

ROBERTO PARDOLESI - GIORGIO PINO

Post-diritto e giudice legislatore. Sulla creatività della giurisprudenza

SOMMARIO - *La recente sentenza 1946/17 delle sezioni unite civili ha offerto l'occasione per nuovi contributi all'inesauribile discussione sulla creatività giudiziaria e sul diritto giurisprudenziale. A partire da questa discussione il saggio si propone, con scarsa modestia, tre obiettivi: in primo luogo, evidenziare che nel dibattito corrente si intrecciano sensi differenti di creatività, che sollevano problemi distinti; in secondo luogo, mostrare che la creatività giurisprudenziale rappresenta, nelle sue diverse manifestazioni, un dato ineliminabile dell'esperienza giuridica; in terzo luogo, infine, suggerire che da queste premesse non è possibile inferire automaticamente alcuna immagine irenistica di una «comunità degli interpreti» armoniosamente impegnata a distillare il miglior diritto possibile.*

I. - *Questioni persistenti.* Fra i molti apporti positivi di una sentenza «alta», quale Cass., sez. un., 1946/17 (1), figura una ricaduta ad elevato tasso di criticità: quella secondo cui la pronuncia segnerebbe «il significativo momento di emersione di un processo inarrestabile in cui la teoria delle fonti del diritto trova all'un tempo la sua morte e la sua resurrezione» (2), col giudice costretto (ovvero — secondo altro, e malizioso, punto di vista — quanto mai disposto) a surrogare l'inerzia di un legislatore troppo spesso «confuso» (3) e, nella circostanza, scopertamente abulico. A dirle spesso e bene (4), in epoca di post-verità e «truthiness» (5), le cose sembrano accreditarsi, di là dalle difficoltà connesse ai principi della separazione dei poteri e della soggezione del giudice (solo) alla legge. Ed eccoci, allora — ci si passi la provocazione, consapevole, ma in fin dei conti innocua —, alle prese col post-diritto reificato dalla riconosciuta creatività della giurisprudenza.

La questione è, ovviamente, particolarmente «sensibile» a causa delle sue ricadute *lato sensu* politiche e per le sue ripercussioni sul valore della certezza del diritto e sul principio di eguaglianza come parità di trattamento tra i cittadini (6), e come tale si presta a suscitare una discussione poten-

zialmente infinita (7). Ma non sono solo questi sottintesi politici e valoriali a rendere la questione della creatività giurisprudenziale particolarmente intrattabile: il problema è che spesso non si ha ben presente che, quando si parla di creatività giurisprudenziale, non è in gioco una questione, ma un intreccio di questioni tra loro connesse, ciascuna delle quali poi si presta a fungere da possibile oggetto di separata analisi teorica e, ovviamente, valutazione etico-politica.

Una comprensione perspicua di ciò che accade quando si dice che i giudici creano diritto, dunque, richiede che si distinguano attentamente le diverse ramificazioni del tema e, ancor prima, che si tenga ben separato il piano della ricostruzione del fenomeno della creatività giurisprudenziale da quello della sua approvazione o disapprovazione (8) — quantomeno per chi ancora consideri cosa buona e giusta non cadere nell'errore logico della fallacia naturalistica — il vizio di considerare bene tutto ciò che accade — o voglia evitare di appiattirsi sulla prassi come troppo spesso accade, ai limiti dell'anything goes, ai cultori delle riedizioni giuridiche del postmoderno e dell'ermeneutica.

Ma prima di avventurarsi su questo terreno, vediamo di cennare brevemente a come sono andate le cose in questo caso.

II. - *Le sezioni unite di fronte ad una lacuna.* L'antefatto della decisione delle sezioni unite è rappresentato dalla sentenza 278/13 (9), con cui la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 28, 7° comma, l. 4 maggio 1983 n. 184 (nella versione novellata dall'art. 177, 2° comma, codice in materia di protezione dei dati personali), «nella parte in cui non prevede — attraverso un procedimento, stabilito dalla legge, che assicuri la massima riservatezza — la possibilità per il giudice di interpellare la madre — che abbia dichiarato di non voler essere nominata [...] — su richiesta del figlio, ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione». Con tale sentenza, additiva di principio, o di meccanismo (10), la corte ha dunque stabilito che: a) in caso di parto anonimo è costituzionalmente illegittima l'assenza di un procedimento di interpello con cui verificare la perdurante volontà della madre di non essere identificata dal figlio dato in adozione; e b) questo procedimento deve essere stabilito in via legislativa, verosimilmente in ragione della pluralità di meccanismi astrattamente praticabili e della necessità di bilanciare adeguatamente i diversi interessi in gioco (11).

(1) Cass., sez. un., 25 gennaio 2017, n. 1946, *Foro it.*, 2017, I, 477, con nota di richiami di G. CASABURI, e note di N. LIPARI, *Giudice legislatore*, e di G. AMOROSO, *Pronunce additive di incostituzionalità e mancato intervento del legislatore*.

(2) N. LIPARI, *Giudice legislatore*, cit., 492.

(3) Non a caso, di sistema «a legislazione confusa», che rende sempre più mobile il confine tra legislatore, amministrazione e giudice (di modo che quest'ultimo «lavora sempre di più per categorie generali e contribuisce a «creare diritto» anche nei sistemi di civil law»), parla il presidente del Consiglio di Stato, A. PAJNO, *Inaugurazione dell'anno giudiziario 2017*, § 1.12, *Foro it.*, 2017, V, . . ., in questo fascicolo.

(4) Cfr., diffusamente, N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, *passim*.

(5) Il problema delle «fake news, and substantially-less-than-fully-truthful news», sino alla diffusione, tramite notizie false, di ciò che si ritiene vero, è l'odierna piaga della comunicazione in rete. «Truthiness», spiegano M.C. DORF e S. TARROW, *Stings and Scams: «Fake News», the First Amendment, and the New Activist Journalism* (January 26, 2017), in <ssrn.com/abstract=2906444>, «is falsehoods with the ring of truth, diffused through new forms of communication». Più in generale, sui meccanismi della post-verità, C. SUNSTEIN, *Voci, gossip e false dicerie*, trad. it., Milano, 2010.

