**L’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato alle prese con l’interdittiva prefettizia antimafia e la teoria dell’interpretazione.**

**1.** Si sostiene da più parti che quando i poteri dello Stato non funzionano o, comunque, non funzionano a dovere, e si aprono spazi, per una sorta di legge della fisica valida anche nel campo del diritto pubblico, gli altri poteri profittano e tendono ad occupare tali spazi lasciati vuoti dal mancato esercizio del potere inerte o incapace.

Questo fenomeno è caratteristico di talune democrazie occidentali le quali attualmente, poiché attraversano momenti di crisi istituzionale, vedono (e tollerano, bene o male è da vedere) sovente l’invasione dei cd. limiti esterni non solo del potere giudiziario nei confronti del potere legislativo e di quello amministrativo, ma anche del potere legislativo e di quello amministrativo nei confronti degli altri poteri. Questi conflitti di attribuzione si verificano anche all’interno del potere giudiziario considerato nella sua unitarietà, pur con le sue varie articolazioni, provocando con grande frequenza esondazioni (che taluno definisce ‘straripamento’) di prerogative proprie di giudici ordinari rispetto a giudici speciali e viceversa; i rimedi esistenti o prospettati (protocolli di intesa ed altro, come l’auspicato Tribunale dei conflitti), in disparte la generalizzata non fiduciosa accoglienza, non sembrano avere alcun effetto pratico dissuasivo.

La recente sentenza dell’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato 6 aprile 2018, n. 3, in tema di rapporti tra obbligazioni, misure di prevenzione antimafia, giudicato, si iscrive, a mio modesto avviso, in questo filone per il pericolo che il Giudice abbia ‘integrato’, con la sua interpretazione, una norma di legge.

**2.** Un breve riepilogo della questione sottoposta al Giudice della nomofilachia amministrativa.

Un’amministrazione comunale, condannata al pagamento, in favore di una ditta, di un importo statuito in sede di giudizio cognitorio dinanzi al Giudice amministrativo per un’illegittima procedura di gara, con un ricorso per revocazione oppone la circostanza che tale ditta, essendo destinataria di un’informativa antimafia prima della conclusione della vertenza conclusasi con la sentenza di condanna, di cui era venuta a conoscenza solo dopo la pubblicazione della sentenza poi passata in giudicato, non avrebbe potuto essere destinataria del pagamento. In sede di revocazione, il Consiglio di Stato respinge la tesi del Comune, precisando che il giudicato “*deve restare intangibile rispetto ad un provvedimento particolarmente grave e tra l’altro confermato nella sua legittimità dal giudice amministrativo in primo e secondo grado, ma sempre successivo a ciò che in uno Stato di diritto non può essere più messo in discussione*.”

La ditta, stante l’inadempimento perdurante dell’amministrazione, propone quindi ricorso per l’ottemperanza alla sentenza del Consiglio di Stato passata in cosa giudicata, per conseguire la somma statuita a titolo di risarcimento dei danni subiti (ed accertati), come detto, per l’illegittima mancata aggiudicazione di una gara di appalto.

In sede di esecuzione, l’amministrazione comunale ribadisce e sviluppa la tesi avanzata in sede di revocazione, ossia l’impossibilità di pagare un soggetto attinto dall’interdittiva. La V Sezione del Consiglio di Stato, con ordinanza 28 agosto 2017, n. 4078, ritiene necessario deferire, ai sensi dell’art. 99 c.p.a., all’Adunanza Plenaria i seguenti punti di diritto sottoposti al suo esame: “*i) se la previsione di cui al comma 1, lettera g), dell’articolo 67 del ‘Codice delle leggi antimafia’ possa essere intesa anche nel senso di precludere il versamento in favore dell’impresa di somme dovute a titolo risarcitorio in relazione a una vicenda sorta dall’affidamento (o dal mancato affidamento) di un appalto; ii) se osti a tale prospettazione il generale principio dell’intangibilità della cosa giudicata*”.

In altre parole, il primo punto di diritto sottoposto alla Plenaria consiste nella richiesta d’interpretazione dell’art. 67, comma 1, lettera g), del Codice antimafia, che si riporta: “*Le persone alle quali sia stata applicata con provvedimento definitivo una delle misure di prevenzione previste dal libro I, titolo I, capo II non possono ottenere:… g) contributi, finanziamenti o mutui agevolati ed altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, concessi o erogati da parte dello Stato, di altri enti pubblici o delle Comunità europee, per lo svolgimento di attività imprenditoriali*”. La Sezione prospetta due interpretazioni, una letterale “*compatibile con il carattere evidentemente afflittivo della disposizione in esame*”, che “*condurrebbe ad escludere che il risarcimento del danno presenti una* eadem ratio *rispetto “[ai] contributi, finanziamenti o mutui agevolati” di cui è menzione nell’ambito della stessa lettera g), ed una di carattere logico – sistematica ‘capace di valorizzare la funzione dalla norma e l’obiettivo con essa perseguito di contrasto a fenomeni di criminalità su base associativa’ …* (che) *dovrebbe condurre a ritenere che il ‘catalogo’ delle ipotesi di cui alla lettera g) sia ‘aperto’ e che la locuzione ‘altre erogazioni dello stesso tipo’, lungi dal ‘chiudere’ l’elencazione, presenti piuttosto una valenza – per così dire – ‘pan-tipizzante’, volta ad impedire nella sostanza l’erogazione di qualunque utilità di fonte pubblica in favore dell’impresa in odore di condizionamento malavitoso, a prescindere dalla fonte e dal tipo di tale utilità.*”

