» del diritto vivente, per cui la Corte costituzionale, a fonte di un *living law* «inequivocabile», «avanza ciò nonostante proprie, differenti interpretazioni, mentre in altri casi rivolge esplicitamente ai giudici l'invito a seguire una interpretazione conforme (a Costituzione) anche in presenza di un diritto vivente» (Romboli 2007a, 5). L'ipotesi descritta non corrisponde alla realtà assolutamente dominante risultante dalle sentenze della Corte, dove, a volte, proprio perché si è in presenza ormai di un dato profondamente consolidato, il giudice delle leggi afferma il principio del diritto vivente con scarse argomentazioni (ritenendolo ormai indiscutibile).

determinare, quale esito finale, l'invalidità delle disposizione) non si applichi alla normale attività di concretizzazione del diritto che il giudice è chiamato a realizzare quotidianamente. D'altra parte, se il vertice del sistema giudiziario italiano (la Corte Costituzionale) si autolimita e ritiene vincolante una certa interpretazione consolidata di una disposizione, esprimendo su di essa il proprio giudizio di costituzionalità, sarebbe quantomeno strano che questo vincolo non sussista per tutti gli altri giudici.

Non si tratta di affermare il principio, proprio dei sistemi di *common law*, del «precedente vincolante»¹²⁴. Tuttavia, anche se la norma vivente non è fonte del diritto, essa non ha neanche una mera «autorità di fatto o morale. In quanto si è formato sulla base di una valutazione intersoggettiva, che ne ha riconosciuto la coerenza con il sistema giuridico e quindi l'universalizzabilità, (il diritto vivente) ottiene un'autorità istituzionale che lo introduce nei processi di concretizzazione del diritto come argomento *ab auctoritate* di grande peso»¹²⁵. Il valore essenziale di questo canone autoritativo trova tra l'altro conferma in un contesto di accresciuto rilievo del precedente giudiziario, con recenti innovazioni legislative che ne enfatizzano l'importanza. Si pensi ad esempio alla nuova formulazione dell'art. 374, c. 3, c.p.c. in base al quale, qualora la Sezione semplice della Cassazione ritenga di non condividere il principio di diritto enunciato dalle Sezioni unite, deve rimettere a queste ultime, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso. In questo caso dunque si afferma espressamente un principio di autorità delle Sezioni unite, le cui statuizioni pongono un vincolo interpretativo a carico della stessa Suprema corte¹²⁶. Inoltre l'obbligo costituzionale di motivazione (art. 111, c. 6) impone al giudice non solo di argomentare razionalmente la propria decisione, ma anche di spiegare perché intende discostarsi da quella che è la realtà giudiziaria «effettiva» di una disposizione e che può diventare il parametro concreto per valutare la sua costituzionalità o meno. L'art. 111, infatti, impone al giudice di «dare conto del procedimento logico-giuridico attraverso il

¹²⁴ Sul valore e l'effettività di tale principio nei paesi di *common law* v. Marinelli 2008, 236 ss.; Bin 2006, 11 ss. Va detto, peraltro, che vi sono autorevoli opinioni contrarie (connesse anche all'obbligo costituzionale di motivazione previsto dall'art. 111, c. 6, Cost.) sul valore giuridicamente vincolante del precedente giudiziario anche nel ns. sistema. Cfr. Gorla 1990, 1 ss. (particolarmente 4), con indicazione di altri autori che aderiscono a questa tesi. Anche di recente, peraltro, la Cassazione ha affermato che (in relazione alla responsabilità civile dei magistrati), non «può ritenersi che il giudice sia obbligato a decidere conformemente all'interpretazione già effettuata precedentemente dallo stesso o da altro giudice in relazione ad un'altra controversia» (Cass. 31.5.2006 n. 13000).

¹²⁵ Mengoni 1996, 152.

¹²⁶ Marinelli 2008, 238 – 239.

quale è pervenuto alla decisione»¹²⁷ e la motivazione non può avere «un carattere meramente formale», ma deve fondarsi su un «discorso razionale»¹²⁸. La mancata spiegazione sul perché il giudice non voglia seguire il diritto vivente renderebbe la motivazione «acefala», perché impedirebbe di comprendere in base a quali ragioni il giudice abbia ritenuto di volersi discostare dalla opinione dominante (o in alcuni casi uniforme) in relazione al contenuto di un testo normativo. Ed una spiegazione così carente non potrebbe soddisfare il principio costituzionale, perché sarebbe soltanto una «parvenza» di motivazione.

Vi è, dunque, a mio giudizio, un vero e proprio obbligo per i magistrati di motivare le ragioni per cui ci si discosta dal diritto vivente¹²⁹. Un obbligo la cui violazione, anche se priva di sanzioni effettive, espone il giudice ad una valutazione negativa che, in base all'accettazione sociale di criteri condivisi di interpretazione e del dovere di motivare, potrebbe svolgere una importante funzione di stimolo nei confronti degli organi giudicanti ad argomentare in modo compiuto il distacco dalla norma enucleata dalla giurisprudenza¹³⁰.

7. Le regole sull'interpretazione introdotte dal «diritto vivente»

¹²⁷ Andronio 2006, 2120.

¹²⁸ Gialuz 2008, 1002.

¹²⁹ Tra l'altro, va ricordato che l'obbligo di motivare le ragioni per cui ci si attiene ai precedenti è considerato esistente sia da chi accetta la tesi dello *stare decisis*, sia da coloro che affermano che la giurisprudenza abbia soltanto una mera autorità morale o di fatto (Gorla 1990, 4). Mi sembra, dunque, che, per le considerazioni svolte nel testo, a maggior ragione questo obbligo sussista nel caso del diritto vivente.

¹³⁰ Va detto, che, in realtà, sarebbe ipotizzabile anche una responsabilità del magistrato se l'art. 2 del d.lgs. 109/2006, che qualifica come illecito disciplinare «l'emissione di provvedimenti privi di motivazione», venisse interpretato in senso estensivo (la mancanza della motivazione non significa soltanto la totale assenza di giustificazione dell'intera sentenza ma si riferisce anche alle lacune rilevanti nell'iter logico-giuridico seguito). O se si ritenesse che la violazione dell'art. 12 delle preleggi potesse essere considerato disciplinatamente sanzionabile (Romboli 2006, 22, in base all'interpretazione *a contrario* dell'art. 2, c. 6, lett. c, della l. n. 150/2005). L'obbligo di motivazione di cui si è parlato nel testo acquisirebbe un particolare rilievo se fossero approvate le disposizioni attualmente in discussione in Parlamento che enfatizzano il ruolo del precedente giudiziario in genere e lasciano pensare che lo *stare decisis* diventi un principio codificato nel ns. ordinamento. Si pensi alla disposizione che rende, *a contrario*, inammissibile un ricorso per cassazione nei confronti di una sentenza che ha deciso in modo conforme a precedenti decisioni della Corte di cassazione (art. 29, c. 1, d.d.l. 1082 – Atti del Senato). O quella che consente che la motivazione possa consistere nel semplice riferimento ad «un precedente conforme di una giurisprudenza superiore» (art. 33, c. 4, d.d.l. 1082 – Atti del Senato) e, quindi, obbliga a spiegare perché ci si intenda discostare da esso.

Il diritto vivente delle tecniche interpretative è a mio giudizio una realtà indiscutibile. In questo paragrafo si indicheranno gli orientamenti giurisprudenziali in materia, ricordando che le sentenze citate sono soltanto un campione ridotto di quelle effettivamente esistenti.

In relazione, ad esempio, al problema del contenuto semantico della espressione «significato proprio delle parole» contenuto nell'art. 12 delle preleggi vi è, nelle sentenze, «una sostanziale uniformità di opinioni»¹³¹. 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»¹³².

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 normativo¹³³, in un contesto nel quale i lavori preparatori svolgono una funzione secondaria ai fini dell'interpretazione¹³⁴. La «volontà obiettiva della legge» deve essere ricostruita in base al «dato letterale e logico»¹³⁵ e si identifica con la *ratio* («i motivi informatori e ispiratori della statuizione legislativa nonché (le)

¹³¹ Chiassoni 2008, 20; Id. 2007, 151.

¹³² Chiassoni 2005, 130 - 131; Id. 2007, 151 - 152; Id. 2008, 20 ss., a cui si rinvia per l'indicazione delle numerose sentenze.

¹³³ Cass. 1.3.1971 n. 507; Cass. 27.5.1971 n. 1571; C. Stato, a.p., 14.4.1972 n. 5, FI, 1972, II, 105; Cass. 21.5.1973 n. 1455; Cass. 19.5.1975 n. 1955, FI, 1975, I, 2244; Cass. 8.6.1979 n. 3276, GC, 1979, I, 1616 (in motivazione); Cass. 6.8.1984 n. 4631, GC, 1984, I, 2983 (in motivazione); Cass. 19.12.1988 n. 6907 e molte altre.

¹³⁴ Cass. 27.2.1995 n. 2230, GI, 1996, I, 1, 532; Cass. 10.2.1971 n. 339; GC, 1972, I, 638; C. Stato, sez. V, 11.4.1975 n. 115, C.St., 1975, I, 486; Cass. 19.5.1975 n. 1955, cit. a nt. 133; Cass. 27.4.1978 n. 1985, GC, 1978, I, 1673; Cass. 8.6.1979 n. 3276, cit. a nt. 133; C. Stato, sez. V, 11.12.1981 n. 1062; Cass. 19.12.1988 n. 6907, cit. a nt. 133. Oltre alle sentenze indicate in questa nota ed in quella precedente, si vedano le altre specificate da Chiassoni 2005, 131; Id. 2007, 152; Id. 2008, 21; Finocchiaro M. 2005, 376 ss.