(6) Principio per la sua parte rivedibile, ci viene suggerito, posto che Big Data, proprio perché capace di propiziare forme di «profiling» fin qui inesplorate, promette/minaccia (non solo di cancellare ogni aspirazione di privacy, ma anche, nella dialettica del bicchiere mezzo pieno) di aprire ad una «personalizzazione» delle regole in funzione della diversità e, quindi, di un'autentica eguaglianza di fatto. Sul controintuitivo ideale di una discriminazione perfetta come veicolo di giustizia («ve-

ra», cfr., in prima approssimazione, Ph. HACKER, *Personalising EU Private Law. From Disclosures to Nudges and Mandates*, in <ssrn.com/abstract=2914393>.

(7) Da ultimo sono dedicati al tema del rapporto tra giudice e legislatore, con sullo sfondo il problema della creatività giurisprudenziale, due dibattiti recentemente ospitati da *Diritto pubblico*, 2016/2 (con interventi di C. PINELLI, G.U. RESCIGNO, A. TRAVI, M. BOMBARDELLI, V. ANGIOLINI, P. CIARLO, A. PIOGGIA, S. CIVITARESE MATTEUCCI, G. AZZARITI, F. BILANCIA, P. CARNEVALE, D. SORACE), e da *Questione giustizia*, 2016/4 (con interventi di L. FERRAJOLI, N. LIPARI, F. MACARIO, G. PRETEROSI, P.L. ZANCHETTA, R.G. CONTI, A. LAMORGESE, E. SCODITTI, A. GIUSTI, A. TERZI, G. LEO, D. SIMEOLI, A. GUARDIANO).

(8) Confusione di piani che già Tarello rilevava in, e rimproverava a, Mauro Cappelletti: G. TARELLO, *Recensione a M. Cappelletti, Giudici legislatori?*, in *Quadrimestre*, 1984, 379-382.

(9) Corte cost. 22 novembre 2013, n. 278, *Foro it.*, 2014, I, 4, con nota di G. CASABURI.

(10) Su questo tipo di decisioni, v. G. ZAGREBELSKY-V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, 400-405.

(11) Cfr. G. AMATO, *Corte costituzionale e corti europee*, Bologna, 2015, 79: «La conclusione della nostra corte è, quindi, che sia lasciato al legislatore il compito di trovare le modalità più caute e delicate per accertare la volontà della madre anonima . . . poiché questo qualcosa non discende a rime obbligate dalla Costituzione, la sentenza è additiva solo di principio e rimette la sua stessa efficacia a un successivo intervento del legislatore, in assenza del quale il tribunale per i minori non potrà muoversi, perché i mezzi a disposizione oggi non sono appropriati». Ovvio peraltro che, a distanza di anni e nel perdurare dell'inerzia del legislatore, la prospettiva cambi radicalmente.

Com'era prevedibile, il legislatore — con ben altro da fare! — si è perduto in un biennio di vacuità, portando così i giudici di merito e la stessa Cassazione ad operare in una situazione di (costituzionalmente illegittima) lacuna (12). In sostanza, l'inerzia del legislatore ha fatto sì che il panorama normativo restasse esattamente identico a quello che aveva determinato la pronuncia di incostituzionalità in primo luogo. Con l'aggravante, però, che, se prima della sentenza della Consulta il rilievo da attribuire alla mancanza di un meccanismo di interpello poteva essere oggetto di opinioni controverse, dopo la sentenza l'incostituzionalità della mancanza di un simile meccanismo era stata ormai, per così dire, ufficialmente certificata. Da qui il ricorso del procuratore generale ex art. 363, 1° comma, c.p.c., affinché la Cassazione pronunciasse un principio di diritto nell'interesse della legge.

Le sezioni unite hanno risposto a questa sollecitazione, stabilendo che, anche in assenza dell'intervento del legislatore (13), è possibile reperire nell'ordinamento, sulla base di un canone di interpretazione costituzionalmente orientata, dati normativi idonei a permettere l'esercizio del diritto — considerato dalla Corte costituzionale come diritto di rilievo costituzionale — del figlio adottato a che sia interpellata la madre che aveva a suo tempo optato per il parto anonimo. Più in dettaglio, per quanto qui interessa, la Cassazione rileva che «la riserva espressa della competenza del legislatore si riferisce, evidentemente, al piano della normazione primaria... come tale, essa non estromette il giudice comune, nel ruolo — costituzionalmente diverso da quello affidato al legislatore — di organo chiamato non a produrre un *quid novi* sulla base di una libera scelta... ma... a ricercare, in chiave di effettività... un punto di saldatura tra [il principio vincolante dichiarato dalla Corte costituzionale], i diritti dei soggetti coinvolti e le regole preesistenti». E sottolinea, ancora, come il principio dichiarato nel dispositivo di accoglimento contenga «una provvista di indicazioni che consente al giudice di assicurare, anche per il periodo transitorio, una situazione adeguata alla legalità costituzionale». Data questa inequivoca impronta (il cui riconoscimento esprime un apprezzabile self-restraint giurisdizionale: se non è supplenza, si tratta pur sempre di intervento emergenziale, giustificato dall'imperativo di scongiurare il perpetuarsi di una situazione illecita e facilitato dalla chiarezza della traiettoria da seguire); data questa impronta, dicevamo, viene indicato, in at-

(12) In termini tecnico-generalisti si tratta qui di una lacuna «tecnica», che si verifica quando non esistono gli specifici strumenti normativi necessari per dare attuazione ad un istituto giuridicamente previsto (ad esempio un diritto soggettivo): cfr. R. GUASTINI, *Le fonti del diritto*, Milano, 333 s.