Il secondo punto di diritto consiste nello “*stabilire se il giudicato formale, in qualsiasi modo formatosi, impedisca in ogni caso all’amministrazione di sottrarsi agli obblighi da esso nascente di corrispondere una somma di denaro a titolo risarcitorio ad un soggetto attinto da un’informativa interdittiva antimafia mai entrata nella dialettica processuale, anche se precedente alla formazione del giudicato, oppure se le finalità e la* ratio *dell’informativa interdittiva antimafia diano vita ad una situazione di incapacità legale* ex lege *(tendenzialmente temporanea e capace di venir meno con un successivo provvedimento dell’autorità prefettizia) che produca corrispondente sospensione temporanea dell’obbligo per l’amministrazione di eseguire quel giudicato.*”

La Plenaria muove dalla considerazione degli effetti determinati dall’interdittiva prefettizia, che provoca “*una particolare forma di incapacità giuridica, e dunque la insuscettività del soggetto (persona fisica o giuridica) che di esso è destinatario ad essere titolare di quelle situazioni giuridiche soggettive (diritti soggettivi, interessi legittimi) che determinino (sul proprio cd. lato esterno) rapporti giuridici con la Pubblica Amministrazione (Cons. Stato, sez. IV, 20 luglio 2016 n. 3247)*. *Si tratta di una incapacità giuridica prevista dalla legge a garanzia di valori costituzionalmente garantiti e conseguente all’adozione di un provvedimento adottato all’esito di un procedimento normativamente tipizzato e nei confronti del quale vi è previsione delle indispensabili garanzie di tutela giurisdizionale del soggetto di esso destinatario. Essa è: - parziale, in quanto limitata ai rapporti giuridici con la Pubblica Amministrazione, ed anche nei confronti di questa limitatamente a quelli di natura contrattuale, ovvero intercorrenti con esercizio di poteri provvedimentali, e comunque ai precisi casi espressamente indicati dalla legge (art. 67 d.lgs. n. 159/2011); - tendenzialmente temporanea, potendo venire meno per il tramite di un successivo provvedimento dell’autorità amministrativa competente (il Prefetto)*”. Ciò premesso, la decisione in discorso richiama il proprio precedente n. 19 del 2012, il quale, riferendosi ad una controversia attinente ad un pagamento di un esborso di matrice indennitaria, in un *obiter dictum* riferisce che “*non si vede perché nella suddetta* ratio *dovrebbero rientrare unicamente le erogazioni dirette ad arricchirlo (l’imprenditore colpito da interdittiva) e non anche quelle dirette a parzialmente compensarlo di una perdita subita sussistendo per entrambe il pericolo che l’esborso di matrice pubblicistica giovi ad un’impresa soggetta ad infiltrazioni criminali*”.

A me sembra che la fattispecie trattata dalla Plenaria con la sentenza del 5 giugno 2012, n. 19, sia essenzialmente diversa da quella successivamente trattata e decisa nel 2018 (come del resto riconosce pure quest’ultima), oggetto delle presenti riflessioni e conduca a conseguenze differenti. Ben vero, con la decisione del 2018 la Plenaria sembra voler rassicurare le ditte interdette, affermando che l’incapacità giuridica conseguente al provvedimento prefettizio è ‘parziale’ e ‘temporanea’. Parziale, in quanto tali ditte non possono intrattenere rapporti limitatamente alle pubbliche amministrazioni; temporanea (o meglio, *tendenzialmente* temporanea), perché destinata ad avere efficacia sino alla sua revoca disposta dal Prefetto una volta constatata la sopravvenuta carenza dei presupposti che avevano imposto l’atto inibitorio. Senonché, diversamente dalla fattispecie in cui la ditta interdetta riesca ad ottenere una sentenza di condanna al risarcimento dei danni, valida ma caratterizzata da una condizione legale di natura sospensiva, nel caso di mancato rilascio di provvidenze, contributi, ecc. (nella specie trattavasi di contributi richiesti e negati per l’abbattimento di capi bufalini infetti da brucellosi), se l’interdittiva resta inoppugnata, oppure viene reputata legittima dal giudice dell’impugnazione, il beneficio non potrà giammai essere conseguito.

