

Fabrizio Politi

# Lezioni di Teoria dell'interpretazione giuridica



**Giappichelli**

## Capitolo Primo

# *L'interpretazione giuridica fra definizioni ed esperienza giuridica*

SOMMARIO: 1. La necessità e la complessità dell'interpretazione giuridica. L'esempio di due recenti pronunce delle supreme giurisdizioni civile ed amministrativa. – 1.1. Il primo esempio. La pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione n. 26283 del 6 settembre 2022. – 1.2. Il secondo esempio. La sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 9 del 5 agosto 2022. – 2. Le “dottrine” dell'interpretazione giuridica. – 3. Il principio della certezza del diritto e l'autonomia interpretativa del giudice.

### *1. La necessità e la complessità dell'interpretazione giuridica. L'esempio di due recenti pronunce delle supreme giurisdizioni civile ed amministrativa*

Nel 1905 Albert Venn Dicey scriveva che la completa assimilazione dell'interpretazione alla legislazione “equivale senza dubbio a sostenere un'assurdità. Tale assurdità, tuttavia, si avvicina al vero più di quanto non faccia chi sostiene che il diritto di origine giudiziaria non è altro che interpretazione”<sup>1</sup>.

E Dicey aggiungeva che “è talmente facile che l'interpretazione di una norma ... sconfini nell'estensione o nella fissazione *ex novo* della stessa, ossia di fatto nella legislazione, che la linea di demarcazione fra le due attività non può essere tracciata con precisione ... Quando un giudice applica le parole di una legge a un caso particolare, è ben possibile che egli si limiti semplicemente ad attenersi ad una norma, senza affatto

---

<sup>1</sup> A.V. Dicey, *Diritto e opinione pubblica nell'Inghilterra dell'Ottocento* (1905), Bologna, 1997, 483.

crearla: tuttavia ... i giudici che interpretano le leggi scritte, e l'interpretazione dei quali crea precedente, legiferano”.

Le considerazioni del celebre giurista inglese evidenziano la ineliminabile componente creativa contenuta in ogni operazione interpretativa, ma hanno anche la capacità di condensare numerose delle questioni legate alla determinazione dei caratteri dell'interpretazione giuridica.

Numerose sono le “teorie” (o, se si preferisce, le “dottrine”) dell'interpretazione giuridica, cioè le ricostruzioni teoriche su cosa sia o cosa debba essere (e come si debba svolgere) l'interpretazione giuridica.

Ad un primo disincantato sguardo sulla realtà – e le parole di Dicey sono a questo proposito esemplari – non è difficile rilevare che l'interpretazione giuridica è un'attività intellettuale che non si lascia “incasellare” in definizioni semplificatrici o comunque indirizzate a circoscrivere l'opera dell'interprete in un'attività meccanicistica e predefinita.

L'interpretazione costituisce un tema centrale nella riflessione del giurista e, a questo proposito, è necessario affermare innanzitutto che l'interpretazione giuridica è un'attività pratica perché “ha sempre di fronte a sé la vita nelle sue manifestazioni concrete”. L'interpretazione giuridica si svolge (ma non si esaurisce) all'interno del campo di tensione generato dalla disposizione regolatrice (da un lato) e dal fatto concreto che chiede di essere regolato (dall'altro). E così può affermarsi che l'interpretazione viene ad essere “la ricerca nell'ordinamento giuridico della regola adeguata al fatto da regolare”<sup>2</sup>.

Il punto di partenza della nostra riflessione deve essere rappresentato dalla ricchezza dell'esperienza giuridica e, a questo proposito, appare utile prendere le mosse da alcune recenti pronunce dei vertici della giurisprudenza civile e amministrativa.

### ***1.1. Il primo esempio. La pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione n. 26283 del 6 settembre 2022***

Le Sezioni Unite della Cassazione si trovavano a doversi pronunciare sulla applicabilità ai giudizi pendenti di una nuova disposizione legislativa (introdotta con la legge di conversione del d.l. n. 146 del 2021) la quale esclude l'impugnabilità dell'estratto di ruolo.

Infatti, l'art. 3-bis del d.l. n. 146 del 2012, introdotto con la legge di

---

<sup>2</sup> G. Zagrebelsky, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Torino, 1984, 69.

conversione n. 215 del 2012 (rubricato “*Non impugnabilità dell’estratto di ruolo e limiti all’impugnabilità del ruolo*”), ha aggiunto all’art. 12 del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 602, il comma 4-bis, il quale dispone che “*L’estratto di ruolo non è impugnabile. Il ruolo e la cartella di pagamento che si assume invalidamente notificata sono suscettibili di diretta impugnazione nei soli casi in cui il debitore che agisce in giudizio dimostri che dall’iscrizione a ruolo possa derivargli un pregiudizio per la partecipazione ad una procedura di appalto ... oppure per la riscossione di somme allo stesso dovute dai soggetti pubblici ... o infine per la perdita di un beneficio nei rapporti con una pubblica amministrazione*”.

L’art. 3-bis dichiara dunque non impugnabile l’estratto di ruolo ed indica i casi nei quali è possibile la tutela diretta per il contribuente che sostiene di non aver ricevuto la notifica della cartella.

Subito si è posta la questione (il “*dubbio interpretativo*”) relativa alla applicabilità o meno della nuova norma anche alle cause già pendenti.

Con riguardo all’efficacia nel tempo delle leggi, l’art. 11 delle preleggi (“*Disposizioni sulla legge in generale*”) afferma che “*La legge non dispone che per l’avvenire: essa non ha effetto retroattivo*”, prevedendo (sia pur non escludendo la possibilità di norme retroattive; v. *infra*), l’applicabilità solo *pro futuro* delle nuove norme (che, ai sensi dell’art. 10 sempre delle preleggi, “*divengono obbligatorie nel decimoquinto giorno successivo a quello della loro pubblicazione, salvo che sia altrimenti disposto*”).

L’istituto che regola la successione delle norme del tempo è l’abrogazione, in base alla quale la norma abrogante “*succede*” nel tempo alla norma abrogata, che dunque continua a porre la propria disciplina con riguardo ai rapporti sorti sotto il suo vigore.

Questo schema, apparentemente chiaro e semplice, nasconde in realtà molteplici quesiti quando viene applicato ai numerosi episodi della vita quotidiana caratterizzata da rapporti che non si esauriscono *uno actu*, ma aventi una durata temporale che coinvolge sia il periodo antecedente che quello successivo l’entrata in vigore delle nuove discipline legislative.

Altro esempio problematico è quello relativo alle discipline processuali, la cui modifica pone sempre la domanda relativa alla applicabilità o meno della norma subentrante ai processi pendenti e, laddove lo stesso legislatore non dia indicazioni precise in merito (ma a volte anche in tale caso), si sono sempre registrati orientamenti giurisprudenziali contrastanti, legati, non a caso, a scelte tutt’altro che “*processuali*” (o “*for-*

mali”), ma di sostanza circa il livello di garanzie o di tutela da assicurare a determinati diritti o aspettative dei singoli.

E così emerge un primo dato che bisogna sempre tenere presente in ogni riflessione sull'interpretazione giuridica: l'opera di interpretazione si concretizza in un “procedimento ricognitivo diretto ad identificare e riprodurre negli apprezzamenti dell'interprete le valutazioni comparative degli interessi in conflitto che sono già contenute nelle norme giuridiche” (Betti). L'interprete non può non svolgere propri “apprezzamenti” i quali – quantunque svolgentisi all'interno del perimetro delimitato “dalle valutazioni comparative degli interessi in conflitto ... già contenute nelle norme giuridiche” – conferiscono centralità all'attività interpretativa e dunque all'interprete il quale si raffigura *ex ante* gli esiti della propria interpretazione. E proprio perché si raffigura “prima” gli effetti della propria interpretazione, l'interprete è sempre chiamato a compiere una scelta di valore sia pure all'interno del quadro normativo esistente (quadro normativo che spesso lo stesso interprete ricostruisce secondo una propria impostazione: v. *infra*, secondo esempio).

Tornando alla pronuncia delle Sezioni Unite n. 26283 del 2022, in tale occasione – come detto – la Cassazione ha affermato l'applicabilità della nuova norma anche ai processi pendenti, nei quali dunque, alla luce della nuova norma, i contribuenti dovranno dimostrare (pena l'inammissibilità del ricorso) il pregiudizio sussistente al momento della proposizione dell'impugnazione dell'estratto di ruolo.