(13) L'alternativa alla via seguita dai giudici di legittimità sarebbe stata quella, oggettivamente «bolsa» in presenza di un principio indicato con sufficiente chiarezza dalla Consulta, della «doppia pronuncia»: cfr., anche per ulteriori riferimenti, G. AMOROSO, *Pronunce additive di incostituzionalità e mancato intervento del legislatore*, in *Foro it.*, 2017, I, 494 [e v. anche M. FINOCCHIARO, *La Cassazione «fa sue» le prerogative del legislatore* (nota a Cass. 9 novembre 2016, n. 22838, *id.*, 2016, I, 3784), in *Guida al dir.*, 2017, fasc. 6, 57, 59 s., con posizioni parzialmente «rivisitate» in *Se il diniego persiste il diritto dell'adottato non deve prevalere* (nota a Cass. 1946/17, cit., *ibid.*, fasc. 8, 60, 64)]. Ma si può registrare una sostanziale convergenza sulla volatilità del confine tra sentenze additive autoapplicative e additive di principio, nonché sull'opportunità, quando il principio sia sufficientemente delineato, come nel caso di specie all'insegna della garanzia di confidenzialità, di rendere quel confine ancora più indistinto: v., indicativamente, R. ROMBOLI, *Sull'esistenza di scelte riservate alla discrezionalità del legislatore: la sindacabilità delle regole di tecnica legislativa e l'utilizzo delle sentenze additive di principio*, in *Percorsi costituzionali*, 2010, fasc. 2-3, 67-77, nonché, più in generale, *Trasformazione del ruolo del giudice e nuove tecniche interpretative*, in CHIODI-PULITANO (a cura di), *Il ruolo del giudice nel rapporto tra i poteri*, Milano, 2013, 43-78. Cfr., altresì, sempre nel senso che, fino a quando il legislatore non abbia provveduto a legiferare nel modo richiesto dalla «addizione», la giurisprudenza possa e debba attivarsi per colmare provvisoriamente la lacuna, G. ZAGREBELSKY-V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 403.

tesa dell'*interpositio legislatoris*, il procedimento utilizzabile per attuare l'additiva di principio; e si evocano, con qualche straniamento per il lettore (che si andava abituando all'idea che il solco fosse segnato), i diversi protocolli adottati dai tribunali che hanno ritenuto di dar corso all'istanza del figlio di interpello della madre naturale.

Ricapitoliamo. Viene riscontrata e denunciata una lacuna nell'ordinamento, peraltro non una ordinaria lacuna «orizzontale», ma «verticale»: una lacuna, cioè, che fintanto che non sia stata colmata rende impossibile esercitare un diritto di rilievo costituzionale (14). Il legislatore, soggetto primariamente competente a rimuovere questa situazione, e a tal fine officiato dalla stessa Corte costituzionale, omette di intervenire: lasciando la lacuna lì dov'è. In linea generale, per situazioni di questo tipo l'ordinamento conosce meccanismi di correzione, in particolare di autointegrazione: il ricorso alla analogia *legis* e *iuris* (15). La Corte di cassazione, peraltro nella sua composizione di maggior prestigio ai fini della funzione di nomofilachia, procede dunque a colmare la lacuna individuando tutta una serie di precisi dati utilizzabili in via analogica (analogia *legis*), al fine di dare attuazione al principio indicato dalla Consulta (analogia *iuris*), quantomeno nelle more dell'intervento legislativo.

III. - *Nel labirinto*. Siamo di fronte ad un esercizio di creatività giurisprudenziale? La giurisprudenza ha ancora una volta riaffermato un'incoercibile vocazione a fungere da fonte del diritto?

La risposta è sì. E anche no (16). Le cose stanno così perché, come si diceva in esordio, la questione della creatività della giurisprudenza è in realtà un fascio di questioni distinte; se si vuole rifuggire da un discorso meramente suggestivo, è necessario mettere in campo un po' di analisi concettuale e cercare di chiamare ogni cosa col proprio nome. Prima, però, di battere questa traiettoria, conviene precisare quali ne siano i protagonisti.

La fortunata metafora comparatistica dei «tre signori del diritto» (legislatore, dottrinario, giudice) è andata nel tempo — con particolare riguardo al suo campo elettivo, e più sofisticato, di declinazione, il diritto civile — perdendo pezzi (17). La crisi del formalismo ereditato dal positivismo ottocentesco e della sua espressione privilegiata, la dogmatica, ha prodotto lo straniamento della dottrina (18), orfana di un sistema che si è ormai disgregato e renitente a ricostruire l'*ubi consistam* della sua identità nella ri-organizzazione di un quadro complesso e molteplice per la sovrapposizione tra fonti nazionali e sovranazionali (19). La crisi della scienza

(14) L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, vol. I, Roma-Bari, 2007, 684-691, parla in proposito di lacuna strutturale, per sottolineare che la norma mancante è richiesta da una norma costituzionale, con la conseguenza che la lacuna a livello legislativo si traduce nell'inattuazione di un principio costituzionale.

(15) Salvo, chiosa N. LIPARI, *Il diritto civile*, cit., 77 ss., prendere atto — una volta sepolti gli schematismi di cui all'art. 12 preleggi — della «trasfigurazione» dell'analogia sul terreno di una «riscoperta della dimensione storica del diritto», ossia di «una operante dialettica fra tutti gli indici che concorrono a formare, in un dato momento storico, l'esperienza giuridica».

(16) «Il «giudice sillogista» in senso radicale», scrive G. CANZIO, *Nomofilachia, dialogo tra le corti e diritti fondamentali*, in *Foro it.*, 2017, V, 69, 71, «forse non è mai esistito, se non nei libri. Neppure è esistito il «giudice legislatore» tout court».

(17) R. PARDOLESI-M. GRANIERI, *Dottrina delle corti e disimpegno dei giuristi*, in *Foro it.*, 2013, V, 187.

(18) Di «crisi (quanto irreversibile?) della scienza giuridica» e, «in particolare, della scienza privatistica, che appare difficile da fronteggiare per loro interno decadimento ma anche per cause esogene», parla S. MAZZAMUTO, *L'eclissi e l'antiecclissi. A proposito di due libri recenti*, in *Europa e dir. privato*, 2016, 1133, 1134.