Da qui una riflessione. Dall’esame della casistica sono assai rari i casi in cui l’autorità prefettizia, pur in presenza di ampio decorso del tempo dall’interdittiva, oppure di sentenze assolutorie rese in sede penale, emana un atto per così dire riabilitativo, revocando l’interdittiva. L’unica possibilità offerta ai titolari della ditta in precedenza interdetta per poter conseguire la ‘riabilitazione’ sembra consistere nella cessione dell’impresa, ovviamente a soggetti che non siano legati da rapporti di parentela e non abbiano subìto alcun intervento vuoi dell’autorità di polizia giudiziaria (o della magistratura inquirente, men che meno di quella giudicante penale), vuoi dell’autorità prefettizia. Generalmente si assiste al fenomeno del controllo ‘debole’ operato dal Giudice amministrativo sull’esercizio del potere, ritenuto latamente discrezionale, dell’autorità prefettizia.

Ora, tornando all’esame della decisione del 2018 il supremo Giudice della nomofilachia amministrativa pone a fondamento della sua asserzione due aspetti:

a) “*In sostanza - ed è questa la* ratio *della norma -* ***il legislatore intende impedire ogni attribuzione patrimoniale da parte della Pubblica Amministrazione in favore di tali soggetti, di modo che l’art. 67, comma 1, lett. g) del Codice delle leggi antimafia non può che essere interpretato se non nel senso di riferirsi a qualunque tipo di esborso proveniente dalla P.A.*** *E tale finalità – in linea con quanto innanzi affermato in ordine agli effetti della interdittiva antimafia – è perseguita dal legislatore per il tramite di una tendenzialmente (temporanea) perdita, per l’imprenditore, della possibilità di essere titolare, nei confronti della Pubblica Amministrazione, delle posizioni giuridiche riferite alle ipotesi puntualmente indicate nell’art. 67 cit.”;*

b) “*non può assumere rilievo in senso contrario l’argomento che sembrerebbe potersi trarre dalla disposizione citata, laddove, oltre al divieto di disporre ‘contributi, finanziamenti e mutui agevolati’ (casi specificamente indicati), si ricomprendono nel divieto (in senso, per così dire, più ‘generale’) anche ‘altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate’. L’argomento sostenuto dalla ricorrente (v. pagg. 6-7 memoria cit.) - e che fa leva sull’espressione ‘dello stesso tipo’ che indicherebbe una riconducibilità delle erogazioni al* genus *delle ‘provvidenze’ e quindi escluderebbe le somme da corrispondersi a titolo di risarcimento - appare, come spesso nelle interpretazioni meramente letterali, poco persuasivo, essendo facilmente controvertibile. Ed infatti, alla ricostruzione interpretativa ora riportata, ben può opporsi che gli istituti espressamente contemplati dal legislatore (contributi, finanziamenti, mutui agevolati) rientrano tutti nella più ampia categoria delle obbligazioni pecuniarie pubbliche, di modo che lo ‘stesso tipo’ entro il quale rientrano le ‘altre erogazioni’ interdette, ben può essere inteso come il* genus *delle obbligazioni pecuniarie poste a carico della Pubblica Amministrazione, quale che ne sia la fonte e la causa.”*

**3.** Entrambi questi punti motivazionali non paiono convincenti.

Iniziamo con il secondo. Se è condivisibile l’opinione espressa dal Supremo Giudice amministrativo, secondo cui *contributi, finanziamenti e mutui agevolati* non appartengono al *genus* delle ‘provvidenze’, tra i quali, a detta della difesa della ditta interdetta, vi sarebbe da ricomprendere anche la corresponsione di una somma a titolo risarcitorio: infatti, posta la impalpabilità giuridica del concetto ‘provvidenza’, di certo non sembra che possa rinvenirsi nell’ordinamento un’astratta fattispecie o categoria di tal tipo; tuttavia, di contro, non pare che possano sussumersi, come prospetta la Plenaria, i *contributi, finanziamenti e mutui agevolati* nel *genus* in cui far confluire ogni tipologia o fattispecie di pagamento dello Stato e delle pubbliche amministrazioni in favore di terzi (pubblici o privati che siano). La dottrina (Amorth, *I contributi pecuniari concessi dallo Stato ad enti pubblici e privati*, in *Studi urbinati*, 1931; Pericu, *Le sovvenzioni come strumento di azione amministrativa*, I e II, Milano, 1967; Spagnuolo Vigorita, *Problemi giuridici dell’ausilio finanziario pubblico a privati*, in *Rass. econ. Banco di Napoli*, 1963; e, di recente, B. Lubrano, *Le sovvenzioni nel diritto amministrativo*, Torino, 2008) ha da tempo fornito un’esaustiva definizione di sovvenzioni - genericamente intese - quali aiuti che, nello Stato moderno, sono erogati senza che sia contemplata una controprestazione di tipo economico. Le esigenze di stimolare l’economia, pur nella disorganicità della disciplina normativa, hanno prodotto una diversificazione dell’intervento pubblico in numerose fattispecie, che in comune possiedono il carattere della mancanza di corrispettività, da un lato, e l’unilateralità della prestazione pubblica, dall’altro; tant’è che sotto la voce ‘aiuti di Stato’ la normativa europea comprende ogni forma di erogazione di somme, di cui molte proprie dello Stato sociale.