### 1.2. *Il secondo esempio. La sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 9 del 5 agosto 2022*

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato era chiamata a pronunciarsi sul caso di un professore universitario che contestava l'applicazione, nei suoi confronti, di una nuova norma che introduce un trattamento economico peggiore rispetto a quello già in godimento.

Più precisamente, tale professore universitario, eletto consigliere del Consiglio superiore della magistratura (C.S.M.) per il quadriennio 1998-2002, alla cessazione di tale mandato, rientrando nei ruoli dell'Università, si vedeva corrisposto un assegno *ad personam* come previsto dall'art. 3 della legge 3 maggio 1971, n. 312 (contenente rinvio per “effetti e limiti” di tale assegno all'art. 202 del Testo Unico degli impiegati civili dello Stato approvato con d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3).

Il quadro normativo era così composto.

L'art. 202 (*"Assegno personale nei passaggi di carriera"*) del d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3 (*"Testo unico delle disposizioni concernenti lo stato degli impiegati civili dello Stato"*), disponeva che *"Nel caso di passaggio di carriera presso la stessa o diversa amministrazione agli impiegati con stipendio superiore a quello spettante nella nuova qualifica è attribuito un assegno personale, utile a pensione, pari alla differenza fra lo stipendio già goduto ed il nuovo, salvo riassorbimento nei successivi aumenti di stipendio per la progressione di carriera anche se semplicemente economica"*.

L'art. 3 della legge 3 maggio 1971, n. 312 (*"Trattamento economico dei componenti del Consiglio superiore della magistratura eletti dal Parlamento cessati dalla carica"*) dispone che *"Ai componenti che fruiscono del trattamento previsto dall'articolo 40, comma terzo, della legge 24 marzo 1958, n. 195 l'assegno mensile a carico del Consiglio superiore della magistratura verrà tramutato, all'atto della cessazione dalla carica per decorso del quadriennio, in assegno personale agli effetti e nei limiti stabiliti dall'articolo 202 del testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato approvato con decreto del Presidente della Repubblica 10 gennaio 1957, n. 3. In tali casi la liquidazione dei trattamenti di quiescenza e di previdenza avrà luogo con le norme vigenti per il personale della magistratura. L'attribuzione dell'assegno di cui al comma precedente esclude la concessione dell'indennità di cui all'articolo 1 della presente legge"*.

E l'art. 40, comma 3, della legge n. 195 del 1958 (citato dalla predetta disposizione) aveva ad oggetto il trattamento dovuto ai *"componenti eletti dal Parlamento che fruiscono di stipendio o di assegni a carico del bilancio dello Stato"* in costanza di carica. Va aggiunto che, siccome l'art. 104, comma 4, Cost. dispone che i componenti del C.S.M. eletti da Parlamento siano scelti tra professori ordinari di università in materie giuridiche e avvocati dopo quindici anni di servizio, i consiglieri del C.S.M., eletti dal Parlamento interessati dall'art. 3 della legge n. 312 del 1971, erano i professori universitari.

L'art. 3 della legge n. 312 del 1971 definiva dunque il trattamento economico dei consiglieri del C.S.M., eletti dal Parlamento e provenienti dai ruoli di pubbliche amministrazioni, alla cessazione dalla carica. Ad essi spettava, per il periodo della consiliatura, il trattamento economico stabilito dall'art. 40, comma 2, della legge n. 195 del 1958, e, al rientro nella posizione di provenienza, un assegno *ad personam* che, per il rinvio effettuato al citato art. 202, era quantificato nella differenza tra quanto percepito in costanza di carica e il trattamento già goduto nell'amministrazione di provenienza, ed era anch'esso pensionabile e riassorbibile.

Il 1° gennaio 2014 entrava in vigore l'art. 1, comma 458, della legge 27 dicembre 2013, n. 147, che così dispone: *“L'articolo 202 del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 10 gennaio 1957, n. 3 e l'articolo 3, commi 57 e 58, della legge 24 dicembre 1993, n. 537, sono abrogati. Ai pubblici dipendenti che abbiano ricoperto ruoli o incarichi, dopo che siano cessati dal ruolo o dall'incarico, è sempre corrisposto un trattamento pari a quello attribuito al collega di pari anzianità”*.

In applicazione di tale nuova disposizione legislativa, l'Università comunicava la cessazione dell'assegno personale a decorrere dal gennaio 2014.

Il professore ricorreva al Tar Lazio che (sez. III, sent. n. 8984 del 2016) accoglieva il ricorso affermando che alla nuova disciplina legislativa (art. 1, commi 458 e 459, della legge n. 147 del 2013), in assenza di espressa qualificazione di retroattività, andava data una lettura “costituzionalmente orientata” (v. *infra*, cap. IV), tale da escluderne l'applicazione ai rapporti giuridici sorti anteriormente alla sua entrata in vigore ed ancora in vita, in modo da evitare il disconoscimento di effetti (già verificatisi) di un fatto già realizzatosi ovvero di efficacia a conseguenze (attuali o future) del fatto medesimo.

Per il Tar Lazio, dunque, la nuova disposizione è chiamata a regolare solo i rapporti instauratisi successivamente all'entrata in vigore della stessa (o comunque per i rapporti nei quali non vi sia collegamento con il fatto che li ha generati).

Secondo il Tar, l'applicazione della nuova norma anche ai rapporti instauratisi anteriormente all'entrata in vigore della stessa si pone in contrasto con il principio di irretroattività della legge (art. 11 della preleggi, secondo cui *“La legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo”*). E se la Costituzione (art. 25) vieta la retroattività solo in materia penale, sicché nelle altre materie al legislatore è concessa la possibilità di modificare in senso sfavorevole la disciplina dei rapporti in corso, la Corte costituzionale ha affermato che il legislatore è comunque tenuto al rispetto del legittimo affidamento nella sicurezza dei rapporti giuridici (quale parametro di ragionevolezza dello *jus superveniens*). Pertanto, laddove la posizione soggettiva incisa dalla nuova legge sia “consolidata” (poiché *“radicata non soltanto su un provvedimento amministrativo che l'ha disposta ..., ma anche sull'esercizio effettivo delle attribuzioni connesse a quella posizione”*), è la “posizione soggettiva” a dover prevalere *“in un'ottica di bilanciamento di interessi tra quello pubblico e quello dei soggetti nei quali è sorto il legittimo affidamento nella si-*

*curezza giuridica nutrito sulla base della normativa previgente, in base alla quale hanno maturato una situazione sostanziale consolidata”.*

Inoltre il Tar Lazio aggiungeva che l'abrogazione del (“solo”) art. 202 T.U. impiegati civili dello Stato non si rivela “*sufficiente ad eliminare dall'ordinamento anche gli effetti dell'art. 3 della L. n. 312/1971*”, poiché l'art. 202 mirava ad evitare effetti negativi economici del passaggio di carriera degli impiegati, mentre l'art. 3 della legge n. 312 del 1971 riguarda la diversa situazione di quei dipendenti che alla scadenza di un incarico onorario (e dunque non di un rapporto di impiego) rientrano nei ruoli della propria amministrazione di appartenenza; l'abrogazione della prima disposizione non esclude la perdurante vigenza della seconda, per eliminare la quale sarebbe stata necessaria una specifica disposizione di legge a contenuto abrogativo (ed anche in questo caso si sarebbe dovuto tener conto del principio di irretroattività sopra affermato).

Il Tar dunque accoglieva il ricorso del professore facendo leva su due argomenti:

– uno attinente alla portata (ambito di estensione soggettiva) della nuova disposizione legislativa, per cui (secondo il Tar) la nuova norma non riguardava il caso di specie;

– uno attinente alla “retroattività” o meno della nuova disciplina legislativa, cioè alla capacità della stessa di introdurre norme capaci di incidere negativamente su rapporti sorti anteriormente ed ancora *in itinere*.

A ben vedere le due argomentazioni si pongono (se non in contraddizione) non in piena armonia l'una con l'altra giacché se la nuova disposizione legislativa non riguarda il caso di specie (per ambito soggettivo), il secondo argomento (la irretroattività della nuova disciplina) appare indifferente (o pleonastico). Ma probabilmente il Tar ha ritenuto di dover “irrobustire” le motivazioni della propria decisione evidenziando che, anche laddove si fosse ritenuto applicabile la nuova disciplina al caso di specie, comunque la nuova norma non avrebbe dovuto trovare applicazione *ratione temporis*.

In sede di appello l'Università eccepiva che le disposizioni di cui all'art. 1, commi 458 e 459, della legge n. 147 del 2013, “*per il loro inequivoco tenore letterale come pure per la ratio ad esse sottesa*” (contenimento della spesa pubblica mediante la cessazione di tutti gli assegni *ad personam* in godimento a dipendenti pubblici cessati da ruoli o incarichi precedentemente svolti) andavano applicate anche ai rapporti giuridici sorti anteriormente ed ancora pendenti.