(19) Secondo l'indicazione avallata, ad es., da M. BARCELLONA, *Un'altra complessità: l'orizzonte europeo e i problemi della causa negoziale*, in *Europa e dir. privato*, 2016, 939, 941 ss.

giuridica (per qualcuno, l'«eclissi del diritto civile» (20)) sta proprio qui, nel «tradimento dei chierici», che, persa la vocazione originaria, non hanno saputo reinventarsi, finendo per accodarsi passivamente al ruolo trainante della giurisprudenza (21). C'è, ovviamente, chi prospetta una diversa diagnosi e ritiene che, nella nuova temperie, tanto la dottrina quanto la giurisprudenza abbiano visto affievolirsi la specificità del ruolo tradizionalmente legato alla logica della codificazione, sicché l'una e l'altra, «riconciliate in un'ottica sostanzialmente unitaria» (22), hanno scoperto un'identità o sincronia di funzioni, che concorre a formare quella che è stata definita la «comunità interpretativa»: ormai orba delle sue categorie tradizionali e proiettata al governo del caso concreto (23), con strumenti che emergono non (solo e non tanto) dalla legge, ma dal fervido dialogo tra gli interpreti (24). Sennonché, si osserva ancora, per questa via la scienza giuridica «avvicina sempre di più la sua funzione a quella che tradizionalmente era riconosciuto come il ruolo della giurisprudenza» (25). Fino a perdere d'identità, potremmo aggiungere, a maggior ragione in vista dell'inclinazione della giurisprudenza a farsi dottrina (26). Più che un'alleanza, allora, un assorbimento. O peggio.

Di là da questa endiadi in odore di *reductio ad unum* e, magari, coltivando una vena consapevolmente polemica, si potrebbe opinare che l'esaltazione della creatività del giudice miri — nel solco del convincimento che «sarebbe perfettamente concepibile un diritto senza legislatore, ma non uno senza giudici» (27) —, a comprimere ulteriormente la pattuglia dei signori del diritto (28). O, comunque, a imporre e rendere esplicita una nuova gerarchia, indifferente alla mancanza di legittimazione democratica (a creare diritto) del nuovo protagonista assoluto. Ma il buon senso suggerisce di guardarsi dagli eccessi ricostruttivi. Anche perché il discorso va diversamente dimensionato.

IV. - *Il filo di Arianna*. Ricominciamo allora dall'idea stessa di creatività giurisprudenziale e proviamo a distinguere

(20) C. CASTRONOVO, *L'eclissi del diritto civile*, Milano, 2015. Per un confronto sulle tesi dell'a., v. i contributi (di S. MAZZAMUTO, A. DI MAJO, G. TERRANOVA, A. GENTILI, G. BENEDETTI e L. NIVARRA), in *Europa e dir. privato*, 2016, 1133 ss.

(21) Discorso troppo impegnativo per poter esser qui anche soltanto sintetizzato in questa sede: per un primo approfondimento delle sue molte implicazioni cfr. M. GRANIERI-R. PARDOLESI, *The Future of Law Professors and Comparative Law*, in *The Digest. National Italian American Bar Association Law Journal*, 2013, 1.

(22) L'entusiasmo di N. LIPARI, *Il diritto civile*, cit., 51, vuole che «dottrina e giurisprudenza [creino] interagendo», sì che «si può quindi oggi applicare al rapporto tra dottrina e giurisprudenza quel che, pur fra mille resistenze e dubbi, un tempo si riuscì a dire per la giurisprudenza». Ma l'eccesso di ottimismo è in agguato.

(23) Fino a lasciar configurare «una giurisprudenza decisa a concorrere con il legislatore», che si serve «frequentemente di norme senza fattispecie per perseguire obiettivi di politica del diritto da essa stessa individuati»: A. GENTILI, *A proposito di Eclissi del diritto civile*, in *Europa e dir. privato*, 2016, 1167, 1171.

(24) La contrapposizione tra un diritto posto o imposto dall'alto, cioè dal legislatore, e quindi di marca in fin dei conti autoritaria, e un diritto che emerge dal basso, da pratiche discorsive e dal paziente e attento ascolto della «società» (ovviamente da parte della dottrina e della giurisprudenza), è costantemente ribadita da P. GROSSI: v., ad es., *Introduzione al novecento giuridico*, Roma-Bari, 2012, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015, e, da ultimo, *Il giudice civile. Un interprete?*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2016, 1135.

(25) N. LIPARI, *Il diritto civile*, cit., 42.

(26) R. PARDOLESI e M. GRANIERI, *Dottrina delle corti e disimpegno dei giuristi*, in *Foro it.*, 2013, V, 187. E v. anche P. PARDOLESI e B. SASSANI, *Motivazione, autorevolezza interpretativa e «trattato giudiziario»*, *id.*, 2016, V, 299.

(27) Così M. BARBERIS, *Possono governare, le leggi? Il dilemma del rule of law*, in *Rule of Law. L'ideale della legalità* a cura di G. PINO e V. VILLA, Bologna, 2016, 13, 24 (evocando J. Raz).

(28) M. CASORIA-R. PARDOLESI, *Disciplina della concorrenza, «private enforcement» e attivismo giudiziale: dopo la dottrina, il diritto delle corti?*, in *Foro it.*, 2015, I, 2752.

re tra due sensi di questa espressione che, in mancanza di una terminologia più felice, potremmo indicare rispettivamente come creatività in senso semantico, o interpretativo, e creatività in senso pragmatico, o (e questo grida davvero vendetta al cielo!) produttivo (29). Il senso della distinzione è semplice: una cosa è stabilire se, nell'interpretazione di un testo normativo o più in generale nella decisione di una questione giuridica, il giudice abbia attribuito al materiale normativo rilevante un significato diverso da quello linguisticamente più ovvio (creatività in senso semantico); altro è chiedersi se una decisione giurisprudenziale, o una serie di decisioni giurisprudenziali, possa dispiegare efficacia vincolante o comunque condizionare con qualche grado di cogenza gli altri operatori giuridici — in altre parole, chiedersi se la giurisprudenza, individualmente o collettivamente considerata, sia fonte del diritto (creatività in senso pragmatico).