Trattasi, quindi, di varie *species* che possono essere comprese nel vasto *genus* delle *obbligazioni pubbliche*, ossia in tutte quelle vicende in cui si ravveda un impegno dello Stato e delle pubbliche amministrazioni, aventi fondamento nel diritto pubblico (per tutti v. Barettoni Arleri, *Obbligazioni pubbliche*, voce in *Enc. dir*., XIX, Milano, 1979, 403). L’aiuto di Stato (*species* legittima o meno che sia, nel senso della sua conformità al diritto europeo) o, se si vuole, i contributi, i finanziamenti, i mutui ed altre forme agevolative, anche di carattere fiscale, sono radicalmente diversi dal corrispettivo di un contratto o dall’importo dovuto per un danno contrattuale o extracontrattuale, *species* estranea “*alla categoria delle obbligazioni pubbliche … L’affermazione non richiede ulteriore chiarimento, per la sua ovvietà, per quanto concerne non solo le obbligazioni contrattuali nelle quali l’amministrazione pubblica esplica attività privata, ma anche per quelle nelle quali essa esplica attività amministrativa di diritto privato come nei contratti ordinari e di diritto privato speciale*” (Barettoni Arleri, *op. cit*., 403). *Species* che trova diretta fonte nel diritto privato o, se si vuole, nel codice civile, comprensiva di ogni tipologia di prestazioni contrattuali delle amministrazioni pubbliche.

Quindi, un dissenso che può essere espresso nei confronti della motivazione della Plenaria testé riportata consiste proprio nell’aver ritenuto che le cd. provvidenze, quali *contributi, finanziamenti e mutui agevolati, ed altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate,* appartengono allo stesso *genus* delle obbligazioni pubbliche e sono equiparabili alle (contro)prestazioni che trovano diretta fonte nel codice civile.

Anche la prima argomentazione che fa parte del corredo motivazionale della sentenza in esame non appare convincente

Accanto all’ontologica diversità tra *contributi, finanziamenti e mutui agevolati, ed altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate*, ed obbligazioni contrattuali ed extracontrattuali, v’è una riflessione che tocca la *ratio* della norma in commento: il legislatore, con l’articolo 67, ha voluto far discendere dal provvedimento interdittivo il diniego del rilascio di provvedimenti amministrativi ampliativi della sfera giuridica della ditta interdetta (comma 1, lettere a-f ed h), ed il conseguimento di benefici di carattere economico, legati vuoi alla discrezionalità amministrativa, vuoi alla presenza di specifici requisiti previsti dall’ordinamento, consistenti in provvedimenti aventi natura di “*contributi, finanziamenti o mutui agevolati ed altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, concessi o erogati da parte dello Stato, di altri enti pubblici o delle Comunità europee, per lo svolgimento di attività imprenditoriali*” (lettera g). In altre parole, non è sembrato morale (qui, si vuole che il profilo giuridico-normativo coincida con quello etico) che un’impresa, ‘sospettata’ di avere infiltrazioni o condizionamenti di tipo mafioso, goda di un aiuto economico da parte delle amministrazioni pubbliche.

Ma da qui ad estendere il pagamento di qualunque somma dovuta dalle amministrazioni pubbliche di natura diversa dalle erogazioni di contenuto (detto in senso meramente semplificativo, ‘liberali’) ne corre un bel po’. La Plenaria vuol sorreggere il proprio convincimento con l’asserire che “*la finalità del legislatore è, in generale, quella di evitare ogni ‘esborso di matrice pubblicistica’ in favore di imprese soggette ad infiltrazioni criminali”,* attribuendo al legislatore una cosa che egli non ha affatto detto. Il divieto cade non su tutti gli esborsi di matrice pubblicistica (ossia, emanati da pubbliche amministrazioni), ma solo su quelli aventi natura agevolativa, che trovano fonte in norme emanate per favorire lo sviluppo economico nazionale (o locale) e siano tradotti in provvedimenti amministrativi.

Ed è ‘*giusto*’ che così sia, ci sarebbe da aggiungere.

Se è stato adottato un provvedimento interdittivo che limita sensibilmente la capacità imprenditoriale di un’impresa (tale da fare ritenere una ridotta, parziale capacità giuridica, come riferisce la Plenaria), di conseguenza non si vede come si possa ampliare la sua sfera giuridica mediante provvedimenti amministrativi che dispongano il pagamento di somme o consentano agevolazioni in favore di tale impresa; e che codesti benefici, in definitiva, siano a carico dell’intera collettività. Ma da qui a sostenere che “*il legislatore intende impedire* ***ogni attribuzione patrimoniale*** *da parte della Pubblica Amministrazione in favore di tali soggetti*”, ne corre.