Ed anche con riguardo all'ambito soggettivo della nuova disciplina, l'Università affermava che la portata abrogativa delle nuove disposizioni, *“per quanto testualmente riferita al solo art. 202 del T.U. impiegati civili dello Stato”*, non poteva non estendersi anche all'art. 3 della legge n. 312 del 1971 (ricomprendendo dunque anche l'assegno personale corrisposto al dipendente pubblico rientrato nei ruoli dell'amministrazione di appartenenza alla cessazione della carica di consigliere c.d. laico del C.S.M.), in ragione dello stretto rapporto esistente fra le due disposizioni. L'art. 3 della legge n. 312 del 1972 infatti rinvia all'art. 202 T.U. impiegati civili dello Stato, e pertanto non sarebbe possibile ritenere che il primo continui ad essere in vigore dopo l'abrogazione espressa del secondo. Al contrario, va rilevata una *“abrogazione implicita”* – avvenuta *“per rinnovazione della materia”* – dell'art. 3 cit., avendo il legislatore dettato una nuova disciplina organica di tutta la materia del trattamento economico spettante ai dipendenti pubblici rientrati nei ruoli dell'amministrazione di appartenenza.

La Sezione VII del Consiglio di Stato (in ragione dell'esistenza di un contrasto di orientamenti in merito alla perdurante vigenza dell'art. 3 della legge n. 312 del 1971, in materia di trattamento economico dei componenti c.d. laici del C.S.M. cessati dalla carica, a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 1, commi 458 e 459, legge n. 147 del 2013 e, per il caso di riconosciuto effetto abrogativo, relativamente alla sua estensione anche ai rapporti sorti antecedentemente ed ancora in corso di svolgimento), con ordinanza (8 marzo 2022, n. 1672) rimetteva all'Adunanza Plenaria la decisione dei seguenti quesiti:

*“a) se le disposizioni normative di cui all'art. 1, commi 457 e 458, della l. n. 147 del 2013, nonché quelle di cui all'articolo 8, comma 5, della legge n. 370 del 1999 (nel testo vigente) siano applicabili anche ai componenti cc.dd. laici del Consiglio superiore della Magistratura (con la conseguenza di rendere inapplicabili nei loro confronti l'istituto dell'assegno ad personam) ovvero se questi ultimi siano esclusi dalla applicazione delle norme ivi contenute, anche in ragione del particolare munus ad essi affidato (art. 104, comma 4, Cost.)”;*

*“b) (in caso di risposta affermativa al primo quesito) se le disposizioni normative de quibus siano applicabili ai ratei da corrispondersi a partire da 1° febbraio 2014, anche se il conferimento dell'incarico di componente c.d. laico del Consiglio superiore della Magistratura sia avvenuto antecedentemente alla data di entrata in vigore della l. n. 147/2013”.*

Nella giurisprudenza del Consiglio di Stato si erano affermati due diversi orientamenti.

Secondo un primo orientamento (Consiglio di Stato, sez. VI, sentt. nn. 1384 e 1385 del 2018; Sez. III, sent. n. 8026 del 2021), l'art. 3 della legge n. 312 del 1972 sarebbe stato abrogato dalle disposizioni introdotte nel 2013 in via implicita o comunque sarebbe stato oggetto di un fenomeno di *"svuotamento normativo"*. E, considerato che il comma 459 dell'art. 1 della legge n. 147 del 2013 impone alle amministrazioni di adeguare i trattamenti giuridici *"a partire dalla prima mensilità successiva alla data di entrata in vigore"*, l'assegno personale non sarebbe più dovuto in relazione ai ratei retributivi da corrispondersi a partire dal 1° febbraio 2014; ed in tali sentenze si afferma che tale retroattività (c.d. *"impropria"*) è stata ritenuta non in contrasto con i limiti che la giurisprudenza costituzionale e della Corte EDU hanno posto alla legittima introduzione di discipline retroattive.

Orientamento contrapposto è quello (espresso dal Consiglio della Giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, sentenza 14 aprile 2016, n. 89; Consiglio di Stato, Sez. VI, sent. n. 5801 del 2017) secondo cui l'art. 3 della legge n. 312 del 1971, in quanto *"norma speciale"* (perché rivolta a regolare il caso particolare del professore universitario eletto componente del C.S.M.), non potrebbe dirsi abrogata in seguito all'abrogazione di una norma di carattere generale, quale l'art. 202 T.U. impiegati civili dello Stato, che si riferiva a *"compiti, funzioni incarichi svolti all'interno dell'amministrazione"*, ma non contemplava in alcun modo lo svolgimento di funzioni di competenza degli organi costituzionali. Secondo questa impostazione, la legge del 2013 sarebbe priva di effetto abrogativo nei confronti dell'assegno *ad personam* di cui alla legge n. 312 del 1971, sia per mancanza di abrogazione espressa di quest'ultima disposizione, sia in ragione del carattere speciale dell'attribuzione patrimoniale disciplinata (che non potrebbe dunque dirsi travolta dall'abrogazione dell'art. 202 T.U. impiegati civili dello Stato).

La Sezione VII (nel rimettere le sopra indicate questioni all'Adunanza Plenaria) dichiarava la sua preferenza per il primo orientamento, ponendo come base del proprio ragionamento la distinzione fra il *"carattere"* dell'art. 202, quale una *"norma di carattere generale"*, e quello dell'art. 3 della legge n. 312 del 1971, quale *"norma speciale ma non singolare"*.

La prima, infatti, era *"norma generale sul trattamento economico del dipendente pubblico in caso di passaggio di carriera"*: in tale norma era prevista la conservazione del trattamento economico – più favorevole –

in godimento nella precedente posizione mediante corresponsione di assegno *ad personam*, pari alla differenza tra lo stipendio già goduto e il nuovo stipendio, pensionabile e riassorbibile. Tale norma era espressione del principio del divieto di *reformatio in pejus* del trattamento economico in caso di passaggio di carriera (anche allo scopo di favorire processi di mobilità all'interno della stessa amministrazione o tra amministrazioni diverse).

La seconda norma (art. 3 della legge n. 312 del 1971) era invece definita (dalla VII sezione del Consiglio di Stato) "*norma speciale, ma non singolare*": "speciale" perché si riferiva al trattamento dovuto ai dipendenti pubblici – e nello specifico ai professori universitari – eletti componenti c.d. laici del C.S.M. alla cessazione dalla carica, ma "*non singolare*" in ragione dell'esistenza di altre norme nell'ordinamento chiamate a disciplinare "*il trattamento economico (e giuridico) spettante al dipendente pubblico alla cessazione di un incarico cui sia stato eletto (o nominato)*" (quali, ad esempio, l'art. 2 della legge n. 265 del 1985 relativa ai giudici della Corte costituzionale; o l'art. 88 del d.P.R. n. 361 del 1957, con riguardo ai dipendenti pubblici eletti deputati o senatori; o l'art. 47, comma 2, della legge n. 146 del 1980, con riguardo ai dipendenti pubblici, non membri del Parlamento che abbiano assunto la carica di Ministro e di Sottosegretario di Stato).

L'Adunanza Plenaria, oltre alle norme già esaminate, ricorda, con riguardo alla disciplina relativa ai professori universitari, l'art. 8, quinto comma, della legge n. 370 del 1999 ("*Disposizioni in materia di università e di ricerca scientifica e tecnologica*"), che, nella sua originaria formulazione, prevedeva che: "*Nei casi in cui la normativa vigente consenta al personale assunto o rientrato nei ruoli dei professori e ricercatori universitari di conservare l'importo corrispondente alla differenza tra il trattamento economico complessivo goduto nel servizio o nell'incarico svolto precedentemente e quello attribuito al professore o ricercatore universitario di pari anzianità, tale importo è attribuito come assegno ad personam da riassorbire per effetto sia della progressione economica e dell'assegno aggiuntivo di cui agli articoli 36, 38 e 39 del decreto del Presidente della Repubblica 11 luglio 1980, n. 382, sia di ogni altro incremento retributivo attribuito al personale docente e ricercatore delle università*".