¹³⁵ Cass. 27.2.1995 n. 2230, cit. a nt. 134; Cass. 28.8.1979 n. 4699; Cass. n. 339/1971, cit. a nt. 134; C. Stato n. 115/1975, cit. a nt. 134; Cass. 1985/1978, cit. a nt. 134; C. Stato n. 1062/1981, cit. a nt. 134 e le decisioni citate da Finocchiaro M. 2005, 377.

finalità perseguite attraverso essa)¹³⁶. 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 chiaro¹³⁷. Vi sono anche sentenze secondo le quali le «parole» e «l'intenzione» della legge debbono essere entrambi utilizzati, senza individuare un criterio gerarchico tra i due canoni interpretativi¹³⁸. 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 primo¹³⁹. Altrettanto indiscutibile è il principio secondo il quale le disposizioni nazionali devono essere interpretate privilegiando «il significato maggiormente conforme al diritto comunitario»¹⁴⁰. 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 essi¹⁴¹.

¹³⁶ Cass. 21.2.1980 n. 1255. In altri casi la *ratio* è definita come «fondamento e scopo» della disposizione (Cass. 24.9.1973 n. 2415; C. Stato, sez. IV, 20.3.1968 n. 175, C.St., 1968, I, 398; Cass. 9.6.1971 n. 1707; Cass. 12.11.1977 n. 4909, GC, 1978, I, 233 e molte altre).

¹³⁷ Cass. 23.5.2005 n. 10874; Cass. 12.4.2005 n. 7454; Cass. 16.3.2004 n. 5360; Cass. 18.8.2003 n. 12801; Cass. 6.4.2001 n. 5128; Cass. 9.5.2001 n. 427; Cass. 7.7.1998 n. 6605; Cass. 13.4.1996 n. 3495; Cass. 17.11.1993 n. 11359; Cass. 3.7.1991 n. 7279; Cass. 18.4.1983 n. 2663; Cass. 26.2.1983 n. 1482; Cass. 2.3.1983 n. 1557; Cass. 28.3.1983 n. 2183; Cass. 26.8.1983 n. 5493, 5494 e 5495. Cass. 5.7.1982 n. 4000; Cass. 13.11.1979 n. 5901 e molte altre. Si vedano anche le sentenze citate da Chiassoni 2005, 132; Id. 2007, 153; Id. 2008, 22 e da Finocchiaro M. 2005, 356 ss., 368 ss.

¹³⁸ Cass. 9.6.1971 n. 1707, cit. a nt. 136; Cass. 5.4.1978 n. 1549; Cass. 12.11.1977 n. 4909, cit. a nt. 136; Cass. 20.4.1985 n. 2626. Si vedano anche le altre citate da Chiassoni 2005, 132 ss.; Id. 2007, 153 e 2008, 23 ss.

¹³⁹ Cass. 22.10.2007 n. 22067; Cass. 8.11.2004 n. 21248; Cass. 5.3.2008 n. 5929; Cass. 8.10.2007 n. 21023; Cass. 27.4.2004 n. 8054. Le decisioni che affermano i principi indicate nel testo sono centinaia.

¹⁴⁰ Cass. 6.11.2003 n. 16673; Cass. 12.5.1999 n. 4724; Cass. 5.3.2008 n. 5929, cit. a nt. 139; Cass. 9.1.2006 n. 80; Cass. 8.10.2007 n. 21023, cit. a nt. 139; Cass. 27.4.2004 n. 8054, cit. a nt. 139; Cass. 30.12.2003 n. 19842; Cass. 20.9.2003 n. 13949, Cass. 10.1.2004 n. 206 e molte altre. Il principio è stato ovviamente sancito anche dalla Corte di Giustizia Europea (tra le tante cfr., da ultimo, Cgce 18.7.2007, *Lucchini*, causa C-119/05: giurisprudenza costante).

¹⁴¹ Cass. 23.12.1995 n. 13102. Infatti, «l'interpretazione secondo Costituzione (cosiddetta interpretazione adeguatrice) è il momento costitutivo normale di ogni interpretazione: conseguentemente, tra due interpretazioni, l'una conforme e l'altra contrastante con la

È del tutto pacifico che per le leggi eccezionali e quelle penali sia vietata la interpretazione analogica ma sia ammessa quella estensiva¹⁴² 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»¹⁴³.

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 letterale¹⁴⁴, altre sostengono il contrario¹⁴⁵ o ritengono che la lettura sistematica delle disposizioni sia un ausilio che può confermare il significato scaturente dalle parole del testo¹⁴⁶. Le sentenze sulla interpretazione evolutiva (che tengono conto «dello sviluppo storico degli istituti»¹⁴⁷ e prendono in considerazione «nuove esigenze chiaramente maturate nella coscienza collettiva dopo l'emanazione della legge che non troverebbero altrimenti soddisfazione»¹⁴⁸) non sono molte¹⁴⁹. Lo stesso può dirsi per il canone della interpretazione restrittiva¹⁵⁰.

Costituzione, va certamente preferita la prima» (C. Cost. 17.6.1999 n. 242). Il principio è ormai incontrastato in giurisprudenza (Cass. 10.3.1971 n. 674, FA, 1971, I, 1, 252; Cass. 27.1.1978 n. 393, GC, 1978, I, 1123; C. Stato 15.2.1977 n. 100, FA, 1977, I, 134; Cass. 22.6.1983 n. 4272, *ivi*, 1983, I, 1, 2241; Cass. 3.1.1984 n. 7, GC, 1984, I, 1513; Cass. 24.5.1988 n. 3610; Cass. 5.5.1995 n. 4906; Cass. 22.10.2002 n. 14900 e moltissime altre).

¹⁴² Cass. 15.9.1970 n. 1453; Cass. 26.5.1986 n. 3536, C. Stato 12.3.1982 n. 112, C.St., 1982, I, 3331; C. Cost. 6.7.2001 n. 227 e molte altre ancora. Si rinvia anche Finocchiaro M. 2005, 446 ss. (che qualifica l'orientamento indicato come «costante») ed a Chiassoni 2005, 137 ss.

¹⁴³ Cass. 1.9.1999 n. 9205; Cass. 28.3.1981 n. 18000. Il riferimento alla *ratio* come criterio di estensione del significato è del tutto incontrastato. Ovviamente rimangono tutti i problemi connessi alla individuazione della differenza – assai sottile – tra analogia (vietata) ed interpretazione estensiva (ammessa). Si rinvia, sul punto e per tutti a Bobbio 1968a, 701 ss.; Guastini 2004, 157 ss. (con ulteriori indicazioni bibliografiche).

¹⁴⁴ C. Stato 6.11.1996 n. 950, C.St. 1997, I, 1309; C. Stato 15.6.1992 n. 558, *ivi*, 1992, I, 786.

¹⁴⁵ Affermano, cioè, l'utilizzazione della interpretazione letterale insieme a quella sistematica ed alla individuazione della *ratio* della disposizione: Cass. 17.3.1990 n. 2248; Cass. 27.3.1990 n. 2445; Cass. 12.4.1990 n. 3103; Cass. 20.7.1990 n. 7434; Cass. 29.1.1991 n. 826; Cass. 4.6.2001 n. 28555; Cass. 28.3.2002 n. 4559; C. Stato, sez. V, 8.1.1998 n. 60, FA, 1998, I, 45.

¹⁴⁶ Cass. 23.3.2005 n. 6232; Tar. Campania, sez. II, 23.2.2005 n. 189, FA, 2005, 480; Cass., S.U., 5.11.2003 n. 16590 ed altre.

¹⁴⁷ C. Cost. 23.4.1998 n. 140.

¹⁴⁸ Cass. 27.3.1992 n. 3793.

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

E' assolutamente incontrovertito che il significato degli atti di autonomia collettiva deve essere ricostruito ai sensi degli artt. 1362 ss. cod. civ. e non in base alle disposizioni relative alla interpretazione degli atti normativi¹⁵¹. Vi è un diritto vivente assolutamente preponderante secondo il quale: a) i canoni di interpretazione soggettiva (artt. 1362 – 1365) prevalgono su quelli oggettivi (artt. 1367 – 1371), che possono essere utilizzati soltanto se i primi sono insufficienti ad individuare il contenuto del contratto¹⁵²; b) nell'ambito di quelli soggettivi, rilievo primario ha il criterio della interpretazione letterale, che ha valore esclusivo, nel senso che preclude il ricorso ad altre regole quando la «lettera» sia chiara ed univoca¹⁵³. Si sta affermando un orientamento giurisprudenziale consistente che, rispetto alla formulazione letterale, privilegia quanto previsto dall'art. 1363 (interpretazione sistematica: le clausole si interpretano le une per mezzo delle altre, attribuendo a ciascuna il senso che risulta dal complesso dell'atto)¹⁵⁴. Tuttavia, molte tra queste sentenze non escludono il valore essenziale delle parole utilizzate nel contratto, ma sottolineano soltanto che esse devono essere «contestualizzate» in una lettura che tenga conto anche di altre disposizioni del testo negoziale¹⁵⁵. Vi sono infine anche altri orientamenti

¹⁴⁹ Oltre a quelle sopra citate v. Cass. 13.5.1971 n. 1378; Cass. 12.3.1973 n. 677; Cass. 3.1.1984 n. 7, cit. a nt. 141.

¹⁵⁰ Cass. 20.7.1977 n. 3250; Cass. 12.9.1975 n. 3810, GC, 1976, I, 245.

¹⁵¹ Cass. 9.10.1999 n. 11338; Cass. 9.6.1998 n. 5700; Cass. 27.6.1996 n. 5930; Cass. 22.8.2005 n. 17078 e centinaia di altre. L'orientamento, tra l'altro, risale al primo dopoguerra (Cass. 4.8.1948 n. 1365, FI, 1948, I, 287). Si rinvia, sul punto, alle sentenze citate da Guerra 2008, 2, nt. 7

¹⁵² Cass. 25.10.2005 n. 20660, MGC, *Juris data* 5, 2008, Giuffrè, Milano (che afferma che si è in presenza di una «giurisprudenza costante di questa Corte»); Cass. 5.8.2005 n. 16549; Cass. 14.10.2004 n. 20272; Cass. 19.7.2004 n. 13392; Cass. 26.6.2004 n. 11921; Cass. 10.6.2008 n. 15339 e molte altre.