La Plenaria, nel suo *dictum* dispositivo, riferisce dell’impossibilità, sia pure tendenzialmente temporanea, “*di percepire somme dovute a titolo di risarcimento del danno patito in connessione all’attività di impresa*”. Di qui alcune domande. Se l’impresa interdetta, per lo svolgimento della sua attività, ha acquistato un immobile sottoposto ad una procedura espropriativa (legittima o meno che sia), non dovrebbe aver diritto a conseguire l’indennizzo (ex art. 42 Cost.) o il risarcimento del danno (ex art. 2043 c.c.)? Se all’impresa interdetta è stato arrecato un danno di un suo bene da parte di un’amministrazione (con una mera attività non provvedimentale), non ha diritto al risarcimento? (es., un incidente stradale provocato da un automezzo pubblico: l’esempio è tratto da Scoca: *Le interdittive antimafia e la razionalità, la ragionevolezza e la costituzionalità della lotta ‘anticipata’ alla criminalità organizzata*, in *giust.amm.it*, 6/2018).

**4.** L’apparato motivazionale sembra porsi anche in contrasto con il comma 3 dell’art. 92 del Codice antimafia (così sostituito dall’[art. 3, comma 1, lett. b), n. 3), del d.lgs. 13 ottobre 2014, n. 153](javascript:jump_module('bd',%7bmask:'main',opera:'61',id:'61LX0000805571ART15',key:'61LX0000805571ART15',%20callerTicket:%20'',%20userKey:%20'',_menu:'normativa',kind:''%7d))), secondo cui “*i soggetti di cui all’*[*articolo 83*](javascript:jump_module('bd',%7bmask:'main',opera:'61',id:'61LX0000758639ART158',key:'61LX0000758639ART158',%20callerTicket:%20'',%20userKey:%20'',_menu:'normativa',kind:''%7d))*, commi 1 e 2*” (ossia, le pubbliche amministrazioni e gli enti pubblici, anche costituiti in stazioni uniche appaltanti, gli enti e le aziende vigilati dallo Stato o da altro ente pubblico e le società o imprese comunque controllate dallo Stato o da altro ente pubblico nonché i concessionari di lavori o di servizi pubblici) “*revocano le autorizzazioni e le concessioni o recedono dai contratti, fatto salvo il pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l’esecuzione del rimanente, nei limiti delle utilità conseguite*”. Ben vero nella specie, accanto alla quasi automaticità della revoca o del recesso (*quasi*, in quanto per talune fattispecie va accertata la presenza di requisiti che escludono la risoluzione contrattuale o la revoca provvedimentale), il legislatore statuisce che alla ditta interdetta debba essere corrisposto l’importo di quanto eseguito e di quanto speso per eseguire la rimanente prestazione, nei limiti delle utilità conseguite. Per la verità, anche se non fosse stata introdotta una disposizione di tal genere, il pagamento dell’importo nascente dall’obbligazione o derivante dalla lesione del diritto soggettivo sembrerebbe comunque atto dovuto.

Ciò significa che, ferma restando l’interruzione del rapporto giuridico per la risoluzione contrattuale, la ditta ha comunque diritto a percepire la controprestazione economica, senza poter però vantare alcunché a titolo risarcitorio. La ragione del conseguimento del *tantumdem* è evidente, per almeno due aspetti: a) in forza del principio generale del diritto del prestatore a percepire il corrispettivo, totale o parziale che sia, da colui che ha beneficiato della prestazione (art. 1173 e ss. c.c.), in ragione di un contratto valido, ancorché successivamente divenuto inefficace (art. 1464 c.c. sull’impossibilità parziale sopravvenuta); b) la necessità da parte della ditta interdetta di dover far fronte ai pagamenti dei propri dipendenti e fornitori per le prestazioni eseguite (il che, peraltro, potrebbe comunque non porla del tutto al riparo da eventuali azioni risarcitorie per la risoluzione dei contratti: salvo, poi, vedere se questa risoluzione sia imputabile ad un *factum principis*, ad una sopravvenuta oggettiva impossibilità, o ad un fatto imputabile al committente interdetto).

In questi casi, come efficacemente ed autorevolmente sostenuto (Scoca, *op. cit.*), le somme discendenti da prestazioni relative al contratto o dall’accertato risarcimento fanno parte del patrimonio dell’impresa, che va reintegrato, ed essa vanta un diritto soggettivo pieno, che trova fonte e riferimento nel codice civile, e non un interesse legittimo a conseguirle dall’amministrazione; interesse legittimo che, invece, sorge per effetto del provvedimento ampliativo, con il quale le pubbliche amministrazioni dispongono le erogazioni o ‘provvidenze’ di matrice pubblicistica di cui alla lettera g) dell’art. 67 cit.

**5.** La sentenza in discorso rifugge dall’interpretazione meramente letterale, che non limita l’esecuzione della sentenza passata in cosa giudicata, attributiva della somma di cui in condanna, e preferisce sposare la “*interpretazione logico - sistematica (capace di valorizzare la funzione dalla norma e l’obiettivo con essa perseguito di contrasto a fenomeni di criminalità su base associativa)”*.