Successivamente, con l'art. 5, comma 10-ter, del d.l. n. 95 del 2012, conv. con mod. dalla legge n. 135 del 2012, tale disposizione è stata così riformulata: "*Al professore o ricercatore universitario rientrato nei ruoli è corrisposto un trattamento pari a quello attribuito al collega di pari anzia-*

nità. In nessun caso il professore o ricercatore universitario rientrato nei ruoli delle università può conservare il trattamento economico complessivo goduto nel servizio o incarico svolto precedentemente, qualsiasi sia l'ente o istituzione in cui abbia svolto l'incarico. L'attribuzione di assegni ad personam in violazione delle disposizioni di cui al presente comma è illegittima ed è causa di responsabilità amministrativa nei confronti di chi delibera l'erogazione". Ed il Consiglio di Stato rileva che tale disposizione "è stata evidentemente ritenuta non applicabile al caso del professore universitario rientrato nei ruoli dell'università dopo aver svolto l'incarico di componente c.d. laico del C.S.M. per la perdurante vigenza dell'art. 3 della legge n. 312 del 1971".

Ed è di fronte a tale quadro normativo che bisogna interrogarsi sulla portata dell'art. 1, comma 458, della legge n. 147 del 2013, secondo cui "L'articolo 202 del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 10 gennaio 1957, n. 3 e l'articolo 3, commi 57 e 58, della legge 24 dicembre 1993, n. 537, sono abrogati. Ai pubblici dipendenti che abbiano ricoperto ruoli o incarichi, dopo che siano cessati dal ruolo o dall'incarico, è sempre corrisposto un trattamento pari a quello attribuito al collega di pari anzianità".

Il Consiglio di Stato rileva che il comma 458 si compone di due norme: a) la prima abroga espressamente l'art. 202 del d.P.R. n. 3 del 1957, che, unitamente all'art. 3, commi 57 e 58, della legge n. 537 del 1993, poneva la disciplina dei c.d. passaggi di carriera; b) la seconda pone la regola secondo cui alla cessazione dell'incarico ricoperto (o del diverso ruolo assunto) al dipendente pubblico che rientri nell'amministrazione di provenienza spetta un trattamento pari a quello del collega con pari anzianità.

Pertanto, con riguardo al caso di specie, bisogna stabilire in che rapporto si ponga la nuova regola con le previgenti disposizioni in materia di trattamento economico e giuridico del dipendente pubblico ed in particolare con la disposizione di cui all'art. 3 della legge n. 312 del 1972, riferita ai professori eletti consiglieri c.d. laici del C.S.M.

Il Consiglio di Stato si interroga dunque sulla volontà del legislatore: "Occorre domandarsi se il legislatore abbia inteso disporre la loro abrogazione, tacita o implicita, o se, invece, abbia voluto innovare all'ordinamento giuridico senza effetti sulle disposizioni previgenti".

Con riguardo alla portata dell'art. 15 delle preleggi (secondo cui "Le leggi non sono abrogate che da leggi posteriori per dichiarazione espressa del legislatore, o per incompatibilità tra le nuove disposizioni e le preceden-

*ti o perché la nuova legge regola l'intera materia già regolata dalla legge anteriore"), l'Adunanza Plenaria ricorda che "Si suole distinguere tre tipologie di abrogazione: a) l'abrogazione espressa qualora una norma successiva espressamente dichiara abrogata una norma precedente; b) l'abrogazione tacita (anche denominata da parte della dottrina abrogazione implicita) che avviene nel caso in cui la norma successiva risulta incompatibile con quella precedente di modo che sia resa impossibile la contemporanea applicazione delle due leggi in comparazione, per cui dall'applicazione ed osservanza della successiva deriva necessariamente la disapplicazione o l'inosservanza dell'altra; c) l'abrogazione per rinnovazione della materia se, alla luce di una disamina complessiva delle varie disposizioni, si giunge a ritenere che il legislatore abbia inteso innovare completamente una certa materia, con l'avvertenza che qui per 'materia' ... deve intendersi ... anche solo un particolare segmento di una certa materia che la nuova normativa sottopone a diversa disciplina".*

Quest'ultima tipologia, alla quale si assegna in genere la qualifica di "abrogazione implicita" (e che l'Adunanza Plenaria preferisce indicare con l'espressione "abrogazione per rinnovazione della materia") è indicata quale "prerogativa del legislatore che può innovare la disciplina di una materia senza doversi far carico di ricercare e disporre l'abrogazione espressa di tutte le (precedenti) disposizioni con la nuova incompatibili, ma rimettendo tale compito all'interprete che di esse si trovi a dover far applicazione in vicenda concreta", giacché "anche senza che di queste ultime sia stata disposta l'abrogazione espressa, si presume, infatti, dalla lettera e dal contenuto della nuova legge, la volontà del legislatore che le precedenti disposizioni non siano più applicate dopo l'entrata in vigore della nuova disciplina".

Nel caso di specie, la norma del 2013, con riguardo alle disposizioni previgenti in esame, se abroga espressamente solo l'art. 202 cit. e l'art. 3, commi 57 e 58, della legge n. 537 del 1993, non pone un'abrogazione tacita dell'art. 3 della legge n. 312 del 1971, in ragione dell'applicazione del brocardo *lex posterior generalis non derogat priori specialis*. Infatti, le disposizioni previgenti, poiché connotate da elementi di specialità, potrebbero restare vigenti anche a seguito dell'introduzione della nuova regola.

L'Adunanza plenaria ritiene, invece, che si sia prodotta un'abrogazione delle disposizioni previgenti incompatibili (e dunque anche dell'art. 3 della legge n. 312 del 1971) per "rinnovazione della materia" (definita dalla maggior parte della dottrina "abrogazione implicita").

Da sottolineare, nella motivazione della pronuncia del Consiglio di Stato, l'insistenza sulla "volontà del legislatore" che – secondo l'Adu-

nanza Plenaria – con la norma contenuta nella seconda parte del comma 458 cit., *“ha fissato una regola unitaria per quella particolare vicenda del rapporto di pubblico impiego rappresentata dal rientro nei ruoli di provenienza in seguito alla cessazione dell’incarico (o del ruolo) al quale il dipendente sia stato eletto o nominato”*, disponendo che *“il trattamento dovuto sarà equivalente a quello attribuito al collega di pari anzianità”*. Il Consiglio di Stato rileva che *“Se è vero che all’entrata in vigore della nuova norma, spetta all’interprete – e in sede giurisdizionale – rivelare la volontà del legislatore, è corretto dire che la disposizione qui in esame si presenta connotata da una evidente portata di uniformazione delle diversificate previgenti discipline, appare cioè caratterizzata da un afflato generalizzante, per cui ora v’è una sola regola che vale a disciplinare tale particolare e specifica vicenda del rapporto di pubblico impiego”*.

Ed il Consiglio di Stato utilizza anche un argomento *a contrario*: *“a voler diversamente opinare, considerato che nel precedente assetto normativo siffatta vicenda del rapporto di impiego pubblico trovava discipline diversificate a seconda dell’incarico cui il dipendente pubblico era stato destinato e dal quale cessava – o, altrimenti detto, v’era un reticolato di norme speciali – la nuova norma, non riferita alla cessazione di uno specifico incarico, e quindi, di portata generale, non potrebbe trovare mai concreta applicazione”*. E proprio questa conclusione sarebbe *“elusiva della chiara volontà del legislatore quale emerge dall’analisi diacronica delle disposizioni rilevanti in precedenza svolta”*.

Da segnalare che, nella motivazione della pronuncia in esame, l’accento posto sulla *“volontà del legislatore”* è funzionale anche a superare le argomentazioni fatte valere dall’orientamento contrapposto che faceva leva sui *“termini utilizzati dal legislatore nella formulazione del comma 458”*. Secondo tale tesi, la formulazione letterale del comma 458 (che fa riferimento al dipendente pubblico che abbia ricoperto – presso altra amministrazione – un *“incarico”* ovvero un *“ruolo”*) non sarebbe applicabile al professore universitario rientrante nell’Università dopo essere stato consigliere del C.S.M. giacché quello di componente laico del C.S.M. sarebbe una *“carica istituzionale”* ovvero un *“munus pubblico”* (rispetto al quale, quindi, non è assunto alcun *“ruolo”*, né *“incarico”*).

Ma per il Consiglio di Stato, nel caso di specie, *“la terminologia utilizzata dal legislatore”* è *“ininfluente”* per diverse ragioni.