¹⁵³ Cass. 10.6.2008 n. 15339, cit. a nt. 152; Cass. 21.2.2007 n. 4003; Cass. n.20660/2005 cit. a nt. 152; Cass. n. 13392/2004, cit. a nt. 152; Cass. 25.8.2003 n. 12453; Cass. 24.5.2004 n. 9932; Cass. 20.2.2001 n. 2468; Cass. 26.7.2001 n. 10265; Cass. 20.11.2000 n. 14974; Cass. 18.11.2000 n. 14934; Cass. 24.10.2000 n. 13991; Cass. 28.7.2000 n. 9959; Cass. 9.3.2000 n. 2722; Cass. 15.12.1999 n. 14135; Cass. 28.1.1999 n. 763 e tantissime altre (alcune delle quali richiamate costantemente nelle motivazioni delle sentenze citate).

¹⁵⁴ Cass. 6.5.1998 n. 4592; Cass. 8.3.2007 n. 5287; Cass. 6.7.2006 n. 15393; Cass. 22.6.2006 n. 14461; Cass. 8.5.2006 n. 10434; 26.1.2006 n. 1574; Cass. 8.9.2005 n. 17844; Cass. 19.8.2004 n. 16287; Cass. 9.5.2002 n. 6656 e molte altre (tra cui quelle citate da Guerra 2008, 12, nt. 32).

¹⁵⁵ Molte sentenze, infatti, confermano che «il senso letterale delle parole» costituisce «punto di partenza dell'indagine ermeneutica» (Cass. 6656/2002, cit. a nt. 154; Cass. n. 16287/2004, cit. a nt. 154; Cass. n. 17844/2005, cit. a nt. 154) o che esso «non va

giurisprudenziali – che, per la loro sporadicità non hanno i caratteri sopra delineati – che mettono in rilievo l'importanza del principio di buona fede (art. 1366 c.c.)¹⁵⁶ o che affermano l'inesistenza di un principio gerarchico tra i canoni ermeneutici¹⁵⁷ o la necessità di utilizzare, quale criterio fondamentale di interpretazione, la coerenza del testo contrattuale con il «diritto vivente del lavoro» o con i «principi fondamentali» in materia¹⁵⁸.

Alcune delle interpretazioni descritte sono sicuramente criticabili. Si pensi, ad esempio, alla prevalenza della formulazione letterale rispetto alla «comune intenzione delle parti» quando si tratta di ricostruire il senso del contratto. Questo principio è del tutto in contrasto con quanto è previsto dall'art. 1362, c. 1, che dice esattamente il contrario e dove la stessa Corte di cassazione non privilegia l'univoco «significato delle parole secondo la connessione di esse» contenute nella norma del codice civile¹⁵⁹. Tuttavia la quantità delle decisioni emesse e la loro reiterazione nel tempo consentono di affermare che si è in presenza di un diritto vivente delle regole interpretative del contratto collettivo.

8. L'«autorità» del diritto vivente sulla interpretazione e la necessità di regole «a priori» sulla attività interpretativa

Gli orientamenti giurisprudenziali sopradescritti dovrebbero esercitare un'influenza determinante sul giudice che si avvicina 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

disgiunto da quello logico» (Cass. n. 1574/2006, cit. a nt. 154; Cass. 8.3.2007 n. 5287, cit. a nt. 154). Anche in questo caso il numero delle decisioni è assai elevato.

¹⁵⁶ Cass. 14.4.2008 n. 9813

¹⁵⁷ Cass. 8.3.2007 n. 5287, cit. a nt. 154

¹⁵⁸ Cass. 1.7.2002 n. 9538; Cass. 20.8.2003 n. 12271.

¹⁵⁹ Il criterio, cioè che, come si è visto, la stessa Corte ritiene fondamentale nella interpretazione della legge (v. *supra*). Probabilmente il rilievo sull'elemento letterale nella interpretazione del contratto collettivo nasce dalla sua considerazione quale atto di fonte contrattuale ma con effetti molto vicini a quelli della legge (secondo l'insegnamento di Carnelutti 1927, 121). Sulla interpretazione del contratto collettivo, senza pretesa di alcuna completezza, si rinvia a Giugni 1957, 179 ss.; Cessari 1963; Gragnoli, 2000, Persiani 2002, Aa. Vv. 2004; Cataudella 2006, 685 ss.

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 nelle 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 vengano 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 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 interpretativi¹⁶⁰. Il giudice 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, 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 giustificabili¹⁶¹. 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 delle linee guida ben precise che ne orientano l'interpretazione entro confini predefiniti che condizionano gli esiti del processo interpretativo.

In presenza di un diritto vivente quale quello descritto il giudice dovrebbe, in primo luogo, prendere atto dell'esistenza di regole sull'interpretazione che limitano la sua libertà nella ricostruzione del

¹⁶⁰ E' evidente infatti che, se astrattamente si pongono all'interprete più soluzioni alternative tutti 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.

¹⁶¹ Ross 1958, 153 (e gli autori citati *retro* nella nt. 43).

significato di una disposizione. Queste regole dovrebbero costituire il «filtro» attraverso il quale devono essere vagliate le sue inevitabili precomprensioni per verificarne la fondatezza e per sottoporre il «primo significato» che il testo normativo o contrattuale suggerisce ad una valutazione più approfondita¹⁶². Il magistrato, peraltro, non è «ingabbiato» all'interno di percorsi obbligati. Egli può certamente discostarsi dal diritto vivente e, a fronte di una disposizione che abbia un significato univoco, può anche giungere a risultati interpretativi diversi. Tuttavia, per le ragioni già indicate, egli ha un obbligo particolarmente rigoroso di argomentare il suo dissenso, perché deve spiegare per quale ragione intenda discostarsi dal «significato proprio delle parole secondo la connessione di esse» o dagli altri criteri di interpretazione codificati da una giurisprudenza così diffusa ed importante. Il giudice, inoltre, deve anche giustificare quali altri tra i diversi canoni intende usare in via alternativa per giungere a un diverso risultato interpretativo¹⁶³.

Rispetto ai normali «vincoli agli operatori dell'applicazione» della legge derivanti dalle disposizioni in materia (come l'art. 12 delle preleggi)¹⁶⁴, il limite del diritto vivente è più stringente. E questo in considerazione sia dell'obbligo costituzionale di motivazione della sentenza (di cui si è già parlato), sia della maggiore influenza esercitata da un diritto così consolidato, che costituisce un argomento *ab auctoritate* molto più importante rispetto a quello esercitato dai normali precedenti giurisprudenziali.

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»¹⁶⁵. 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»¹⁶⁶. E, a

¹⁶² Cfr. *retro* § 4, testo e note 74 ss.

¹⁶³ L'obbligo di motivazione nel senso indicato nel testo non troverebbe ostacoli se venissero approvate le riforme sul processo civile attualmente in discussione in Parlamento. Infatti, la necessità di una «concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione» (art. 27, c. 17, del ddl. 1082 del Senato, che riformerebbe l'art. 132, c. 2, c.p.c.) non escluderebbe che esse dovrebbero necessariamente riguardare anche l'abbandono del diritto vivente in materia di canoni interpretativi. E questo anche in considerazione dell'accresciuta importanza che la riforma attribuisce ai precedenti della Cassazione (che sembrano acquisire un vero e proprio valore vincolante: v. *retro* nt. 130).

¹⁶⁴ Cfr. *retro* § 4, gli autori citati nella nt. 43.

¹⁶⁵ Chiassoni 2008, 3.

¹⁶⁶ Zagrebelsky 1992a, 184. Si vedano *retro* gli autori citati a nt. 28.

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 confliggenti¹⁶⁷.

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"»¹⁶⁸. 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»¹⁶⁹. 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... inesistenti, quasi si trattasse di meri suggerimenti e non di disposizioni vigenti e vincolanti anche e soprattutto per i giudici¹⁷⁰. 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»¹⁷¹. 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

¹⁶⁷ Cfr. *retro* § 1, testo e nt. 4 e 5 e § 3.

¹⁶⁸ Chiassoni 2008, 51.

¹⁶⁹ Chiassoni 2008, 50.

¹⁷⁰ Si veda, *retro*, § 4, testo e note 38 ss. Un vincolo che, per i giudici, acquista un'importanza ancora superiore per effetto proprio del diritto vivente sulle regole interpretative.

¹⁷¹ Mengoni 1996, 62. Esigenza di giustizia che l'autore qualifica giustamente come «fondamentale».

analogo che realizzi questo imprescindibile bisogno di uguale trattamento¹⁷².

Si è detto che l'applicazione dell'art. 12 delle preleggi (ma l'osservazione è estensibile anche agli artt. 1362 ss c.c sui contratti) sarebbe espressione del «metodo tradizionale», che «esibisce, nella prassi, un alternarsi di splendori e miserie». Per questa ragione il «"ritorno all'art. 12" non costituisce... un rimedio affidabile» e si propone una diversa tecnica interpretativa che, «rigettando la metodologia del risultato» e basandosi su un metodo predefinito, sia fondata sui postulati «della completezza tendenziale..., dell'eshaustività espositiva... e dell'universalizzazione»¹⁷³. Il giudizio sull'uso che la giurisprudenza fa dell'art. 12 è largamente condivisibile, anche se occorrerebbe chiedersi se questo risultato è ascrivibile più alla responsabilità dei giudici che alla «inefficienza» della disposizione in sé. A me pare, peraltro, che il diritto vivente sull'interpretazione consente di razionalizzare e di ridurre il grado di indeterminatezza e di fungibilità degli argomenti interpretativi, con la realizzazione di un punto di equilibrio tra l'esigenza di regole che presiedono all'attribuzione dei significati dei testi normativi e la ineludibile discrezionalità dell'interprete, in un contesto che realizzi anche l'obiettivo di garantire, con l'interpretazione, l'adeguamento del diritto alle continue dinamiche sociali.