Questo profilo rimanda alla riflessione sui rischi che si corrono nel caso di interpretazioni *praeter legem*.

È noto, difatti, che accanto all’interpretazione letterale esistono altri criteri ermeneutici: esegesi grammaticale, logica, sistematica, estensiva, storico-evolutiva, teleologica, tutti ispirati “*allo sforzo di sfuggire al mero dettato della legge e al tentativo di attualizzarlo, d’inserirlo, cioè, nel vivo contesto dei suoi interessi attuali o addirittura di negare la possibilità di questo inserimento denunciando il sorgere di una lacuna”* (così Paresce, *Interpretazione (filosofia)*, voce in *Enc. Dir*., XXII, Milano, 1972, 224). In proposito, non può non richiamarsi l’insegnamento, secondo cui “*l’interpretazione del diritto è operazione difficile e complessa, che costituisce oggetto di una sottile dottrina e di una delicatissima arte, nonché di apposite regole anch’esse giuridiche che taluni ordinamenti hanno creduto opportuno stabilire a guida dell’interprete, specialmente per i casi in cui le norme che egli deve interpretare sono ambigue o inadeguate o, per essere espresse, rimangono latenti nella massa più o meno opaca dell’intero ordinamento al quale appartengono*” (Santi Romano, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, 121).

Ma quando è opportuna l’opzione dell’interpretazione logico - sistematica o di quella evolutiva in luogo di quella letterale? Si risponde: quando la norma non ha alcun senso o concreta applicazione se presa in assoluto quale monade, *ex se*, oppure allorquando è stata emanata molto tempo addietro e, se incastonata nel vigente ordinamento giuridico, può avere un determinato valore ed esprimere, solo con tale attività ermeneutica, un certo significato. Per questa ragione la dottrina sopra richiamata preferisce escludere ogni riferimento all’interpretazione evolutiva della norma, ma preferisce parlare di evoluzione dell’ordinamento giuridico (Santi Romano, *op. cit*., 125). L’interpretazione non può essere evolutiva senza trasformarsi in qualche cosa di assolutamente diverso (Id, *op. cit.,* 123).

Anche se non si volesse aderire a tale corrente di pensiero, il vero problema della interpretazione diversa da quella letterale consiste nella constatazione della “*insufficienza della formola legislativa e inammissibilità di un suo isolamento dalla totalità dell’ordinamento giuridico e dalla evoluzione storica di questo*” (Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, Milano, 1949, 33). E se “*l’ordinamento giuridico non è qualcosa di bell’e fatto (come può credere una visione statica e immobilizzante, alla Kelsen), né un organismo che si sviluppi da sé per mera legge naturale: è qualcosa che non è, ma si fa, in accordo con l’ambiente sociale di storicamente condizionato, proprio per opera assidua d’interpretazione*”, occorre interrogarsi se la formula adottata dal legislatore sia insufficiente o meno, siano riscontrabili lacune originarie, sopravvenute, di valutazione, di previsione, di ambiguità, o di semplice cognizione (Betti, *op. cit.*, 45 s.); e via stato un *minus dixit quam voluit*. L’interpretazione non letterale ed estensiva sarebbe plausibile solo in considerazione dell’oggettiva problematicità delle possibili alternative esegetiche.

In questi casi, il rischio, però, è che l’interpretazione giudiziale integrativa di norme lacunose non applichi, ma crei il diritto. Ed occorre interrogarsi se l’interprete (giudice, avvocato, giurista) possa colmare la lacuna e l’ambiguità della legge, oppure non sia il caso di escluderne l’applicazione o la previsione dell’astratta fattispecie al caso concreto, ovvero ancora se non sia il caso di chiedere, nelle forme e con le modalità consentite, l’intervento della Corte costituzionale.

Anche la Consulta ha con grande accortezza esclusa l’interpretazione estensiva a fattispecie non espressamente previste dalla norma di cui veniva contestata l’incostituzionalità **(1° febbraio 1983, n. 15** e**14 aprile 1976, n. 86). Solo se dovesse scaturire un’impossibile applicazione della norma si potrebbe dar luogo ad un’interpretazione costituzionalmente orientata, sicché,** diversamente opinando, la disposizione non si potrebbe sottrarre a rilevanti dubbi di legittimità costituzionale sotto il profilo della sua intrinseca ragionevolezza (Cass., 17 luglio 2015, n. 15070). L’estensione del dato normativo sarebbe consentita proprio allo scopo di evitare questioni di legittimità costituzionale laddove esso limita la disposizione ad alcune categorie di soggetti, di tal che si potrebbe avere un’interpretazione adeguatrice e conforme alla Costituzione; ancorché non sfugga di certo che sarebbe opportuna la rimessione degli atti alla Consulta in presenza di una norma di tal genere (è quanto si evince dalla lettura di Cons. Stato, III Sez., 3 gennaio 2014, n. 1).