Innanzitutto, se è vero che l’art. 104 Cost., in relazione ai membri del C.S.M., utilizza il termine *“carica”* (termine rinvenibile anche nelle disposizioni costituzionali relative ad altri organi: Presidente della Repub-

blica all'art. 85 Cost.; Presidente del Consiglio e ministri all'art. 96 Cost.), *“ciò non comporta alcuna specialità ai fini che qui interessano”*. Per il Consiglio di Stato *“entrambi i termini – ‘carica’ e ‘incarico’ – evocano il concetto di peso, essendo la ‘carica’ l’operazione di porre il peso sopra una persona e, dunque, per l’impegno che ciò comporta, in via traslata, quello di assunzione di un ufficio pubblico, e così, identicamente, l’incarico è l’esito dell’operazione di carica, per cui potrebbe dirsi che etimologicamente non vi sia differenza tra i due termini”*. Ma soprattutto *“quel che più conta è che, per aver il legislatore indicato i destinatari della disposizione in coloro che abbiano ‘ricoperto un ruolo o incarico’, può affermarsi che il concetto di ‘incarico’ sia qui usato in maniera metonimica: riferendosi all’atto di conferimento – l’‘incarico’, appunto – il legislatore ha inteso riferirsi all’esercizio della funzione (in conseguenza di un atto di conferimento) al di fuori dell’amministrazione di appartenenza ...; il che ovviamente significa ... assunzione della titolarità di un organo monocratico o di componente di organo collegiale”*.

Quindi, *“la formula linguistica utilizzata dal legislatore ricomprende certamente anche il concetto di ‘carica’, in quanto l’assunzione di una carica comporta l’esercizio di una funzione ed anche essa presuppone un atto di conferimento (per nomina o per elezione) della funzione ovvero, altrimenti detto, della titolarità dell’organo (anche di rilevanza costituzionale), che comporti instaurazione del rapporto organico”*.

E proprio con riguardo al profilo testuale, il Consiglio di Stato ha gioco facile a rilevare che l’art. 3 della legge n. 312 del 1971 disponeva l’attribuzione di emolumenti *“agli effetti e nei limiti stabiliti dall’art. 202”* del T.U. n. 3 del 1957. E l’art. 1, comma 458, della legge n. 147 del 2013, abrogando l’art. 202, ha fatto venir meno *“la disposizione che garantiva in contenuto lo stesso art. 3, determinando così quanto spettante in base all’art. 202 dello stesso T.U.”*. Si è così determinata una *“abrogazione consequenziale dello stesso art. 3 per incompatibilità”*.

Per l’Adunanza Plenaria, dunque, in merito all’estensione soggettiva di tale norma, l’art. 1, comma 458, della legge n. 147 del 2013, deve trovare applicazione anche nei confronti dei professori universitari eletti componenti c.d. laici del C.S.M. che alla cessazione dell’incarico siano rientrati nei ruoli dell’università di provenienza.

Con riguardo al secondo quesito (l’efficacia temporale della sopravvenuta disposizione normativa, e cioè se essa sia applicabile ai ratei da corrispondere ai professori universitari a partire dal 1° febbraio 2014, anche se la data di cessazione dell’incarico sia stata antecedente all’en-

trata in vigore della nuova normativa), il Consiglio di Stato rileva che *“L’efficacia temporale della nuova disposizione è stabilita dal comma 459 della legge di stabilità 2014 per il quale: ‘Le amministrazioni interessate adeguano i trattamenti giuridici ed economici, a partire dalla prima mensilità successiva alla data di entrata in vigore della presente legge, in attuazione di quanto disposto dal comma 458, secondo periodo, del presente articolo e dall’articolo 8, comma 5, della legge 19 ottobre 1999, n. 370, come modificato dall’articolo 5, comma 10-ter, del decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95, conv., con modif., dalla legge 7 agosto 2012, n. 135”*.

Per il Consiglio di Stato *“La norma è chiara e non dà adito a dubbi interpretativi: le amministrazioni sono tenute ad applicare immediatamente la nuova disposizione (id est. a partire dalla prima mensilità successiva alla sua entrata in vigore) e, di conseguenza, a rivedere il trattamento giuridico ed economico in godimento dei dipendenti già beneficiari del previgente regime, ormai superato dalla nuova disciplina”*.

Al tempo stesso, per l’Adunanza Plenaria, bisogna verificare se tale scelta del legislatore si ponga in contrasto con la Costituzione e se si debba cercare di vagliare la praticabilità di un’interpretazione costituzionalmente conforme.

La scelta del legislatore di disporre l’immediata revisione del trattamento giuridico ed economico in godimento dei dipendenti cessati dall’incarico di consigliere del C.S.M. viene a porsi come *“norma connotata da retroattività c.d. impropria”*.

Secondo l’insegnamento delle Sezioni Unite della Cassazione (Cass. civ., Sez. Un., 29 gennaio 2021, n. 2142), *“una norma è retroattiva: a) se introduce, sulla base di una nuova qualificazione di fatti e rapporti già assoggettati all’imperio di una legge precedente, una disciplina degli effetti già esauriti alla vigenza della legge precedente ovvero b) se introduce una nuova disciplina degli effetti di un rapporto sorto in precedenza senza distinguere tra effetti che si siano verificati anteriormente o posteriormente alla sua entrata in vigore; non è retroattiva, invece, se disciplina status, situazioni soggettive e rapporti che, pur costituendo lato sensu gli effetti di un pregresso fatto generatore (e, per questo, previsti e considerati nel quadro di una diversa normazione), siano ontologicamente e funzionalmente (e, quindi, indipendentemente dal loro collegamento con il fatto generatore) distinti e, per questo, suscettibili di una nuova regolamentazione mediante l’esercizio di poteri e facoltà non consumati sotto la vecchia disciplina”*.

Invece per la giurisprudenza amministrativa (Cons. Stato, sez. VI, 15 febbraio 2022, n. 1093, che si pronuncia proprio sulla portata retroattiva



del comma 459 in esame; sez. III, 1° dicembre 2021, n. 8026; sez. VI, 14 maggio 2021, n. 3809; sez. V, 4 dicembre 2020, n. 7695; sez. VI, 2 ottobre 2019, n. 6620), *“le prime due sono ipotesi di retroattività c.d. propria, l'ultima di retroattività c.d. impropria, in quanto la successiva disposizione, pur disponendo per il futuro, incide sullo stato dei rapporti giuridici che sono sorti in ragione di fatti generatori anteriori alla sua entrata in vigore”*.

Il comma 458 dell'art. 1 della legge del 2013 viene dunque ad essere connotato da *“retroattività impropria”* giacché: *“a) considera un fatto generatore di un rapporto giuridico – la cessazione dall'incarico di consigliere c.d. laico del C.S.M. – che si è verificato anteriormente alla sua entrata in vigore; b) quel rapporto giuridico era disciplinato da una previgente disciplina alla quale le parti sono state sottoposte per un certo periodo; c) introduce una nuova disciplina cui le parti sono sottoposte a partire dalla sua entrata in vigore”*. Va pertanto rilevata l'esistenza di *“una cesura tra due diverse discipline”*, corrispondente al momento di entrata in vigore della nuova norma, sicché *“uno stesso rapporto, per il tempo della sua durata, è regolato prima in un modo e poi in altro”*.

Questo fenomeno giuridico (la nuova regola del rapporto), in via generale ammissibile, è parimenti ammissibile laddove introduca un peggioramento del trattamento economico del dipendente pubblico, incidendo negativamente sui diritti in godimento? È necessario dunque accertare l'eventuale contrasto della nuova disciplina con il principio del legittimo affidamento del dipendente pubblico.

A questo proposito, il Consiglio di Stato ricorda che *“Il principio del legittimo affidamento nella certezza delle situazioni giuridiche costituisce un limite alla scelta del legislatore ordinario di introdurre discipline che modificano rapporti giuridici in corso di svolgimento”*. E, nell'ottica dei rapporti amministrativi, tale principio *“tutela l'aspettativa della parte privata a poter conservare – per tutto il periodo di spettanza e nell'originaria entità – l'utilità legittimamente acquisita in forza di un atto della pubblica amministrazione; così inteso vale per ogni norma retroattiva, nelle due accezioni, propria e impropria, prima esposte (e con specifico riguardo alle leggi di interpretazione autentica)”*.