9. L'applicazione delle tecniche interpretative in alcune sentenze

Si è già sottolineato che l'utilizzazione da parte della giurisprudenza delle tecniche interpretative rivela un panorama assai variegato e, in alcuni casi, sconcertante¹⁷⁴. A questo punto è opportuno analizzare in modo più specifico alcuni orientamenti giurisprudenziali per fornire un quadro più esauriente della situazione.

Va in primo luogo rilevato che molto rare sono le sentenze che fanno espressamente riferimento alle regole sulla interpretazione legale o contrattuale come «vincolo» all'attività del giudice o che considerano l'esistenza di consolidati orientamenti in materia quale limite che deriva dal valore fondamentale assunto dai precedenti giurisprudenziali. «L'autorità» delle sentenze già emesse è molto spesso invocata per giustificare la soluzione adottata e non per spiegare la metodologia

¹⁷² Senza dimenticare che regole condivise possono consentire la prevedibilità anche di decisioni relative a casi nuovi e mai analizzati.

¹⁷³ Chiassoni 2008, 2-3, 49-50 (a cui si rinvia per un'analisi dettagliata del metodo da lui proposto).

¹⁷⁴ V. *retro* § 1.

interpretativa seguita. La ragione per cui si decide di applicare determinati argomenti (ad esempio quello della intenzione del legislatore) rispetto ad altri non viene quasi mai esplicitata. Si è spiegato che il silenzio sulle direttive interpretative seguite è legato alla difficoltà di argomentare la scelta di una tecnica piuttosto che di un'altra ed anche perché ciascun argomento è una regola «defettibile», soggetta ad eccezioni che sono frutto di scelte discrezionali e che la rendono arbitraria e molto debole «di fronte alla comunità degli interpreti»¹⁷⁵. L'osservazione è solo in parte condivisibile, perché il diritto vivente consente di ridurre il grado di defettibilità e discrezionalità nella scelta dei canoni interpretativi. In ogni caso se le regole sull'interpretazione sono codificate dalla stessa giurisprudenza tanto da diventare un *living law* (in relazione anche alla gerarchia tra gli argomenti utilizzabili), i giudici, per le ragioni già spiegate, sono tenuti ad esplicitare per quale motivo decidono di discostarsi da esse (in considerazione anche dell'obbligo costituzionale di motivazione).

Le sentenze, come si è detto, sono sul punto assai diverse. A fini esplicativi e per verificare l'uso in concreto delle tecniche di interpretazione, è opportuno analizzare il contenuto di alcune di esse, in relazione a diversi istituti. In tema, ad esempio, di *lavoro a progetto*, l'art. 69, c. 1, del d.lgs. 276/2003 prevede la conversione del contratto di lavoro autonomo in uno subordinato qualora manchi «uno specifico progetto, programma di lavoro o fase di esso». Si è già rilevato che la disposizione, dal punto di vista linguistico, è assolutamente chiara: l'assenza degli elementi costitutivi sopra descritti determina la trasformazione del contratto sin dall'origine¹⁷⁶. Questa chiarezza, sottolineata anche in dottrina¹⁷⁷, è coerente sia con le finalità della legge (fare del progetto/programma l'elemento qualificante del contratto per stroncare i fenomeni elusivi delle subordinazioni «mascherate»), sia con una lettura sistematica della disposizione nel contesto della disciplina dell'intera materia¹⁷⁸. Senza dimenticare, inoltre, che già in passato il legislatore aveva utilizzato formulazioni analoghe e non si era mai dubitato che, in ambiti diversi, l'effetto finale fosse del tutto simile a quello descritto¹⁷⁹.

¹⁷⁵ Guastini 2004, 140 - 141.

¹⁷⁶ V. *retro* § 5, testo e nt. 103 ss.

¹⁷⁷ Nuzzo 2008, 2 (a cui si rinvia per l'indicazione di vari autori che concordano su tale aspetto).

¹⁷⁸ Su tali aspetti cfr. Nuzzo 2008, 6 ss. (con riferimenti di dottrina e giurisprudenza).

¹⁷⁹ Si pensi, in particolare, all'art. 1 della l. 1369/1960 dove i lavoratori occupati in violazione dei divieti previsti dalla disposizione erano «considerati» dipendenti del committente (Nuzzo 2008, 5). O all'art. 5, commi 2 e 3, del d.lgs. 368/2001, secondo i quali, in caso di continuazione del rapporto a termine dopo la scadenza o di riassunzione a t.

In relazione a questa disposizione, una parte della giurisprudenza, in applicazione del canone del «significato proprio delle parole», afferma che *«la norma, nel suo espresso tenore letterale, è di estrema chiarezza: se non c'è lavoro a progetto, c'è il rapporto di lavoro subordinato e non vi sono altre possibilità alternative»*. Inoltre, *«non è nemmeno richiesto l'accertamento delle modalità con cui la prestazione si è svolta, perché una volta esclusa la presenza di quell'elemento qualificante scatta l'automatismo e si presume invincibilmente la sussistenza del rapporto di lavoro subordinato»*¹⁸⁰. Questa decisione è stata confermata, sempre in base alla formulazione letterale, anche da altre e con motivazioni in alcuni casi assai sintetiche, giustificate dalla esaustività del testo a fornire la soluzione interpretativa¹⁸¹. Tali sentenze, pur senza mai menzionarlo, esprimono chiaramente il principio enucleato dal diritto vivente in materia: la prevalenza del canone della interpretazione letterale e la sua autosufficienza ai fini della attribuzione del significato.

Altre decisioni, al contrario, hanno contenuto completamente diverso. In alcune viene affermato che l'art. 69, c. 1, non determina la conversione automatica, senza che venga esplicitato in alcun modo la ragione di questa scelta e, comunque, trascurando completamente la formulazione letterale della disposizione¹⁸². A queste sentenze, che sono radicalmente viziate dall'assenza di motivazione¹⁸³, se ne affiancano altre che sono accomunate dalla irrilevanza attribuita al testo (inequivoco) della disposizione. In questi casi, peraltro, vi sono significative differenze.

Il Tribunale di Ravenna, ad esempio, risolve il problema in base ad una circolare del Ministero del Lavoro, secondo la quale l'assenza di progetto determina soltanto una presunzione semplice, che non produce la conversione del contratto quando il committente provi che, in effetti, si trattava di un genuino lavoro autonomo¹⁸⁴. La soluzione adottata dal Tribunale è ovviamente del tutto criticabile, soprattutto perché in giurisprudenza vi è assoluta concordanza sulla non vincolatività, a fini interpretativi, delle circolari ministeriali¹⁸⁵. Tuttavia, non è solo la

determinato senza rispettare gli intervalli tra un contratto e l'altro, il rapporto «si considera a tempo indeterminato».

¹⁸⁰ T. Milano 2. 2. 2007 n. 230, www.fmb.unimore.it

¹⁸¹ T. Milano 23.3.2006; T. Milano 2.8.2006; T. Livorno 8.1.2007, www.fmb.unimore.it.

¹⁸² T. Torino 17.5.2006 (www.fmb.unimore.it): «la genericità del contratto rende applicabile il c. 1 dell'art. 69; ne consegue che, aderendo a quell'interpretazione che considera il c. 1 dell'art. 69 un'ipotesi di presunzione relativa, sarebbe stato onere della parte convenuta dimostrare l'autonomia del rapporto in essere».

¹⁸³ Nuzzo 2008, 3.

¹⁸⁴ T. Ravenna 21.11.2005, RIDL, 2006, II, 329 ss., part. 347. La sentenza fa propria la tesi sostenuta dal Ministero (Circolare 8.1.2004 n. 1).

¹⁸⁵ Cfr. la giurisprudenza citata da Nuzzo (2008, 2, nt. 4) e da Chiassoni (2008, 37, nt. 35).

«povertà» argomentativa descritta che merita di essere segnalata. Infatti, la sentenza è approfonditamente motivata su altri aspetti connessi al caso esaminato ed il giudice utilizza molti canoni interpretativi classici (interpretazione letterale, logico sistematica, argomento *a contrario* in versione interpretativa, argomento *ab auctoritate* con riferimento alla dottrina, interpretazione adeguatrice conforme alla Costituzione), dimostrando padronanza nella loro utilizzazione¹⁸⁶. Tuttavia, il canone della formulazione letterale è del tutto pretermesso proprio in relazione al «cuore» della controversia (gli effetti previsti dall'art. 69), nonostante esso avrebbe dovuto costituire il primo criterio interpretativo. Ed è paradossale che lo stesso giudice attribuisca al testo di altre disposizioni valore ermeneutico fondamentale per risolvere diverse questioni del caso¹⁸⁷. Una simile utilizzazione delle tecniche di interpretazione può trovare una sola spiegazione: il magistrato non vuole applicare il chiaro tenore letterale della norma perché, in base ad una sua precomprensione, ritiene che la conversione automatica sia un fatto negativo, non equo, contrario alle sue preferenze soggettive e che solo la mancanza di un effettivo rapporto di lavoro subordinato (da dimostrare con riferimento alle modalità esecutive delle prestazioni) può giustificare la trasformazione. Per tale ragione, si «aggrappa» al flebile argomento della circolare ministeriale, tra l'altro con la consapevolezza che il testo del Ministero non può acquisire un valore interpretativo non consentito¹⁸⁸. Considerazioni del tutto analoghe possono essere estese alla sentenza del Tribunale di Torino del 5 aprile 2005¹⁸⁹. In questo caso il giudice utilizza e seleziona diversi criteri di interpretazione (letterale, sistematica, conforme a Costituzione, *ab auctoritate*)¹⁹⁰ e, anche se le conclusioni a

¹⁸⁶ Non è possibile sintetizzare le varie parti della motivazione in cui il Tribunale (cit. a nt. 184) fa uso dei vari canoni interpretativi. Si vedano, comunque, p. 346 per l'argomento logico sistematico; p. 347 per l'interpretazione adeguatrice conforme a Costituzione; p. 346 e 353 – 354 per l'uso del «significato proprio delle parole secondo la connessione di esse».