Come è evidente, si tratta di due questioni concettualmente e fattualmente distinte: infatti, un'interpretazione giurisprudenziale può essere altamente innovativa ed eterodossa (e, dunque, creativa nel primo senso), senza con ciò essere percepita come vincolante o autorevole dagli altri operatori; priva, perciò, di ogni capacità in qualche senso innovativa per l'ordinamento, venendo destinata ad un immediato oblio (e, dunque, non creativa nel secondo senso). Parimenti, una singola decisione o un orientamento giurisprudenziale possono essere trattati dagli operatori come vincolanti, o altamente persuasivi ecc. (e, dunque, facendo riferimento al secondo senso di creatività), anche senza essere particolarmente fantasiosi o inventivi da un punto di vista semantico: ad esempio, il diritto vivente potrebbe semplicemente attestarsi sul significato letterale della disposizione normativa (e così non sarebbe creativo nel primo senso). E infine, certo, la giurisprudenza può risultare creativa in entrambi i sensi contemporaneamente: perché un orientamento interpretativo potrebbe essere particolarmente estroso rispetto alla formulazione letterale dei testi normativi rilevanti e, inoltre, potrebbe essere compattamente seguito dai giudici e dunque considerato particolarmente cogente.

Una volta assodato, dunque, che si può parlare, e normalmente si parla, di creatività in due sensi distinti (spesso senza avvertire chiaramente la differenza tra i due), andiamo a guardare un po' più da vicino cosa si nasconde dietro queste etichette.

V. - *Sulla creatività dell'interpretazione*. Per quanto riguarda la creatività in senso semantico, o interpretativo, domandarsi se la giurisprudenza sia creativa in questo senso è semplicemente un problema mal posto. L'interpretazione giurisprudenziale è *sempre* in qualche misura creativa.

Per un verso, infatti, vi sono nell'ordinamento (in ogni ordinamento) fattori che invitano il giudice a far esercizio di forme più o meno intense di creatività interpretativa: clausole generali, concetti elastici, ricorso a principi o all'equità, e più in generale questioni lasciate volutamente in sospenso in sede legislativa e rimesse alla determinazione dell'interprete, quando non ignorate per la ineluttabile incompletezza (a maggior ragione diacronica) della trama disciplinare. Queste sono forme di creatività delegata, o autorizzata, dall'ordinamento o meglio dal legislatore; la presenza di questo tipo di creatività può essere di volta in volta una dimostrazione, da parte del legislatore, di saggezza, di codardia politica, o di furbizia tattica: ma resta in qualche modo inevitabile, visto che nessun legislatore può comunque prevedere e regolare

(29) Altri tentativi di disambiguazione (parzialmente diversi da quello proposto nel testo) della domanda se i giudici creino diritto sono rinvenibili in G. CARRIÒ, «I giudici creano diritto» (*esame di una polemica giuridica*), in *Diritto e analisi del linguaggio* a cura di U. SCARPELLI, Milano, 1976, 373; R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011, 325-340.

dettagliatamente tutti i casi della vita — e una legislazione che cercasse di farlo non rappresenterebbe necessariamente un buon prodotto di tecnica legislativa (30). Poi vi sono ipotesi in cui il giudice, delegato o non che sia, esercita forme più o meno intense di creatività interpretativa, sfruttando l'inevitabile indeterminazione dei testi normativi, il carattere sistematico del diritto (e dunque la possibilità di sfruttare, e anche reinventare, le più diverse combinazioni tra i vari «pezzi» del sistema (31)), e il presupposto interpretativo spesso silente, ma sempre all'opera, che «il legislatore» non possa essere irrazionale o ingiusto, e dunque che non si possano attribuire agli enunciati normativi significati che darebbero luogo a decisioni giudiziali patentemente assurde o ingiuste. Il risultato è che in ogni interpretazione vi è un margine di creazione, perché il processo ermeneutico involge sempre molteplici scelte che non sono mai precisamente determinate dall'ordinamento. E questo margine di creatività è presente, paradossalmente, anche quando l'interpretazione sembra attestarsi sul significato più ovvio, letterale, del testo normativo da interpretare: se non altro perché anche in questi casi si sarà operata una scelta, «negativa», di escludere altri possibili significati, meno ovvi ma pur sempre giuridicamente accettabili e argomentabili.

Si noti peraltro che, salvo casi estremi e abbastanza inverosimili (32), la creatività interpretativa è esercitata comunque all'interno delle maglie, più o meno lasche, dell'ordinamento: solitamente non assomiglia ad un big bang, ma al completamento di un quadro già in gran parte, o anche in gran parte, dipinto, al quale il giudice si trova ad aggiungere — con qualche libertà, ma non con una discrezionalità assoluta — alcuni dettagli, spesso anche importanti (33).

Il vero problema, in definitiva, non è come impedire alla giurisprudenza di esercitare qualche forma di creatività interpretativa: piuttosto, è capire quanta creatività si sia disposti a tollerare, o — a seconda dei punti di vista — ad incoraggiare. Ed è un problema essenzialmente di politica del diritto, perché coinvolge le ideologie giuridiche dei vari operatori e le varieghe idee che si possono avere sulla dinamica dei rapporti tra i poteri. Diversa sarà la misura e forse anche la forma di creatività ammessa o incoraggiata da un giurista di famiglia formalista, oppure da un giurista di famiglia sostanzialista (34), in base ai valori sottostanti a ciascuna di queste posizioni (la certezza del diritto, la deferenza al legislatore democratico, l'attuazione di principi costituzionali, la giustizia del caso concreto, l'adeguamento del diritto alla realtà sociale, ecc.), e ai diversi modi possibili di combinarli. Ma in nessun caso sarà utile raffigurare il giudice come un automa e tantomeno come uno spassionato rilevatore della lettera della legge, della volontà del legislatore, dello spirito dell'ordinamento, o della coscienza sociale: in breve, come

un soggetto impegnato in un'attività priva di scelte in ultima analisi etico-politiche.