La sentenza in esame cerca abilmente di sfuggire al pericolo che si paventa, reputando che «*il “catalogo” delle ipotesi di cui alla lettera g) sia “aperto”»* e non tipizzato. Quindi sembra voler sostenere che *lex ubi voluit dixit*.

Ebbene, non è senza significato che la dottrina autorevole da ultimo richiamata precisa che “*un’eterointegrazione siffatta è ammessa in via eccezionale nelle ipotesi in cui sia deferita ad organi giudicanti una giurisdizione di equità, o venga loro rimesso un apprezzamento equitativo… In tali ipotesi può dirsi che il giudice venga sollevato sul piano del ‘legislatore’, sempre, però, limitatamente al caso singolo sottoposto alla sua decisione*” (*op. cit*., 51 s., con acute osservazioni e richiami della filosofia aristotelica sul concetto di equità e diritto). Trattandosi di un principio generale affrontato dalla Plenaria, e non del singolo caso sottoposto al suo esame, non pare che questa operazione esegetica eterointegrativa sia plausibile.

**6**. Vediamo dappresso, ovviamente nell’economia del presente lavoro, l’ausilio offerto dal legislatore per l’interprete e, quindi, in particolare gli storici princìpi dettati dalle disposizioni preliminari al codice civile.

**6.1.** Innanzi tutto, non può di certo tacersi che l’art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale statuisce che “*Nell’applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore.*”

Invero, è dato ampiamente condiviso dalla giurisprudenza che quando l’interpretazione letterale di una norma di legge sia sufficiente ad esprimere un significato chiaro ed univoco, l’interprete non deve ricorrere al criterio ermeneutico sussidiario costituito dalla ricerca, attraverso l’esame complessivo del testo, della *mens legis*, specialmente se, con ciò, si tenda a modificare la volontà di legge inequivocabilmente espressa (Cass., 3 dicembre 1970, n. 2533; 17 novembre 1993, n. 11359), laddove soltanto quando la lettera della norma sia ambigua e sia altresì infruttuoso il ricorso al predetto criterio ermeneutico sussidiario, l’elemento letterale e l’intenzione del legislatore, rivelatisi insufficienti in quanto utilizzati singolarmente, acquistano, nel procedimento interpretativo della norma, un ruolo paritetico, sì che il secondo funge da criterio comprimario di ermeneutica atto ad ovviare all’equivocità della formulazione del testo da interpretare (Cass., 26 febbraio 1983, n. 1482); potendo, peraltro, assumere rilievo prevalente rispetto all’interpretazione letterale soltanto nel caso, eccezionale, in cui l’effetto giuridico risultante dalla formulazione della disposizione sia incompatibile con il sistema normativo, atteso che non è consentito all’interprete correggere la norma, nel significato tecnico proprio delle espressioni che la compongono, nell'ipotesi in cui ritenga che tale effetto sia solo inadatto rispetto alla finalità pratica cui la norma è intesa (Cass., 13 aprile 1996, n. 3495) (da ultimo, Cass., 6 aprile 2001, n. 5128). Del resto, “*secondo i più elementari principii ermeneutici applicabili alle norme penali e ‘para-penali’ (*id est*: a contenuto sanzionatorio-afflittivo), l’interpretazione analogico-estensiva - fisiologicamente preposta a colmare lacune normative (che peraltro nella fattispecie non è dato rilevare) - non può essere utilizzata al fine di inasprire un regime sanzionatorio; … comunque, secondo una regola ermeneutica arcinota, fra due possibili interpretazioni di una norma posta a garanzia di una determinata categoria di soggetti, deve prevalere quella c.d. ‘di miglior favore’ e non certo quella volta a ridurre al minimo la garanzia che il Legislatore ha voluto accordare e valorizzare*” (Cons. giust. amm., 31 luglio 2017, n. 346).

L’articolo 12 disp. prelim. prescrive rigorosamente che l’unico criterio interpretativo è il senso fatto palese dal significato delle parole secondo la loro connessione: “*non si può attribuire* ***altro*** *senso*”, recita la norma.

Ebbene, se il legislatore, con l’art. 67 lettera g) - norma dall’evidente valenza para-penale - ha voluto circoscrivere l’incapacità giuridica della ditta interdetta alle sole obbligazioni pubbliche e non anche a quelle private, non si vede come possa darsi un senso diverso rispetto a quello fatto palese dal significato proprio delle parole. Il ‘catalogo’ non può che riguardare solo i provvedimenti amministrativi ampliativi della sfera giuridica del destinatario dell’interdittiva prefettizia e non estendersi anche alle obbligazioni di contenuto privatistico che trovano fonte nel diritto privato o in un contratto.