¹⁸⁷ Il Tribunale (cit. a nt. 184), infatti, ritiene che il contenuto letterale dell'art. 63 d.lgs. n. 276/2003 («ai fini della prova») impedisca di ritenere che il contratto a progetto richieda la forma *ad substantiam* (346). Inoltre, secondo il giudice, l'art. 67 del d.lgs. n. 276/2003 contiene «una formula di legge (una volta tanto) chiara», che consente il recesso anticipato senza necessità di addurre causali e con il solo obbligo del preavviso.

¹⁸⁸ Il Tribunale (cit. a nt. 184) afferma infatti che la Circolare ministeriale, con la sua interpretazione ha «forse» (sic!) superato «gli stessi limiti che un atto amministrativo deve osservare nel rapporto con la legge...»: (347). Chiassoni (2008, 36) osserva come il giudice manifesti, con questa espressione, qualche dubbio sulla soluzione adottata.

¹⁸⁹ La sentenza è reperibile in RIDL, 2005, II, 849 ss.

¹⁹⁰ L'argomento *ab auctoritate* è espresso a p. 862, mentre quello della interpretazione costituzionalmente coerente è argomentato a p. 859 ss. Il giudice, inoltre utilizza il criterio letterale (v. *infra* nt. 192) e quello logico sistematico (857).

cui perviene sono molto discutibili¹⁹¹, non vi è dubbio che si è in presenza di una sentenza ampiamente argomentata da parte di chi ha consapevolezza degli strumenti ermeneutici. Tuttavia, stranamente, il giudice non prende in considerazione il contenuto letterale dell'art. 69, che viene completamente ignorato (anche se il magistrato è consapevole, a fini interpretativi, del valore fondamentale di quanto sia scritto nella disposizione)¹⁹². Anche qui, una «lacuna» così incomprensibile può essere giustificata solo da una precomprensione negativa sul meccanismo previsto dalla legge e dalla volontà di impedirne una applicazione coerente con il suo contenuto linguistico¹⁹³. Gli esempi di sentenze di questo genere potrebbero continuare¹⁹⁴.

Su un piano diverso, invece, si colloca la decisione del Tribunale di Torino del 23 marzo 2007¹⁹⁵. Il giudice respinge la interpretazione della conversione automatica, ma sa che la lettera della disposizione è contro la tesi della presunzione relativa (o semplice) e lo dice espressamente¹⁹⁶. Di qui lo sviluppo di varie argomentazioni tutte basate su una pluralità di canoni finalizzati a contrastare il dato letterale (con particolare enfasi sulla interpretazione adeguatrice per evitare la incostituzionalità a cui si giungerebbe necessariamente, a suo giudizio, se la disposizione fosse letta in coerenza con il suo contenuto linguistico). Le numerose critiche che possono essere sollevate¹⁹⁷ non escludono che, comunque, dal punto di vista metodologico, il giudice si sforzi quanto meno di tenere in

¹⁹¹ Si rinvia alle considerazioni critiche di Nuzzo 2008, 11 ss.

¹⁹² Il Tribunale (cit. a nt. 189), infatti, assegna rilievo fondamentale al contenuto linguistico in relazione all'art. 62 del d.lgs. 276/2003 per dedurre che la forma del contratto è *ad probationem*. Oppure ritiene che «alcuni elementi chiari e minimali possono essere individuati attenendosi alla lettera della disposizione: il progetto deve caratterizzarsi per la specificità [...]» (853).

¹⁹³ Chiassoni (2008, 35) ritiene che la sentenza sia espressione del «metodo eclettico» (v. *retro* § 1, testo e nt. 4) e che «le direttive del metodo tradizionale non sono state messe da parte». Il che è certamente vero, tranne che per l'utilizzazione dell'argomento letterale, che il Giudice usa solo in certe ipotesi e...a suo comodo e non per risolvere la questione interpretativa fondamentale sottoposta a giudizio.

¹⁹⁴ Si consideri, ad es., la decisione del Tribunale di Bologna (6.2.2007, www.fmb.unimore.it). Dopo aver fatto ampio uso del canone dell'interpretazione letterale (in relazione all'art. 62 ed anche all'art. 69 del d.lgs. 276/2003), essa afferma che, in caso di mancata individuazione del progetto, la conversione non opera se il committente prova che il rapporto si è svolto con le modalità del lavoro autonomo (2 – 3). E tale conclusione è motivata in modo del tutto apodittico senza prendere minimamente in considerazione il contenuto linguistico della disposizione.

¹⁹⁵ Reperibile in www.fmb.unimore.it

¹⁹⁶ Secondo il Tribunale (cit. a nt. 195), la interpretazione per cui si sarebbe in presenza di una presunzione relativa è «apparentemente in conflitto con il mero dato letterale della norma (che stabilisce che i rapporti “sono considerati rapporti di lavoro subordinato” senza esplicitare la possibilità di fornire prova contraria» (7 – 8).

¹⁹⁷ V. Nuzzo 2008, 8 ss.

considerazione il «significato proprio delle parole» e di argomentare in modo rigoroso per quale ragione egli intenda superare questo elemento essenziale per giungere ad una interpretazione del tutto diversa.

La nuova disciplina del *contratto a termine* ha suscitato notevoli contrasti interpretativi e continuerà a crearne, anche perché la materia è in continua trasformazione. Tra le questioni controverse, due sono quelle che hanno dato vita ad un dibattito serrato. La prima è se la causale economico - organizzativa del contratto sia legata ad esigenze temporanee di lavoro o se, al contrario, il termine può essere apposto per soddisfare anche necessità di lavoro stabile. La seconda è connessa agli effetti della illegittima apposizione del termine: nullità dell'intero contratto (con l'applicazione dell'art. 2126 c. c.) o conversione del rapporto in uno a tempo indeterminato (art. 1419, c. 2, c.c.)? Va ricordato che i due problemi sopradescritti non possono trovare un sicuro fondamento della formulazione letterale della legge. L'art. 1 del d.lgs. 368/2001, infatti, non dice espressamente che la causale del contratto coincide con ragioni temporanee. Inoltre il decreto legislativo non regola in alcun modo le conseguenze derivanti dalla mancanza delle ragioni economiche ed organizzative. In questo caso, dunque, il giudice dovrebbe utilizzare gli altri argomenti interpretativi secondo i criteri di gerarchia enucleati dal diritto vivente in materia. Ed in questo contesto, particolare rilievo deve rivestire il canone dell'interpretazione adeguatrice al diritto comunitario, visto che la legge nazionale recepisce una direttiva europea che vincola anche le riforme successive.

Il Tribunale di Roma, con la decisione del 21 febbraio 2005¹⁹⁸ concorda con la tesi della non necessità delle esigenze temporanee ed argomenta la sua scelta facendo proprie (senza citare la fonte) le opinioni espresse da una parte della dottrina¹⁹⁹. Si è già osservato che la sentenza si fonda su conclusioni «apodittiche» e su una «lettura storico - sistematica... della disposizione, ancorata alla successione di provvedimenti legislativi nel tempo»²⁰⁰. Queste osservazioni sono condivisibili, e, d'altra parte, molte altre critiche possono essere sollevate²⁰¹. Tuttavia, l'aspetto più rilevante dalla sentenza è la totale mancanza della utilizzazione di tutte le tecniche interpretative già analizzate (interpretazione letterale, intenzione del legislatore, interpretazione sistematica, lettura della legge nazionale alla luce della fonte europea ecc.), come se esse... non esistessero. Tra l'altro, il giudice conosce questi argomenti ermeneutici. Quando, infatti, deve spiegare

¹⁹⁸ In RGL, 2005, II, 706 ss.

¹⁹⁹ Vallebona, Pisani 2001.

²⁰⁰ Chiassoni 2008, 46 e 45.

²⁰¹ Vedi, ad. es., quelle espresse da Raimondi 2008, 14 ss.

quali sono gli effetti che scaturiscono dalla illegittimità del termine, il magistrato arriva alla conclusione che vi è la nullità dell'intero contratto. Questa tesi è motivata utilizzando i canoni dell'interpretazione letterale e sistematica degli artt. 1418 e 1419 c.c. Anche questa interpretazione è del tutto censurabile²⁰². Tuttavia, come per altre sentenze, è possibile dire che questo uso «selettivo» dei canoni ermeneutici si può spiegare in un solo modo: il giudice «vuole» che le esigenze che giustificano il contratto siano anche di carattere «permanente»²⁰³ e che la loro mancanza non determini la conversione. Per questa ragione utilizza (o... non utilizza) le tecniche interpretative che meglio soddisfano le sue precomprensioni.

La Corte di Appello di Bari²⁰⁴ accoglie la tesi delle esigenze temporanee e della nullità parziale con conversione del contratto in uno a tempo indeterminato. La decisione è motivata in modo molto approfondito ed utilizza una pluralità di metodi (analisi letterale contestuale, legata alla correlazione tra le varie disposizioni della legge; interpretazione sistematica, argomento *ab auctoritate* con riferimento alla dottrina ed alla Cassazione, canone del ragionamento «per assurdo» ed «orientato alle conseguenze» ecc.), con una netta prevalenza della interpretazione adeguatrice alla direttiva comunitaria²⁰⁵. Le conclusioni a cui perviene la Corte sono, a mio giudizio, condivisibili, anche se a volte gli argomenti utilizzati non sono convincenti. Non vi è dubbio, peraltro, che il codice interpretativo utilizzato dai giudici è «articolato e rigoroso»²⁰⁶ e basato su un uso assai ampio e tecnicamente approfondito dei canoni ermeneutici.