VI. - *Sulla giurisprudenza come fonte del diritto.* Per quanto riguarda la creatività in senso pragmatico, o produttivo, qui la domanda da porsi è se la giurisprudenza sia fonte del diritto. Ancora una volta, l'interrogativo rischia di essere decisamente fuorviante, fino a che non si sia chiarito in che senso si stia parlando di fonte del diritto.

Si dà, infatti, innanzitutto una nozione giuridico-formale di fonte del diritto, da intendersi come l'insieme degli atti e delle procedure a cui l'ordinamento riconosce espressamente capacità innovativa dell'ordinamento stesso: il paradigma di questa accezione di fonte del diritto è esemplificato dall'elenco (ancorché incompleto) contenuto nell'art. 1 preleggi; alla luce di questa metrica, in un ordinamento di civil law la giurisprudenza, per definizione, non può essere considerata come fonte del diritto (35).

All'estremo opposto, si parla spesso di fonti del diritto in senso «culturale», per riferirsi a tutto ciò che in concreto influisce sulla decisione del giudice. In questo senso certamente la giurisprudenza può ambire ad essere considerata fonte del diritto, ma al prezzo di banalizzarne notevolmente il concetto di fonte e di privarlo di un significativo valore scriminante rispetto ai diversi fattori che a vario titolo possono influire sul processo decisionale del giudice: infatti, la giurisprudenza diverrebbe fonte di diritto tanto quanto la dottrina, con i limiti già indicati, i pregiudizi razziali, l'appartenenza di classe e la stessa digestione del giudice.

Infine, un senso forse intermedio, moderatamente «realistico», di fonte del diritto può essere rintracciato in ciò che un giudice deve o dovrebbe tenere in considerazione al fine di raggiungere una decisione giuridicamente corretta; in quest'ultimo senso, vi saranno materiali normativi il cui uso è (trattato come) giuridicamente necessario, altri materiali il cui uso è (trattato come) come necessario salvo forti ragioni in contrario, altri materiali ancora che sono considerati come fortemente consigliati, anche se non tanto da determinare l'invalidità della decisione in caso vengano ignorati, altri ancora che sono puramente ornamentali, ecc. In quest'ultima accezione ha pienamente senso, e ha una rilevanza non solo sociologica ma anche giuridica, chiedersi se la giurisprudenza sia fonte del diritto anche in un ordinamento di civil law: significa in altre parole chiedersi se e in quale misura e in quali circostanze i giudici ritengano doveroso uniformarsi alle interpretazioni già esistenti in sede giurisprudenziale, e quanta libertà ritengano di avere per discostarsene.

Ebbene, se si usa quest'ultimo significato, «realistico», di fonte del diritto per guardare alla situazione italiana attuale, non è così facile dare una risposta alla domanda se la giurisprudenza sia fonte del diritto. Per un verso, infatti, è pratica del tutto evidente e affatto familiare che nelle motivazioni delle sentenze si citino ampiamente i precedenti giurisprudenziali: dunque, l'uso dei precedenti è considerato quantomeno un espediente per rendere più solida, più convincente, più completa, un'argomentazione giudiziale. Per altro verso, però, è del tutto improbabile che, qui e ora, una sentenza di merito venga riformata in secondo grado o in Cassazione solo perché non si è adeguata ad un certo orientamento giurisprudenziale (36). Da questo punto di vista, se la giurisprudenza è fonte del diritto, allora non è molto più che una fonte

(30) Ulteriori riflessioni sul punto in H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, 1961, 124-136; D. RÉAUME, *Of Pigeonholes and Principles: A Reconsideration of Discrimination Law*, in *Osgoode Hall L.J.*, 40, 2002, 113.

(31) R. BIN, *A discrezione del giudice*, Milano, 2013; G. PINO, *Interpretazione e «crisi» delle fonti*, Modena, 2014.

(32) Ma, ovviamente, «quel che è sommamente improbabile è pur sempre possibile» (Corte cost. 30 luglio 1984, n. 232, *Foro it.*, 1984, I, 2656).

(33) Se quanto detto nel testo è vero, allora risulta quantomeno goffa la distinzione cui ha fatto ricorso Cass., sez. un., 11 luglio 2011, n. 15144, *Foro it.*, 2011, I, 2254, tra mutamento giurisprudenziale derivante da un'interpretazione del tutto imprevedibile e mutamento interpretativo che invece è frutto di una evoluzione prevedibile: per un verso, qualunque tipo di mutamento giurisprudenziale determina un «effetto sorpresa»; e, per altro verso, anche un'interpretazione fortemente innovativa, che non sia puramente folle, non può non essere (presentata come) uno sviluppo di elementi già presenti nell'ordinamento.

(34) Per una ricostruzione di queste famiglie, G. PINO, *Teoria analitica del diritto. I. La norma giuridica*, Pisa, 2016, 152-161; e v. già P.S. ATIYAH, R.S. SUMMERS, *Form and Substance in Anglo-American Law*, Oxford, 1987.

(35) Il riferimento è alla giurisprudenza ordinaria; discorso diverso si dovrebbe fare per la giurisprudenza costituzionale, quantomeno riguardo alle sentenze di accoglimento.

(36) Come puntualmente rilevato da P. CHIASSONI, *Diritti umani, sentenze elusive, clausole ineffabili. Scritti di realismo militante*, Roma, 2011, cap. IV, che pertanto conclude che lo statuto normativo del precedente giudiziale in Italia è del tutto indeterminato.