Il legittimo affidamento opera dunque quale limite all'adozione di norme retroattive e trova fondamento nell'art. 3 Cost. e nel divieto di introdurre ingiustificate disparità di trattamento (oltre che nei principi connaturati allo Stato di diritto, quale l'indispensabile coerenza dell'ordinamento giuridico e la certezza del diritto: Corte cost. nn. 46 e 210 del 2021; n. 12 del 2018; n. 191 del 2014). Ma la stessa Corte costituzionale

ha chiarito che il principio del legittimo affidamento non pone un “limite assoluto, né inderogabile”, giacché “nel nostro sistema costituzionale non è interdetto al legislatore di emanare disposizioni le quali modifichino sfavorevolmente la disciplina dei rapporti di durata, anche se il loro oggetto sia costituito da diritti soggettivi perfetti ... Dette disposizioni però, al pari di qualsiasi precetto legislativo, non possono trasmodare in un regolamento irrazionale e arbitrariamente incidere sulle situazioni sostanziali poste in essere da leggi precedenti, frustrando così anche l'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica, che costituisce elemento fondamentale e indispensabile dello Stato di diritto” (così Corte cost. n. 349 del 1985, n. 349, n. 302 del 2010, nn. 206 e 236 del 2009).

La disposizione che introduce una disciplina peggiorativa deve dunque essere sottoposta ad uno scrutinio di ragionevolezza quale “verifica del corretto bilanciamento tra le opposte esigenze”: da un lato, l'aspettativa del privato a conservare quel che ha acquisito, dall'altro lato, l'esigenza che giustifica l'intervento in senso peggiorativo del preesistente assetto di interessi deciso dal legislatore (c.d. “causa normativa adeguata”) consistente in un interesse pubblico sopravvenuto o in una esigenza – o in un principio, o diritto o bene – di rilievo costituzionale (Corte cost. n. 203 del 2016; n. 34 del 2015; n. 92 del 2013).

La nuova disciplina del trattamento economico del dipendente pubblico alla cessazione dell'incarico risponde ad un'esigenza di contenimento della spesa pubblica e le ragioni di contenimento della spesa pubblica possono giustificare la modifica della disciplina dei rapporti in corso di svolgimento.

Il Consiglio di Stato rileva inoltre che, attraverso la nuova disciplina, “sono eliminate ragioni di differenziazione dei trattamenti economici all'interno della stessa amministrazione: prevedendo che alla cessazione dell'incarico sia corrisposto al dipendente ‘un trattamento pari a quello attribuito al collega di pari anzianità’ il legislatore riconosce che il tempo della durata dell'incarico c.d. esterno valga ai fini dell'anzianità di servizio ... come la continuativa attività lavorativa che per lo stesso periodo sia svolta all'interno dell'amministrazione, dando così alle due carriere ... pari dignità quanto alla maturazione del trattamento economico”. E la misura è proporzionata giacché l'interessato è privato di un *surplus* di retribuzione riferita ad un incarico ormai passato, non supporta alcun “onere individuale eccessivo”, di modo che si può ben dire raggiunto il giusto bilanciamento (*fair balance*) tra interesse generale e diritti fondamentali della persona.

Pertanto l'Adunanza Plenaria afferma che la nuova disciplina si ap-

plica ai ratei da corrisponderci a partire dal 1° febbraio 2014, anche se il conferimento dell'incarico di componente c.d. laico del C.S.M. sia avvenuto antecedentemente alla data di entrata in vigore della legge n. 147 del 2003 e senza che ciò comporti lesione del legittimo affidamento maturato dal consigliere.

I due esempi appena esaminati, oltre a confermare “plasticamente”, la ricchezza del fenomeno interpretativo, hanno già messo sul tavolo numerose delle problematiche che ruotano attorno alla teoria dell'interpretazione giuridica: dalla portata dell'art. 12 delle preleggi al peso della “volontà del legislatore”; dalle questioni che ruotano attorno alla portata (e alle tipologie) dell'abrogazione a quelle relative alla tipologia (generale o speciale) delle norme da interpretare ed ai rapporti esistenti fra le stesse; dalle questioni legate all'efficacia nel tempo delle disposizioni legislative (e dunque all'affidamento del cittadino) a quelle connesse ai vincoli che la Costituzione pone al legislatore nel modificare discipline destinate a durare nel tempo. Viene così a trovare conferma l'iniziale affermazione relativa alla centralità dell'interprete nell'esperienza giuridica e alla complessità del fenomeno interpretativo<sup>3</sup>.

## 2. Le “dottrine” dell'interpretazione giuridica

Allargando lo sguardo sulle dottrine sull'interpretazione giuridica, è facile rilevare che nell'impostazione prevalente nel panorama giuridico italiano, il fenomeno interpretativo viene ad essere ricostruito soprattutto nella dialettica “disposizione-norma”.

La “*disposizione*” (“proposizione linguistica contenuta nell'atto normativo e dotata di una propria autonomia anche solo formale ed estrinseca”) rappresenta la proposizione formulata nell'atto legislativo (e dunque è l'oggetto dell'interpretazione), mentre la “*norma*” è la disposizione interpretata (il prodotto dell'interpretazione).

---

<sup>3</sup>F. Cerrone, *In margine ad un frammento di storia e teoria delle fonti: le norme sulle norme in tema di interpretazione*, in *Rivista Aic*, 2019, 32, evidenzia che l'interpretazione “è area non ristretta al solo ambito giuridico”, giacché “dopo Schleiermacher, Dilthey, Husserl, Heidegger, Betti, Gadamer, Ricoeur, Habermas e Blumenberg, ritenere che i problemi interpretativi specifici del giurista possano essere affrontati prescindendo da una seria ponderazione dei percorsi complessivi dell'ermeneutica è insostenibile”.

Ed il significato di ciascuna disposizione “deve essere tratto dalla formula testuale in relazione con l’ordinamento normativo complessivo, e cioè con tutte le altre norme, prodotte dalle più diverse fonti, che, ad un momento dato, lo costituiscono”<sup>4</sup>. La singola disposizione viene ad essere “soltanto una delle componenti della norma, che dall’atto trae, bensì, origine e fondamento, ma solo in parte il significato ad essa attribuibile nella sua connessione con le altre vigenti e alla stregua dei principi che conferiscono coerenza e dignità di sistema al diritto oggettivo”<sup>5</sup>.

Nella distinzione fra “disposizione” e “norma”, Vezio Crisafulli individua il distacco fra la “disposizione” come posta dal legislatore (e che Crisafulli definisce “disposizione-norma”) e la norma come vive nell’ordinamento (la “norma-vivente”) definita anche “norma-ordinamento” giacché su di essa (“direttamente o indirettamente”) “si riflette, determinando il significato attuale, l’intero sistema normativo, nella sua astratta oggettività, ed anche, in certa misura, nella effettualità del suo concreto realizzarsi”<sup>6</sup>.

E, in ragione della dimensione temporale dell’ordinamento, “essenziale è la unività della norma ad un momento dato, e non anche il permanere invariato del significato originario della rispettiva disposizione”<sup>7</sup>. L’interpretazione viene così ad essere “mezzo per ricercare nelle disposizioni le norme ivi contenute”<sup>8</sup>.

Se l’atto normativo si concretizza in disposizioni (o enunciati o significanti) che esprimono un significato, l’interpretazione viene a configurarsi come il processo intellettuale mediante il quale, partendo dalle formule linguistiche contenute negli atti normativi, si giunge alla determinazione del contenuto normativo delle stesse: “dai significanti (gli enunciati) ai significati”<sup>9</sup>.

Gli studi che si sono soffermati sulle peculiarità dell’interpretazione giuridica possono essere suddivisi collocando da un lato quanti configurano il processo interpretativo come recezione passiva di un dato preesistente e, dall’altro lato, quanti (Betti *in primis*) ritengono l’interpreta-

---

<sup>4</sup> V. Crisafulli, *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano, 1964, 195 ss.

<sup>5</sup> V. Crisafulli, *op. ult. cit.*, 198.

<sup>6</sup> V. Crisafulli, *op. ult. cit.*, 199.

<sup>7</sup> V. Crisafulli, *op. loc. ult. cit.*

<sup>8</sup> G. Zagrebelsky, *op. ult. cit.*, 68.

<sup>9</sup> G. Zagrebelsky, *op. loc. ult. cit.*

zione un “procedimento ricognitivo diretto a identificare e riprodurre negli apprezzamenti dell'interprete le valutazioni comparative degli interessi in conflitto che sono già contenute nelle norme giuridiche”<sup>10</sup>.

Secondo il primo orientamento – espressione del positivismo giuridico – l'interpretazione si concretizza in una meccanica applicazione al caso concreto di quanto disposto dal legislatore sicché ogni riflessione sull'interpretazione giuridica è indirizzata ad individuare le regole volte ad assicurare l'esatta applicazione – da parte dell'interprete – della volontà del legislatore.

Il secondo orientamento riconosce invece – sia pure con graduazioni anche molto diverse – una inevitabile creatività nell'opera dell'interprete, creatività discendente innanzitutto dalla considerazione che è l'interpretazione che fa vivere le leggi nella realtà storica. Ma sulla “estensione” (e sui limiti) da riconoscere a tale “creatività”, le posizioni tendono a differenziarsi anche notevolmente.