La Cassazione, con una recente decisione²⁰⁷ ha affrontato diversi aspetti della nuova disciplina in materia di contratti a t. determinato e si è soffermata, in particolare, sulle conseguenze giuridiche derivanti dalla illegittima apposizione del termine. La Corte ritiene che si sia in presenza di una nullità parziale disciplinata dall'art. 1419, c.2, c.c., che determina la conversione del rapporto in uno stabile. La decisione, che conferma le

²⁰² Sull'applicazione delle regole in tema di nullità parziale in questa ipotesi mi permetto di rinviare a Speciale 2001, 405 ss.; Id. 2003, 448 ss.; Id. 2008, 216 ss. (con l'analisi delle diverse opinioni in dottrina e giurisprudenza). In relazione alla sentenza del Tribunale di Roma cfr., su questi aspetti, anche le critiche di Raimondi 2008, 15 ss.

²⁰³ T. Roma 21.2.2005, cit. a nt. 198, 708

²⁰⁴ A. Bari 20.7.2005, FI, 2006, I, 1540.

²⁰⁵ Per l'uso delle varie tecniche interpretative in questa sentenza v. Chiassoni 2008, 41 – 44 e 48 – 49. Si vedano, in argomento, anche le critiche di Raimondi 2008, 4 ss.

²⁰⁶ Chiassoni 2008, 48.

²⁰⁷ Cass. 21.5.2008 n. 12985.

soluzioni proposte da una parte della dottrina²⁰⁸ è un esempio di utilizzazione degli argomenti interpretativi secondo i criteri della «completezza, esaustività ed universalità»²⁰⁹. In mancanza di una espressa formulazione della legge che consenta di legittimare il risultato interpretativo raggiunto, la Corte utilizza una pluralità di canoni, dimostrando un'ampia padronanza tecnica nella loro utilizzazione. Essa, inoltre, usa gli argomenti interpretativi in senso «cumulativo», dando prevalenza ad alcuni di essi (ad es., l'analisi letterale delle disposizioni, l'interpretazione adeguatrice al diritto comunitario, l'interpretazione sistematica e costituzionalmente orientata) ed applicando altri a conferma delle proprie conclusioni. La decisione è una manifestazione evidente della possibilità di ricorrere in modo appropriato a regole interpretative codificate da una lunga trazione giuridica e giurisprudenziale.

Il diritto del lavoro peraltro conosce anche esperienze importanti di *living law*, con orientamenti giurisprudenziali consolidati ed uniformi che si ripetono nel tempo e, in molti casi, senza alcuna voce dissonante. Una delle manifestazioni più evidenti è quella della giurisprudenza in tema di licenziamento per giustificato motivo oggettivo. I giudici ritengono che per la legittimità del recesso non è sufficiente l'esistenza di una valida ragione economica od organizzativa, ma è necessaria anche la prova, a carico del datore di lavoro, della impossibilità di utilizzare il lavoratore in mansioni equivalenti. L'obbligo di *repechage* non può certo fondarsi sulla interpretazione letterale dell'art. 3 della l. 604/1966²¹⁰ e costituisce una pesante interpolazione del testo, che è stato riscritto dalle sentenze²¹¹. A mio giudizio, la tesi ha una sua fondatezza²¹². Qui è

²⁰⁸ La Corte utilizza sul tema molte delle argomentazioni da me già espresse (Speziale 2001, 405 ss. e gli altri saggi citati a nt. 202).

²⁰⁹ Parafrasando le parole di Chiassoni 2008, 2 – 3, 49 – 50.

²¹⁰ Brun 2008, 5 e Nogler 2007, 649 (a cui si rinvia per l'indicazione di altri autori che sottolineano l'assenza di un riferimento letterale nella legge che legittimi *l'extrema ratio*).

²¹¹ E' come se, alla fine del secondo periodo dell'art. 3 della l. 604/1966, fossero state aggiunte le seguenti parole: «nonché dalla impossibilità di utilizzare il lavoratore in mansioni equivalenti». Sostenere infatti che il *repechage* è rinvenibile nelle ragioni economiche ed organizzative (cfr. la giurisprudenza citata da Carinci M.T. 2005, 21) significa affermare che il licenziamento non è giustificato da una qualsiasi causale che renda necessaria la soppressione di quel posto ma da una che sia tale *anche* da impedire la riutilizzazione del lavoratore in altra posizione. Una cosa, infatti, è la necessità di eliminare una posizione lavorativa, altro è dimostrare che non vi è un posto ulteriore e diverso per il medesimo dipendente. La formulazione letterale dell'art. 3 non mi sembri legittimi la seconda (e più radicale) alternativa.

²¹² I principi costituzionali in materia di lavoro prevalgono sulla libertà di iniziativa economica. Ed è questa prevalenza a giustificare il carattere di «soluzione estrema» del licenziamento economico. Non posso, ovviamente, argomentare approfonditamente questa mia conclusione. Si vedano, comunque, le osservazioni di Brun 2008, 5 ss., Nogler 2007,

importante sottolineare che la regola è affermata da centinaia di sentenze che, ormai, non argomentano in alcun modo in base a quali canoni interpretativi sono giunti a tale soluzione²¹³. Questa affermazione, infatti, viene sostenuta in modo apodittico, a volte con la semplice citazione di altri precedenti giurisprudenziali e, più raramente, con riferimento «al costante orientamento di questa Corte»²¹⁴ o all'esistenza di un «principio consolidato»²¹⁵. Analoghe considerazioni possono essere fatte per l'utilizzazione dell'art. 2077 c.c. nei rapporti tra contratto collettivo ed individuale di lavoro e per l'art. 36 Cost in tema di retribuzione sufficiente.

10. Il giudice come «legislatore di ultima istanza»: critica

Le sentenze descritte sollecitano alcune riflessioni. Pur in assenza di un riferimento al vincolo *ab auctoritate* esercitato dal diritto vivente in tema di interpretazione, molti giudizi fanno un uso estensivo degli argomenti interpretativi. In alcuni di essi è chiaro che l'attribuzione di significato è frutto dell'applicazione di canoni ben precisi su cui si fonda la decisione²¹⁶. In altre, le motivazioni non esplicitano se le regole utilizzate sono semplicemente la razionalizzazione *ex post* di una interpretazione «a priori» che prescinde dalle tecniche interpretative, oppure se il risultato a cui perviene la giurisprudenza costituisca il frutto dell'applicazione dei canoni propri della materia, per cui la intuizione originaria del giudice sul contenuto di una disposizione viene poi concretamente verificata alla luce dei vari argomenti. Non vi è dubbio, peraltro, che questa parte della giurisprudenza si sente vincolata da regole sull'interpretazione che costituiscono uno strumento fondamentale delle argomentazioni utilizzate per giustificare le proprie conclusioni.

Altre decisioni, al contrario, sono prive di motivazione (fondate sul principio apodittico dell'*ipse dixit*), oppure prescindono da alcuni argomenti interpretativi fondamentali, magari utilizzati soltanto quando «fanno comodo» per motivare altre statuizioni. In questo caso la giurisprudenza, che tra l'altro dimostra di saper ben utilizzare ad altri fini

648 ss. e Carinci M.T. 2005, 136 ss. che giungono alla stessa conclusione con argomentazioni diverse.

²¹³ Brun 2008, 5. Per il diritto vivente» in materia si veda l'analisi approfondita (con un numero elevatissimo di sentenze prese in considerazione) svolta da Carinci M.T. 2005, 10 ss. e 86 ss.

²¹⁴ Cass. 7.7.2004 n. 12514.

²¹⁵ Cass. 16.5.2003 n. 7717.

²¹⁶ Si vedano, ad es., le sentenze che risolvono il caso in base alla formulazione letterale e con espresso riferimento ad essa (cit. *retro* alle nt. 180 e 181).

le tecniche interpretative, si orienta in base alle proprie precomprensioni ed esprime contenuti che, come si è visto, sono caratterizzati da un elevato livello di arbitrarietà. In questo contesto particolare stupore desta la «ribellione» contro la formulazione letterale della disposizione. Eppure non va dimenticato che «il tenore letterale segna il limite estremo delle variabili di senso ascrivibili al testo»²¹⁷. Infatti, la «lettera» della disposizione «svolge una funzione euristica di grande importanza, sia scartando i progetti di senso, che con le parole della legge non hanno alcuna congruenza, sia sollecitando la forza evocativa o figurativa del linguaggio e così contribuendo alla formazione di ipotesi di soluzioni oggettivamente fornite di senso»²¹⁸.

Questa giurisprudenza, fra l'altro, non trova giustificazione neanche nell'esistenza di alcuni aspetti problematici che, come si è visto, caratterizzano il processo interpretativo. Le sentenze si riferiscono a normative assai recenti e non richiedono alcun adeguamento delle disposizioni ad un mutato assetto economico e sociale. I casi decisi sono standard e non presentano caratteristiche particolari, né richiedono adattamenti specifici del testo legislativo. Le situazioni oggetto di giudizio, in sostanza, non giustificano alcuna «concretizzazione creativa» del giudice, che non è chiamato ad attribuire alla disposizione un senso diverso da quello desumibile dalla sua interpretazione in astratto²¹⁹. Inoltre, in molte ipotesi l'utilizzazione di alcuni semplici criteri ermeneutici enucleati dalla stessa giurisprudenza consentirebbe di giungere a conclusioni lineari o quantomeno di risolvere senza eccessiva difficoltà i problemi interpretativi. La verità è che, in queste ipotesi, il giudice non condivide il contenuto della legge e pretende, sulla base di proprie opzioni ideologiche, di attribuirgli un significato completamente diverso che meglio rispecchia le sue preferenze soggettive. Il magistrato pensa di essere investito di una funzione di mediazione sociale in cui la legge ha solo un valore «orientativo e non vincolante», e dove egli ritiene di essere un arbitro che risolve il contrasto tra interessi configgenti ed base alle sue opzioni di valore²²⁰. A me sembra che questa giurisprudenza sia espressione non solo di una decadenza delle tecniche interpretative ma di un fenomeno più complesso: lo smarrimento del senso della funzione giurisdizionale in uno Stato di diritto, dove «i giudici sono soggetti soltanto alla legge» (art. 101 Cost.). Infatti, pur nell'ambito di un'accresciuta discrezionalità nell'attività interpretativa, il concorso della

²¹⁷ Mengoni 1996, 103.