«persuasiva», o forse sarebbe meglio dire «permissiva» (37). E infine, è del tutto indeterminato il criterio con il quale si possano selezionare i dati giurisprudenziali idonei a figurare utilmente in un'argomentazione giudiziale: «la giurisprudenza consolidata» e «il diritto vivente» sono gli stilemi più rassicuranti a cui si ricorre in questi casi, ma è noto che non esistono formule chiare e condivise per individuare né l'una né l'altro (38). Esistono, è vero, alcune note acquisizioni giurisprudenziali che rappresentano ormai punti fermi, ad esempio la risarcibilità del danno non patrimoniale da lesione di diritti inviolabili, o alcune creazioni giurisprudenziali in materia di diritti della personalità, o il reato di concorso esterno in associazione mafiosa; ma al di fuori di questi non numerosissimi casi è possibile trovare precedenti giurisprudenziali, anche molto autorevoli, idonei a suffragare qualunque tesi interpretativa (come sa ogni avvocato provvisto di affidabili banche dati online) (39).

VII. - *Lo sguardo di Medusa*. Tiriamo le fila di questo già lungo discorso. Che il diritto non possa esaurirsi nel discorso del legislatore, è tesi ovvia ed evidente. La sua ovvietà deriva dalla natura stessa del fenomeno giuridico, che (a differenza della morale, dell'etichetta, della lingua o di un mercato concorrenziale perfetto) è un fenomeno normativo istituzionalizzato: ciò vuol dire che nel diritto è centrale e imprescindibile non solo la presenza di organi che producono norme giuridiche, ma anche di organi che le applicano (40). E pertanto è inevitabile che il linguaggio del legislatore sia continuamente «trasformato» dagli interpreti: dalla giurisprudenza in primo luogo, ma anche (sia pur in modo diverso) dalla dottrina. Ciò fa sì che l'interpretazione giurisprudenziale sia in qualche senso un'attività creativa, perché l'interpretazione non può non modificare il messaggio normativo; e che la giurisprudenza sia in qualche senso una fonte del diritto, perché le decisioni rese dagli organi istituzionali dell'applicazione esercitano inevitabilmente un'influenza, una «forza gravitazionale» (41), sulle successive decisioni di altri organi dell'applicazione. Ma, come abbiamo visto, entrambe queste affermazioni devono essere maneggiate con cura.

In particolare, la natura inevitabilmente creativa dell'interpretazione e l'altrettanto inevitabile incidenza dell'interpretazione giurisprudenziale nella conformazione del diritto

positivo non giustificano di per sé alcun plauso aprioristico verso il diritto giurisprudenziale o verso i più estrosi esercizi di fantasia interpretativa, né più o meno edulcorate evocazioni di una «comunità degli interpreti», armoniosamente impegnata in una sorta di dialogo platonico per costruire, un tassello interpretativo dopo l'altro, il migliore dei mondi giuridici possibili. Anzi.

Quanto detto fin qui mostra che l'attività interpretativa, e specialmente quella svolta dalle corti, è un esercizio di potere, ed è condizionata da presupposti etico-politici raramente dichiarati anche se spesso ben visibili. L'interpretazione è il nome che si dà ad una pratica collettiva in cui i punti di riferimento comuni vengono in rilievo tanto quanto le divergenze e i contrasti, e spesso sono proprio questi ultimi a far «progredire» (nel senso etimologico di «andare avanti») la pratica giuridica. Ci sono giuristi con punti di vista diversi, e spesso conflittuali (42), che lottano, ognuno con i mezzi che ha a disposizione (motivazioni di sentenze, saggi accademici, organizzazione di convegni, ecc.), per imporre non solo certe specifiche decisioni o interpretazioni, o certi specifici metodi interpretativi, ma anche per accreditare, consolidare, o ribadire una egemonia politico-culturale — una lotta non solo per il diritto, ma anche per l'autorevolezza.

È un gioco a geometria variabile, a cui partecipano molti soggetti e che è attraversato da molteplici divisioni interne: divisioni che segnano sezionalmente tanto la dottrina (quel che ne resta...) quanto la giurisprudenza, come è evidente e come dimostrano i numerosi esempi di «guerra tra le due corti» (Consulta e Cassazione) (43), o di «ribellione» dei giudici di merito a principi di diritto fissati dalla Cassazione (44); e si vedano adesso i non facilissimi rapporti tra la Corte costituzionale e, rispettivamente, la Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di giustizia dell'Unione europea (45).

Alla fine, così, torna ancora una volta alla mente la cruda risposta di Hans Kelsen alla domanda su cosa si celi dietro il diritto positivo (ma potremmo dire, in questo caso, cosa si celi dietro la comunità degli interpreti): «non la verità assoluta d'una metafisica o l'assoluta giustizia di un diritto naturale. Chi solleva il velo e non chiude gli occhi incrocerà lo sguardo fisso della testa di Gorgone del potere» (46).

ABSTRACT - *Post-law and judge-legislator: on the creativity of the judicial body.*

The recent judgment n. 1946/2017 of the Italian Supreme Court has paved the way for new contributions to the everlasting debate on judicial creativity and judge-made law. Vis-a-vis this debate, this essay has three rather immodest aims: first, we will highlight that in the current debate many

(37) Infatti, dato che la ricerca e l'uso dei precedenti giurisprudenziali spesso avviene solo sulla base delle massime, private del percorso argomentativo a sostegno del principio di diritto incapsulato nella massima, è fuori luogo parlare di un effetto persuasivo del precedente nei confronti del giudicante; casomai si potrebbe dire che il giudicante usa i precedenti non perché li ritenga persuasivi, ma per rendere più persuasiva la propria argomentazione.

(38) A questo riguardo è piuttosto illuminante la duplice distinzione tracciata da Michele Taruffo, tra «precedente» e «giurisprudenza», da una parte, e tra «precedente» ed «esempio», dall'altra: dove il precedente è la singola decisione giudiziale che esplica effetti vincolanti verso i giudici futuri, la giurisprudenza è l'insieme, o un insieme, di decisioni giudiziali che esplicano qualche tipo di influenza sui giudici futuri, l'esempio è l'uso di una (precedente) decisione al fine di arricchire un'argomentazione giudiziale. Ebbene, mentre il richiamo ad una decisione giudiziale come «precedente» è tipica del common law, in Italia oggi l'uso argomentativo dei precedenti giurisprudenziali sembra oscillare tra il riferimento alla «giurisprudenza» e l'uso a mo' di esempio. Cfr. M. TARUFFO, *Precedente ed esempio nella decisione giudiziaria*, in *Scritti per Uberto Scarpelli* a cura di L. GIANFORMAGGIO e M. JORI, Milano, 1997; *Precedente e giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2007, 709.