**6.2.** Il comma 2 dell’art. 12 citato consente il ricorso all’interpretazione analogica. Sembra, dalla lettura della motivazione della decisione della Plenaria, che il divieto temporaneo del pagamento della somma dovuta a titolo risarcitorio risieda nel “catalogo” che lo stesso legislatore ha inteso non tipizzare, espresso dalla locuzione “*altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate*”, analoghe, quindi, ai contributi, finanziamenti, ecc. Ebbene, dalla semplice lettura emerge il riferimento al dato richiesto dalla stessa norma di una sorta di rinvio di contenuto *analogico* a fattispecie simili, in quanto quest’ultima non ha inteso limitare il divieto ai provvedimenti indicati espressamente, ma l’ha esteso ad *altre erogazioni dello stesso tipo* che l’interprete deve rinvenire nell’ordinamento; la ricerca non può che essere effettuata, quindi, se non con lo strumento dell’analogia. Sicché emerge spontanea la domanda: sono analoghe le somme richieste a titolo di ‘liberalità’ fondate su atti amministrativi o in base a peculiari disposizioni di legge rispetto a quelle forme negoziali che trovano fonte e radice nel codice civile?

Prima si è risposto negativamente (esprime serie perplessità, sull’equiparazione seguita dall’Adunanza Plenaria, D’Angelo, che annota per il *Foro it*., 2018, III, 323, la decisione in esame, per il quale “*la distanza tra erogazioni, ancorché di carattere indennitario, a sostegno dell’attività di impresa e somme dovute dalla pubblica amministrazione a titolo di risarcimento del danno appare incolmabile in via interpretativa*”).

Inoltre, il comma 2 dell’art. 12 delle disp. prelim. consente il ricorso all’analogia (quindi, mediante un’interpretazione estensiva) esclusivamente ai casi in cui “*una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione*”, avendosi “*riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe*.” Il ricorso all’analogia è consentito, perciò, solo allorquando manchi una specifica disposizione nell’ordinamento regolante la fattispecie concreta e si renda conseguentemente necessario porre rimedio ad un vuoto normativo altrimenti incolmabile in sede giudiziaria. Orbene, anche in questa occasione ci si dovrebbe domandare se rispondono alle medesime finalità le norme codicistiche (di rispetto delle obbligazioni assunte in sede contrattuale o degli obblighi tipici derivanti dall’illecito extracontrattuale) ed i contributi, i finanziamenti, le provvidenze in genere che l’ordinamento introduce per favorire lo sviluppo economico del Paese o difendere determinate categorie di operatori economici ‘deboli’.

**6.3.** L’articolo 12 riportato non va, infine, disgiunto dal successivo art. 13, secondo cui «*Le leggi penali e quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati»*. Qui non par dubbio che nella vicenda trattata dalla Plenaria si sia discettato di leggi eccezionali (di contenuto para-penalistico), limitative della capacità giuridica, come efficacemente puntualizza la medesima Plenaria.

Ebbene, il rischio che si corre qualora il giudice decidesse di attivare il criterio dell’interpretazione evolutiva o logico-sistematica in luogo di quella letterale potrebbe consistere nella proliferazione di leggi di interpretazione autentiche della norma che, pur essendo nella sua primitiva formulazione chiara, viene ricostruita in sede interpretativa in maniera difforme da quanto in origine enunciato dal legislatore, il quale si sente costretto ad intervenire perché vede traditi i fini perseguiti con la produzione della propria legge.

Il problema di carattere costituzionale è assai delicato ed investe i rapporti tra funzione legislativa e funzione giurisdizionale. La teoria dell’interpretazione sganciata dall’intenzione del legislatore porta a dilatare la funzione giurisdizionale in danno della funzione legislativa, sì da far immaginare che il fenomeno della produzione delle leggi si ponga come un dato meramente storico di configurazione di un tema e di un vago schema di regolamento al quale l’interprete darà, invece, liberamente la sua soluzione (Leone G. sr., *Aspetti costituzionali dell’interpretazione della legge*, in *Scritti giuridici*, Napoli, 1987, 643).

Occorre, a mio avviso, tener presente che l’unica fonte di produzione delle leggi (statali, ma il principio è valido per le altre norme, dalle europee alle regionali) è il Parlamento e che la legge, una volta pubblicata sulla gazzetta ufficiale, non è un’entità che, appena distaccatasi dal legislatore, vive di vita autonoma e rivendica una sua propria volontà (così Leone G. sr., *op. cit*., 645), la quale, pertanto, può esser sostituita dalla volontà del giudice-interprete. Il quadro costituzionale lo impedisce. Pur nella sua indipendenza ed autonomia da qualsiasi potere, il magistrato è soggetto solo alla legge (art. 101 Cost.) e non può violare il rigoroso limite posto nei confronti di chi è l’autore della produzione delle regole giuridiche da applicare al caso concreto. Il pericolo che l’approdo di tale corrente di pensiero reca con sé consiste nel fatto che, al di là dell’interpretazione della norma nel caso concreto, ogni precedente giurisprudenziale, soprattutto se promanante dagli Organi giurisdizionali nomofilattici, dia luogo al cd. precedente o alla giurisprudenza consolidata (*ius receptum*), avente il medesimo valore della volontà del legislatore, o meglio sostitutivo della oramai svalutata volontà di quest’ultimo.

Giovanni Leone