²¹⁸ Mengoni 1996, 17 – 18.

²¹⁹ Sul rilievo del «caso» nella interpretazione v. *retro* § 4, testo e nt. 83 ss.

²²⁰ Un esempio di quello che è stato definito il «realismo intuizionistico» (Chiassoni 2008, 3: v. *retro*, § 1, testo e nt. 5).

magistratura alla produzione del diritto²²¹ non può certo determinare una confusione di ruoli che porti il giudice ad esse un «legislatore di ultima istanza». E questo, oltre che per evidenti ragioni connesse alla divisione dei poteri nello stato costituzionale, anche perché il magistrato ha dei vincoli sconosciuti al potere legislativo, tra cui, non ultimo, quello «della lettera della legge»²²².

11. Le regole sull'interpretazione e le dinamiche sociali

Nei paragrafi precedenti si è sottolineato che la discrezionalità del giudice nella interpretazione è un fatto indiscutibile. Tuttavia si è cercato di spiegare che il diritto vivente delle regole interpretative può limitare questa discrezionalità e può fornire utili strumenti di controllo sul contenuto della decisione giurisdizionale. Ovviamente le tecniche che governano l'attività interpretativa presuppongono disposizioni di legge e di contratto collettivo. Esse sono difficilmente applicabili quando vi sono «vuoti normativi» dovuti all'assenza di discipline giuridiche, come nel caso dello sciopero che non riguarda servizi essenziali. In queste ipotesi il diritto giurisprudenziale svolge una funzione di integrazione del diritto di carattere «legislativo» che certamente non può essere governata dalle regole sopradescritte. Tuttavia, anche in queste situazioni, il diritto vivente che si forma su queste materie è molto importante. Esso, infatti, acquista un rilievo essenziale, perché costituisce l'unica vera fonte di regolamentazione di fattispecie che sono privi di fonti legali o contrattuali. Tra l'altro, a volte la giurisprudenza crea una regola utilizzando una disposizione non formalmente abrogata ma che non dovrebbe trovare applicazione perché riferita ad un istituto non più esistente, come nel caso dell'art. 2077 c.c. In queste ipotesi la funzione creatrice è limitata alla individuazione della fonte normativa, mentre l'interpretazione del suo contenuto dovrebbe seguire il diritto vivente che si è formato sull'art. 12 delle preleggi.

A parte le considerazioni sopra svolte, si potrebbe obiettare che le disposizioni sull'interpretazione della legge o dei contratti 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 cambiamenti. Le disposizioni contenute nella legge (o in altre fonti di

²²¹ Cfr. *retro* le parole del Presidente della Corte costituzionale (§ 2, testo e nota 18) e le osservazioni di Romboli 2006, 17.

²²² Romboli 2006, 17 ss. (part. 18 e 19).

produzione del diritto) presuppongono necessariamente una realtà «statica» che cristallizza determinate situazioni concrete che, in breve tempo, diventano obsolete perché superate dalle innovazioni sociali ed imporrebbero continui processi di adattamento legislativo. 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 disposizioni esistenti, impedendo di cogliere i mutamenti sociali del substrato materiale a cui fa riferimento la regola giuridica. La soluzione di questo problema andrebbe rinvenuta nella nuove funzioni attribuite al giudice in sede di interpretazione. Invece di affidare al legislatore il «compito insopportabile di incessante modificazione del diritto vigente»²²³, 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»²²⁴. Le tesi esposte richiamano la «ideologia dinamica» dell'interpretazione di cui si è già parlato²²⁵. Esse sembrano svalutare l'importanza della certezza del diritto e della prevedibilità delle decisioni giudiziarie che, per ragioni che non posso approfondire in questa sede, conservano a mio giudizio una loro validità ed attualità²²⁶.

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. Tra l'altro, il diritto del lavoro per sua stessa natura, disciplina una materia in continua trasformazione, sia per i mutamenti sociali che ne sono alla base che per la pluralità delle fonti di produzione. Si pensi, da questo punto di vista, al continuo arricchimento di materiali giuridici che deriva dalla incessante attività della contrattazione collettiva, oltre che delle fonti legislative e comunitarie. Tuttavia, sono proprio le caratteristiche di questo settore del diritto a fornire una possibile soluzione del problema. La continua evoluzione normativa realizzata dalle diverse fonti garantisce proprio quel processo di periodico adattamento dell'ordinamento alle dinamiche sociali che, al contrario, dovrebbe essere affidato al giudice. Ed anzi, proprio perché si è in presenza di un costante

²²³ Zagrebelsky 1992a, 203.

²²⁴ Chiassoni 2007, 117.

²²⁵ Cfr. *retro* § 4, testo e nt. 80.

²²⁶ Si vedano le osservazioni svolte *retro* nel § 8 testo e nt. 168 ss. Mi sembra che i principi sopra indicati, tra l'altro, siano strettamente funzionali alla coesione sociale che, in una società di per sé già fortemente disgregata, assume un ruolo fondamentale.

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.

La situazione può essere diversa in presenza di discipline giuridiche risalenti nel tempo (si pensi allo statuto dei lavoratori o alla l. 604/1966 sul licenziamenti individuali) 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 evolutiva²²⁷. 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 affermato che «il diritto non si riduce affatto alle norme (= regole 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»²²⁸.

Il 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. 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 del contratto collettivo, oppure quando trovano riscontro nella Costituzione o nei Trattati europei. In questi casi il giudice dovrà utilizzare tali valori come

²²⁷ Cfr. *retro* la giurisprudenza citata nel § 7, testo e nt. 147 e 148.

²²⁸ Baldassarre 2007, 13 - 14.

«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. Quest'ultima 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 del mondo del lavoro e così via.

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'ineludibile 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»²²⁹.

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, come in alcuni dei casi descritti nei precedenti paragrafi, 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.

²²⁹ Baldassarre 2007, 34.

Riferimenti bibliografici

- Aa. Vv. (2004), *L'interpretazione del contratto collettivo*, Giuffrè, Milano.
- Alexy R. (1998), *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, Giuffrè.
- Andronio A. (2006), *Art. 111 Cost.*, in Bifulco R., Celotto A., Olivetti M., a cura di, *Commentario alla Costituzione*, Cedam, Padova, p. 2099 ss.
- Ascarelli T. (1957), *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, RDP, p. 351 ss. (anche in Ascarelli 1959, p. 140 ss.).
- Ascarelli T. (1959), *Problemi giuridici*, I, Giuffrè, Milano.
- Baldassarre A. (2005), *Miseria del giuspositivismo giuridico*, in Aa. Vv., *Studi in onore di Gianni Ferrara*, Giappichelli, Torino, p. 201 ss.
- Baldassarre A. (2007), *Una risposta a Guastini*, www.associazionedeicostituzionalisti.it/dottrina/teoria_generale/baldassarre.html.
- Betti E. (1949), *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)*, Giuffrè, Milano.
- Betti E. (1955), *Teoria generale dell'interpretazione*, II, Giuffrè, Milano, 1990.
- Bin R. (2006), *L'applicazione diretta della costituzione, le sentenze interpretative, l'interpretazione conforme a costituzione della legge*, www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/convegni/aic200610/bin, p. 1 ss.
- Bobbio N. (1938), *L'analogia nella logica del diritto*, Istituto Giuridico della R.Università, Giappichelli, Torino.
- Bobbio N. (1965) *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni della Comunità, Milano.
- Bobbio N. (1968a), *Ancora intorno alla distinzione tra interpretazione estensiva e analogia*, GI, 1968, I, 1, 701.
- Bobbio N. (1968b), *Analogia*, NNDI, I, Utet, Torino.
- Bognetti G. (2004) *Teorie della costituzione e diritti giurisprudenziali. Note per una trattazione metodologicamente adeguata della problematica*, in Aa. Vv., *Diritto costituzionale e diritto giurisprudenziale*, Cedam, Padova.
- Brun S. (2008), *I licenziamenti per motivi economici*, p. 1 ss. (dattiloscritto), di prossima pubblicazione in DLRI, 120/4.
- Caiani L. (1958), *Analogia*, Enc. dir., II, Giuffrè, Milano.
- Carinci M.T. (2005), *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, in Galgano F., diretto da, *Trattato di diritto*

- commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, XXXVI, Cedam, Padova.
- Carnelutti F. (1927), *Teoria del regolamento collettivo dei rapporti di lavoro*, Cedam, Padova.
- Castronovo C. (1986), *L'avventura delle clausole generali*, RCDP, p. 21 ss.
- Cataudella A. (2006), *Interpretazione del contratto individuale e interpretazione del contratto collettivo*, ADL, p. 685 ss.
- Cessari A. (1963), *L'interpretazione dei contratti collettivi*, Giuffrè, Milano.
- Chiassoni P. (2005), *Art. 12 – 14 Disposizioni sulla legge in generale*, in Alpa G., Mariconda V., a cura di, *Codice civile commentato*, I, Ipsoa, Milano, p. 102 ss.
- Chiassoni P. (2007), *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, il Mulino, Bologna.
- Chiassoni P. (2008), *L'interpretazione nella giurisprudenza: splendori e miserie del «metodo tradizionale»*, p. 1 ss. (dattiloscritto), di prossima pubblicazione in DLRI, 120/4.
- Chieppa R. (2003), *La giustizia costituzionale nel 2002*, G. cost., 3169 ss.
- Civitarese Matteucci S. (2006a), *Miseria del positivismo giuridico? Giuspositivismo e scienza del diritto pubblico*, D.Pub., p. 685 ss.
- Civitarese Matteucci S. (2006b), *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa ed illegalità utile*, Giappichelli, Torino.
- Crisafulli V. (1993), *Lezioni di diritto costituzionale. L'ordinamento costituzionale italiano (Le fonti normative)*, II, 1.
- Diciotti E. (2003), *L'ambigua alternativa tra cognitivismo e scetticismo interpretativo*, Università degli Studi di Siena, Dipartimento di Scienza Storiche, Giuridiche, Politiche e Sociali, Working Paper 45, Siena, www.gips.unisi.it/files/wp45.pdf, p. 1 ss.
- Di Majo A. (1984), *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, RCDP, p. 539 ss.
- Esposito C. (1962), *Diritto vivente, legge e regolamento di esecuzione*, in G cost., I, p. 605 ss.
- Esser J. (1972), *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, Esi, Napoli, 1983.
- Finocchiaro M. (2005), *Disposizioni sulla legge in generale*, in Ruperto C., a cura di, *La giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina*, Giuffrè, Milano.
- Gadamer G. (1960), *Verità e metodo*, Fabbri, Milano, 1972.
- Gialuz M. (2008), *Art. 111 Cost.*, in Bartole S., Bin R., diretto da, *Commentario breve alla Costituzione*, Cedam, Padova.