Ed infatti molteplici – e fra loro eterogenee – sono le riflessioni critiche delle concezioni logico-formali del diritto.

Nei decenni a cavallo fra i secoli XIX e XX si registrano dottrine (dall'*école scientifique* al c.d. “diritto libero” alla c.d. “giurisprudenza degli interessi”) che contestano i principi del positivismo giuridico.

L'*école scientifique* vede come principale esponente François Gén<sup>11</sup>

<sup>10</sup> E. Betti, *Interpretazione della legge e sua efficienza evolutiva*, in *IUS*, 1959, 544, che aggiunge: “Purtroppo tra i giuristi ha ancora credito, sia per inerzia mentale sia per il pregiudizio di una pretesa differenza di metodo tra considerazione giuridica e considerazione filosofica, la vecchia concezione ingenuamente oggettivistica”. Anche F. Cerrone, *op. loc. ult. cit.*, evidenzia che bisogna sempre ricordare l'orientamento pratico ed il “carattere costitutivo” dell'interpretazione giuridica (e che indirizzano “la valutazione del giurista verso la soluzione di questioni che investono l'azione umana, questioni che derivano dall'indirizzo normativo che all'azione stessa è dato da un fine regolativo” che finiscono per imprimere “una configurazione complessa all'interpretazione giuridica”).

<sup>11</sup> F. Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Parigi, 1899 (con prefazione di Raymond Saleilles); Id., *Science et technique en droit privé positif: nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, French Edition, 4 tomi pubblicati tra il 1914 ed il 1924; Id., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 1919, seconda edizione in due volumi. Per una completa analisi del pensiero di Gén<sup>y</sup>, v. P. Grossi (a cura di), *François Gén<sup>y</sup> e la cultura giuridica del Novecento*, Milano, 1991, di cui si veda in particolare l'introduzione di P. Grossi, *Pagina introduttiva (Ripensare Gén<sup>y</sup>)*, 1 ss., che sottolinea (p. 3) che Geny “è un personaggio scomodo, e il suo messaggio rappresenta la turbativa di un ordine giuridico sedi-

(1861-1959) che, in contrapposizione alla dottrina (dominante nel secolo XIX) degli esegeti del *Code civile*, esclude che il diritto possa esaurirsi nella legge ed assegna all'interprete una funzione attiva nel colmare le lacune della legge, inevitabili in quanto conseguenti all'impossibilità per il legislatore di disciplinare il sempre crescente numero dei rapporti umani (Geny critica "il feticismo della legge scritta e codificata").

Le sue maggiori opere sono: *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique* (1899; II ed., 1919, 2 voll.), e *Science et technique en droit privé positif* (4 voll., 1913-24). Nella prima opera (già nel 1899), opponendosi al pensiero degli esegeti del *Code civile*, Gény esclude che l'ordine giuridico possa esaurirsi nella legge. In tale opera rivolge innanzitutto un'aspra critica al metodo d'interpretazione (prevalente nel XIX secolo) della *École dell'Exégèse* (basata sulla interpretazione testuale del *Code civile* e che muoveva dal dogma della completezza dell'ordinamento giuridico), sostenendo invece la necessità di lasciare ampio spazio – nella interpretazione giuridica – alla "libera ricerca scientifica" (la *libre recherche scientifique*, che è il complesso processo di individuazione del diritto).

Il punto di partenza della dottrina di Gény è rappresentato dalla critica al metodo esegetico (allora dominante) e dall'affermazione della necessità di una "libera ricerca scientifica" per assicurare l'individuazione del diritto positivo. Nei testi legislativi distingue due elementi: la norma implicita alla formula (il dato, il *donné*) ed i principî (nonché le costruzioni e i sistemi) sviluppati dalla dottrina (il *construit*, che è il prodotto dell'interpretazione). Ed alle fonti formali ("autoritarie", ossia la legge scritta) Gény affiancava le direttive per l'interpretazione quali "fonti non autoritarie", comprendenti innanzitutto la "tradizione" (*coutume*) e la *libre recherche scientifique*, quale "libertà per l'interprete di ricercare la soluzione più ap-

---

mentato da due secoli, l'incrinatura di inveterate certezze e la perdita della *tranquillitas* che da quell'ordine discendeva con semplicità. Gény ha preso di petto, nel '99 così come oggi, il teorico e l'operatore giurista, lo ha scosso dalla sua sonnolenza, gli ha caricato addosso una pesante croce di oneri e di responsabilità, lo ha perciò provocato e infastidito togliendolo dal cantuccio d'ombra in cui si era volentieri rannicchiato, ma gli ha ridato anche il senso del proprio ruolo e la consapevolezza della propria naturale libertà, della libertà della propria azione intellettuale"; e più avanti (p. 4) evidenzia che Gény va studiato "nello spartiacque fra i due secoli, nel divenire della scienza giuridica da lui segnato a tal punto da caratterizzare col crinale della propria riflessione un prima e un dopo quali territori storici diversamente contraddistinti". Nella letteratura italiana v. F. Battaglia, *L'interpretazione giuridica nella moderna letteratura francese*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1929, IX, II, 18 ss.; G. Marini, *L'Italian Style fra centro e periferia ovvero Gramsci, Gorla e la posta in gioco nel diritto privato*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2016, 108 ss.

propriata”, quale “*fonte sussidiaria, suppletiva*”, cui ricorrere “nel caso in cui il diritto positivo difetti”. La *libre recherche scientifique* – che mira ad armonizzare i “principi di giustizia, suggeriti dalla coscienza e verificati dalla scienza, alle esigenze della vita sociale” – viene così a porsi come metodologia interpretativa alternativa al tradizionale metodo esegetico (basato invece sulla “pretesa sufficienza dell’ordinamento legale”). Per Gén y era errata la fiducia nella legge scritta, quale fonte capace di disciplinare ogni aspetto dell’esistenza umana, dovendosi invece “*riconoscere le inevitabili lacune del sistema*” per fornire all’interprete la facoltà di ricercare con i propri mezzi la “*soluzione di diritto*”. E la ricerca della soluzione andava svolta innanzitutto nel testo legale, poi facendo ricorso alla “tradizione” (o consuetudine, la *coutume*) ed infine subentrava la “*libera ricerca scientifica*”, da condurre da parte dell’interprete in maniera (appunto “scientifica”, cioè) non arbitraria, ma attiva, fondata oggettivamente sulla natura delle cose. Geny veniva così ad assegnare grande fiducia al ruolo del giudice nell’interpretazione della legge, giudice chiamato a fare ricorso (nell’opera interpretativa) anche a fattori economici e sociali.

La critica di Geny al metodo esegetico e al positivismo giuridico ebbe una notevole influenza a livello europeo e ancora oggi le critiche rivolte all’interpretazione letterale e le riflessioni sulla incapacità della legge di disciplinare l’intero ambito dei rapporti umani continuano ad esercitare grande fascino.

Nell’opera *Science et technique en droit privé positif* (*Scienza e tecnica del diritto privato positivo*, pubblicata in quattro volumi dal 1914 al 1924), François Gén y approfondisce il dualismo tra *donné* e *construit*, che risolve in quello di *science* e *technique*. In tale opera – in cui Geny si interroga sulla fonte da cui hanno origine principi e regole, ossia “il diritto in sé stesso” (*le droit en soi*) e che riapre la strada al diritto naturale – la distinzione tra “*scienza*” e “*tecnica*” (la prima ha per oggetto lo studio dei dati delle fonti reali; la seconda si occupa della messa in opera di quei dati attraverso un’elaborazione intellettuale) viene ad essere il principio euristico del rinnovamento nella metodologia giuridica (in cui la *libre recherche* costituisce “il punto di partenza dell’indagine”).

Il c.d. “*diritto libero*” o “movimento per il diritto libero” (*Freie Rechtsfindung*)<sup>12</sup> è stata una corrente di pensiero giuridico-culturale sviluppa-

---

<sup>12</sup> Sul *diritto libero*, v. L. Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967, 201 ss.

tasi in Germania a cavallo della fine del XIX secolo e gli inizi del secolo successivo. Tale movimento – denominato anche del *giusliberismo* (ed in cui alcuni ricomprendono anche altri indirizzi, quali la giurisprudenza sociologica e la giurisprudenza degli interessi) – annovera tra i suoi maggiori esponenti Hermann Kantorowicz, che con il volume *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* (pubblicato con lo pseudonimo di *Gnaeus Flavius*, 1906; trad. it., *La lotta per la scienza del diritto*, 1908) affermò la necessità del “diritto libero”.

Secondo il “*diritto libero*” (che rinnega i dogmi ottocenteschi dello statualismo giuridico, della completezza dell’ordinamento e del principio della supremazia della legge sulle altre fonti del diritto), in ogni ordinamento giuridico esistono, accanto alle norme di fonte legislativa, anche norme extralegali, che l’interprete può applicare ogni volta che il testo legislativo si riveli non rispondente alle concrete esigenze del caso. Il giurista ha dunque il dovere di “*ricercare liberamente il diritto*” e di considerare fonte di quest’ultimo anche fatti (ad es. i rapporti sociali) che le teorie giuspositiviste considerano non normativi. Il “diritto libero” – che si origina spontaneamente dall’attività dei consociati e dalle decisioni dei giudici, collocandosi accanto al “diritto dello Stato” – ha il compito di colmare le inevitabili lacune del diritto positivo, quando esso si riveli inidoneo a fornire risposte per la risoluzione di specifiche controversie.

Il “diritto libero”, affidando all’interprete un potere creativo, si colloca così in netta antitesi con le posizioni tipiche del giuspositivismo. Nel periodo successivo alla seconda guerra mondiale, il diritto libero è stato criticato (in particolare da Calamandrei) in quanto ritenuto utile strumento dei regimi dittatoriali nazista e stalinista, in ragione dell’annullamento delle garanzie tipiche del principio di legalità (soprattutto in materia penale) e di tassatività.

Una importante difesa del *diritto libero*, si deve, nella dottrina italiana, a Luigi Lombardi che ha sottolineato come per “libero” s’intende “l’insieme dei criteri d’integrazione ai quali il giurista, nell’applicare il diritto positivo e in particolare la legge, è costretto a far ricorso dall’incompletezza, o lacunosità, del diritto positivo stesso”. “Libero” significa, appunto “libero rispetto al diritto positivo; non positivizzato; metapositivo”, ma non significa necessariamente arbitrario.

Il concetto di “diritto libero” si sviluppa quale reazione, ai primi del Novecento, al precedente “secolo di legalismo-logicismo” che aveva portato ad una “separatezza del diritto e della scienza giuridica, ridotti ri-



spettivamente a sola legge dello Stato ed a sola elaborazione logica, rigorosamente avalutativa, della legge stessa” (Lombardi). Il diritto libero contesta il dogma della completezza della legge e per questa ragione Lombardi ritiene errato tenere separato il *Freirecht* da Gény (sempre considerato dai riformatori tedeschi come uno dei padri del giusliberismo e del resto a Gény risale il termine di “libera” ricerca del diritto, ripreso da Ehrlich e Kantorowicz).

Va però rilevato che il “*movimento del diritto libero*” viene identificato in particolare nel pensiero di Sternberg, di Radbruch e di Kantorowicz<sup>13</sup>. È a Kantorowicz (che con lo pseudonimo Gnaeus Flavius, pubblica il saggio *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, 1906) che si deve il “manifesto” della *Freirechtsbewegung*.

Non vollero far parte del movimento, anzi se ne distanziarono esplicitamente, i rappresentanti della *Interessenjurisprudenz* (v. *infra*), che pur sono da ritenere membri della dottrina giusliberista, i cui confini sono ben più vasti di quelli del movimento.

Il giusliberismo è stato criticato dalla scienza e dalla prassi ufficiale e

---

<sup>13</sup> Ma vanno ricordati anche altri, fra cui, E. Ehrlich, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*, Berlin, 1903; Id., *Die juristische Logik*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 115 (1917), 125-439; E. Fuchs, *Gesammelte Schriften über Freirecht und Rechtsreform*, a cura di A.S. Foulkes, rist., Aalen, 1970; F. Gény, *Methode et sources en droit privé positif*, LGDJ Ed., 1899, 1919; Id., *Science et technique en droit privé positif*, Nabu Press ed., 1915-1924; P. Heck, *Das Problem der Rechtsgewinnung*, Bad Homburg, 1912, rist. 1932; Id., *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, J.C.B. Mohr, 1914; Id., *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, J.C.B. Mohr, 1932; H. Jsay, *Rechtsnorm und Entscheidung*, Berlin, 1929; H.U. Kantorowicz, *Rechtswissenschaft und Soziologie*, C.F. Müller, rist. 1962; H. Reichel, *Gesetz und Richterspruch*, Orell Füssli, 1915; M. Rümelin, *Rechtspolitik und Doktrin in der bürgerlichen Rechtspflege*, J.C.B. Mohr, 1926; Id., *Erlebte Wandlungen in Wissenschaft und Lehre*, Tübingen J.C.B. Mohr, 1930; M. Rumpf, *Gesetz und Richter*, Forgotten Books, 1906; E. Stampe, *Die Freirechtsbewegung. Gründe und Grenzen ihrer Berechtigung*, Vahlen, 1911; Id., *Unsere Rechts- und Begriffsbildung*, Abel, 1911; T. Sternberg, *Allgemeine Rechtslehre. I. Theil. Die Methode*, G.J. Göschen, 1904; Id., *Einführung in die Rechtswissenschaft. I Theil. Methoden- und Quellenlehre*, Berlin, 1912; K.G. Wurzel, *Das juristische Denken*, Perles, 1904; H. Wüstendörfer, *Die deutsche Rechtsprechung am Wendepunkt ...*, in *Archiv*, cit., 1913, 219-380; L. Lombardi Vallauri, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967; Id., *Corso di filosofia del diritto*, Padova, 1981; Id., *Giurisprudenza*, in *Enc. giur.*, Roma, 1990; G. Orru, *I criteri extralegali di integrazione del diritto positivo nella dottrina tedesca contemporanea*, in *Jus*, 1977, 298-427; Id., *Richterrecht. Il problema della libertà e autorità giudiziale nella dottrina tedesca contemporanea*, Milano, 1983.

spesso confuso ed incompreso, in quanto accusato di autorizzare il giudice a decidere *contra legem*, o di rivendicare maggior potere decisionale ai giudici con restrizione dello spazio assegnato alla legge. In realtà il *diritto libero* non intendeva sostituire lo Stato di diritto fondato sulla legge con un *Richterstaat* fondato sul potere dei giudici, né affermò la preferibilità del diritto libero al diritto positivo (e dunque il mancato rispetto della legge), ma rivendicava l'ampio margine di libertà sempre spettante al giurista ("*anche dalla legge più puntigliosa nel volersi completa*") e dunque la conseguente necessità del ricorso (integrativo e suppletivo) al diritto libero.

Il punto centrale della dottrina del diritto libero è la contrapposizione al positivismo legalista-logicista, con riguardo all'assegnazione alla scienza giuridica della ricerca della soluzione in termini giuridici positivi dei problemi della vita: la giurisprudenza è "sempre anche" libera; il diritto contiene "sempre anche" il diritto libero (Lombardi). E la "irriducibile libertà della giurisprudenza" si riscontra nelle tre tappe principali in cui si sviluppa l'attività del giudice: individuazione (o riconoscimento) della norma positiva vigente; interpretazione della norma vigente; elaborazione "logica" della norma vigente una volta interpretata. In ciascuno di questi passaggi l'interprete dispone di una insopprimibile libertà: le operazioni di riconoscimento non sono tali da dare lo stesso risultato per tutti gli operatori; i metodi interpretativi sono numerosi, in concorrenza tra loro e danno esiti differenti; nel terzo passaggio, le operazioni "logiche" sono numerose (analogia, argomento a contrario, ricorso ai principi generali, presunzioni, finzioni, costruzione dogmatica, ecc.) e nessuna di esse conduce necessariamente ad un unico risultato.

Il diritto libero afferma dunque che il "diritto positivo vigente" per la risoluzione di un dato problema non si presenta come un'unica (preesistente) soluzione, ma si concretizza in un ampio ventaglio di soluzioni possibili: "è un'area, dai confini non rigorosamente delimitati, entro cui deve cadere la decisione. Di fronte al diritto positivo la giurisprudenza è libera nel senso, (de)limitato ma tutt'altro che insignificante, che è libera di decidere per la soluzione positiva che preferisce" (Lombardi).

Se il diritto positivo contiene "sempre anche" il diritto libero, la complementarità tra diritto positivo e diritto libero impone di ritenere che non è pensabile il diritto positivo indipendentemente dal diritto libero. Il processo giuridico viene dunque ad essere una concatenazione di atti di politica del diritto e l'ordinamento giuridico è un "sistema