- Giugni G. (1957), *Appunti sull'interpretazione del contratto collettivo*, RDL, 1957, II, p. 179 ss.
- Giuliani A. (1999), *Le disposizioni della legge in generale: gli articoli da 1 a 15*, in Rescigno P., diretto da, *Trattato di diritto privato*, 1, p. 377 ss.
- Gorla G. (1969), *I precedenti storici dell'articolo 12 delle disposizioni preliminari del codice civile del 1942*, FI, V, p. 112 ss.
- Gorla G. (1990), *Precedente giudiziale*, Enc. giur. Treccani, XXIII, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma.
- Gragno E. (2000), *Profili dell'interpretazione dei contratti collettivi*, Giuffrè, Milano.
- Granata R. (1998), *Corte di cassazione e Corte costituzionale nella dialettica tra controllo ermeneutico e controllo di legittimità – Linee evolutive della giurisprudenza costituzionale*, FI, I, p. 14 ss.
- Guarneri A. (1988), *Clausole generali*, Digesto civ., II, p. 403 ss.
- Guastini R. (1998), *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, Milano.
- Guastini R. (2004), *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, Milano.
- Guastini R. (2007), *Sostiene Baldassarre*, www.associazionedeicostituzionalisti.it/dottrina/teoria_generale/guastini.html.
- Guerra A. (2008), *Il contratto collettivo*, p. 1 ss. (dattiloscritto), di prossima pubblicazione in DLRI, 120/4.
- Hart H.L.A. (1961), *The Concepts of Law*, Clarendon Press, London.
- Heidegger M. (1927), *Essere e tempo*, Longanesi, Milano, 2005.
- Kelsen H. (1934), *Introduction to the Problems of Legal Theory*, by Bonnie Litschewski Paulson, e Stanley L. Paulson, Clarendon Press, Oxford, 1992.
- Kelsen H. (1950), *The Law of the United Nations. A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*, Stevens & Sons, London.
- Kelsen H. (1966), *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino.
- Lazzaro G. (1965), *L'interpretazione sistematica della legge*, Giappichelli, Torino.
- Luzzati C. (1990), *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Giuffrè, Milano.
- MacCormick N. (1978), *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford.
- Malfatti E., Panizza S., Romboli R. (2003), *Giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino.
- Marinelli V. (2008), *Studi sul diritto vivente*, Jovene, Napoli.
- Mengoni L. (1986), *Spunti per una teoria delle clausole generali*, RCDP, p. 5 ss.

- Mengoni L. (1996), *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano.
- Modugno F. (1998), *Appunti dalle lezioni di teoria dell'interpretazione*, Cedam, Padova.
- Monasteri P. G. (1993), *Interpretazione del diritto*, Digesto civ., X, p. 31 ss.
- Nogler L. (2007), *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra «principi» costituzionali*, DLRI, p. 593 ss.
- Nuzzo V. (2008), *Il lavoro a progetto e l'art. 69, primo comma, del d.lgs. 276/2003*, p. 1 ss. (dattiloscritto), di prossima pubblicazione in DLRI, 120/4.
- Onida V. (1977), *L'attuazione della Costituzione fra magistratura e Corte costituzionale*, *Scritti in onore Mortati*, IV, Giuffrè, Milano.
- Paladin L. (1996), *Le fonti del diritto italiano*, Il Mulino, Bologna.
- Persiani M. (2002), *C'è ancora un'interpretazione del contratto collettivo?*, ADL, p. 825 ss.
- Popper K. (1934), *La logica della scoperta scientifica*, Einaudi, Torino, 1995.
- Pugiotto A. (1994), *Sindacato di costituzionalità e «diritto vivente»*. *Genesi, usi, implicazioni*, Giuffrè, Milano.
- Pugiotto A. (1998), *Il riferimento al diritto vivente*, in FI, V, p. 366 ss.
- Quadri R. (1974), *Applicazione della legge in generale*, in Scialoja A, Branca G., a cura di, *Commentario del Codice Civile*, Zanichelli – Foro italiano, Bologna – Roma.
- Raimondi E. (2008), *Il contratto a termine*, p. 1 ss. (dattiloscritto), di prossima pubblicazione in DLRI, 120/4.
- Rescigno G.U. (2003), *Il giurista come scienziato*, D.Pub., 3, p. 833 ss.
- Rescigno G.U. (2007), *Interpretazione costituzionale e positivismo giuridico*, in Azzariti G., a cura di, *Interpretazione costituzionale*, Giappichelli, Torino.
- Rescigno G.U. (2008), *Comunicazione, comprensione, interpretazione di disposizioni normative*, p. 1 ss. (dattiloscritto), di prossima pubblicazione in DLRI, 120/4.
- Romboli R. (2002), *L'applicazione della costituzione da parte del giudice comune*, in Panizza S., Pizzorusso A., Romboli R., *Ordinamento giudiziario e forense*, Pisa, Plus, 249 ss.
- Romboli R. (2006), *Il ruolo del giudice in rapporto all'evoluzione del sistema delle fonti ed alla disciplina dell'ordinamento giudiziario*, www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/anticipazioni/ruolo_giudice, p. 1 ss.
- Romboli R. (2007a), *Qualcosa di nuovo...anzi di antico: la contesa sull'interpretazione conforme alla legge*,

- www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/anticipazioni/ruolo_giudice, p. 1 ss.
- Romboli R. (2007b), *La natura della corte costituzionale alla luce della sua giurisprudenza più recente*, www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/anticipazioni/ruolo_giudice, p. 1 ss.
- Ross. A. (1958), *On Law and Justice*, Stevens & Sons, London.
- Sacco R. (1999), *L'interpretazione*, in Alpa G., Monasteri P. G., Pascuzzi G., Sacco R., *Le fonti del diritto italiano Le fonti non scritte e l'interpretazione*, 2, Utet, Torino, p. 159 ss.
- Scarpelli U. (1965), *Cos'è il positivismo giuridico*, Jovene, Napoli.
- Speciale V. (2001), *La nuova legge sul lavoro a termine*, DLRI, p. 361 ss.
- Speciale V. (2003), *Il contratto a termine*, in *Interessi e tecniche di tutela nella disciplina del lavoro flessibile*, Giuffrè, Milano, p. 399 ss.
- Speciale V. (2008), *La riforma del contratto a termine dopo la legge n. 247/2007*, RIDL, I, p. 216 ss.
- Tarello G. (1974), *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Il Mulino, Bologna.
- Tarello G. (1980), *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano.
- Troper M. (1999), *Una teoria realista della interpretazione*, MSCG, 1999, 2, p. 473 ss.
- Vallebona A., Pisani C. (2001), *Il nuovo lavoro a termine*, Cedam, Padova.
- Velluzzi V. (2002), *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziali*, Giappichelli, Torino.
- Vidiri G. (2003), *L'interpretazione del contratto collettivo nel settore pubblico e privato*, RIDL, 1999, I, p. 81 ss.
- Viola F., Zaccaria G. (1999), *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Roma – Bari.
- Wroblewsky J. (1976), *Una base semantica per la teoria dell'interpretazione*, in Scarpelli U., a cura di, *Diritto e analisi del linguaggio*, Ed. di Comunità, Milano, p. 347 ss.
- Wroblewsky J. (1989), *Il ragionamento giuridico nell'interpretazione giuridica*, in Comanducci P., Guastini R., a cura di, *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, II, Giappichelli, Torino, p. 267 ss.
- Zaccaria G. (1984), *Ermeneutica e giurisprudenza. I fondamenti filosofici nella teoria di H.G. Gadamer*, Giuffrè, Milano.
- Zaccaria G. (1996), *Questioni di interpretazione*, Cedam, Padova.
- Zagrebelsky G. (1986), *La dottrina costituzionale del diritto vivente*, in *G cost.*, I, p. 1148 ss.
- Zagrebelsky G. (1992a), *Il diritto mite*, Einaudi, Torino.

Zagrebelsky G. (1992b), *Manuale di diritto costituzionale – Il sistema delle fonti del diritto*, Utet, Torino.

Abbreviazioni

| | |
|---------------------|---|
| <i>ADL</i> | - Argomenti di diritto del lavoro |
| <i>C.St.</i> | - Il Consiglio di stato |
| <i>Digesto civ.</i> | - Digesto delle discipline privatistiche. |
| <i>DLRI</i> | - Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali |
| <i>D.Pub.</i> | - Diritto Pubblico |
| <i>FA</i> | - Il foro amministrativo |
| <i>FI</i> | - Il foro italiano |
| <i>GC</i> | - Giustizia civile |
| <i>G cost</i> | - Giurisprudenza costituzionale |
| <i>MSCG</i> | - Materiali per una storia della cultura giuridica |
| <i>RCDP</i> | - Rivista critica di diritto privato |
| <i>RDC</i> | - Rivista di diritto civile |
| <i>RDL</i> | - Rivista di diritto del lavoro |
| <i>RIDL</i> | - Rivista italiana di diritto del lavoro |