(39) Come ricorda S. CHIARLONI, *Ruolo della giurisprudenza e attività creative di nuovo diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2002, 7, nei settori in cui imperano i contrasti giurisprudenziali, la giurisprudenza non opera come fonte del diritto, ma come fonte di confusione.

(40) J. RAZ, *The Authority of Law*, Oxford, 1979, cap. 6; G. PINO, *Teoria analitica del diritto*. I. cit., cap. 1.

(41) R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge (Mass.), 1978, 111.

(42) «La comunità dell'interpretazione non è che il nome collettivo di giuristi che si segnalano per le loro continue diatribe» (A. GENTILI, *Senso e consenso. Storia teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, Torino, 2015, I, 75).

(43) Gli attriti di un tempo sono stati largamente assorbiti, nel segno del compromesso onorevole: cfr. M.R. MORELLI, *I rapporti tra Corte di cassazione e Corte costituzionale nella dialettica tra interpretazione e controllo di costituzionalità delle norme di legge ordinaria*, in <www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_internazionali>, 2014.

(44) Basti qui ricordare la saga, mai davvero conclusa, del danno c.d. esistenziale.

(45) Tra gli episodi più recenti, v. Corte cost. 49/15, *Foro it.*, 2016, I, 1623 (sui rapporti con la Cedu), e 24/17, *id.*, 2017, I, 393 (rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia nel caso *Taricco*). Vedi, al riguardo, i contributi (di G. CANZIO, A. TIZZANO, R. RORDORF, S. SCIARRA e V. ZAGREBELSKY) raccolti, sotto il titolo *Diritti fondamentali e Corti supreme europee*, da A.M. PERRINO, *ibid.*, V, 69.

(46) H. KELSEN, Intervento sulle relazioni di Erich Kaufmann e Hans Nawiasky, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 1927, 3, 54-55 (cit. in M. LA TORRE, *La crisi del Novecento. Giuristi e filosofi nel crepuscolo di Weimar*, Bari, 2006, 88).

different senses of judicial creativity are at stake, each of which has different implications; second, we will show that judicial creativity, in its different instances, is indeed an ineliminable feature of law as a social phenomenon; third, and last, we will suggest that this premise does not warrant any conclusion to the effect that there is an «interpretive community» in place, engaged in some sort of harmonic dialogue whose ultimate outcome is the best possible law.

RENATO RORDORF

Pluralità delle giurisdizioni ed unitarietà del diritto vivente: una proposta

SOMMARIO - *Il crescente ruolo che va assumendo la giurisdizione e lo spazio sempre più ampio che il disordinato proliferare delle fonti del diritto apre dinanzi all'interprete spiegano la grande rilevanza che, da alcuni decenni a questa parte, è andato assumendo il c.d. diritto vivente. Anche l'esigenza di nomofilachia ne risulta accresciuta, perché è indispensabile dare coerenza sistematica al diritto vivente, evitando che si produca nell'ordinamento un intollerabile tasso di disordine. In questo quadro, però, la compresenza di plessi giurisdizionali diversi, privi di un vertice comune, unitamente allo straordinario ampliamento della sfera della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, sempre più spesso chiamato a pronunciarsi su questioni che intersecano la competenza del giudice ordinario, rischiano di essere essi stessi fattori di disordine e di incoerenza degli orientamenti giurisprudenziali. Essendo irrealistico predicare l'eliminazione pura e semplice della pluralità delle giurisdizioni, si avanza la proposta di favorire nondimeno il formarsi di una nomofilachia più univoca: non solo attraverso il frequente dialogo tra gli uffici dell'uno e dell'altro plesso giurisdizionale, ma anche, de iure condendo, mediante l'unificazione in capo alla Corte di cassazione a sezioni unite — ma in una composizione appositamente integrata da alcuni componenti di provenienza dalle giurisdizioni speciali — della funzione nomofilattica ultima sulle questioni di maggiore rilievo nelle quali entri in gioco la tutela dei diritti soggettivi e si configuri la necessità di un coordinamento con l'esercizio della giurisdizione esclusiva attribuita al giudice amministrativo.*

1. - *Due punti fermi: a) l'ampliamento del ruolo della giurisdizione; b) il rapporto tra il giudice e la legge.* Le brevi considerazioni che mi accingo a svolgere muovono da due punti fermi, che mi pare possano dirsi ormai già acquisiti al dibattito.

Il primo di essi è la crescente centralità del ruolo della giurisdizione nella società italiana (ma anche in molte altre società occidentali). Vi concorre indubbiamente il notevole aumento della domanda di giustizia, che è espressione al tempo stesso di un'accresciuta microconflittualità individuale e collettiva, e di una più diffusa consapevolezza dei propri diritti, onde non è forse esagerato parlare oggi di un bisogno di «giustizia di massa», come si usa parlare di «istruzione di massa», di «trasporti di massa», «sanità di massa» e così via. Ma non si tratta solo di un fenomeno quantitativo. Anche sotto il profilo qualitativo la domanda di giusti-

zia è mutata nel tempo, investendo aspetti di grande rilevanza etica, sociale ed economica, che raramente in passato venivano sottoposti al vaglio del giudice. Gli esempi abbondano ed è persino superfluo farli.

Se ciò ha comportato — peraltro non soltanto in Italia — un ampliamento del ruolo della giurisdizione, ne è inevitabilmente derivato anche un corrispondente incremento della responsabilità sociale che grava su chi la giurisdizione deve esercitare e non può sottrarsi al compito di dare risposta alla domanda di giustizia fattasi più ampia e più complessa. Ma occorre che la risposta sia adeguata: non solo in termini di tempestività (qui non è il caso di affrontare il delicato tema dei tempi della giustizia, che richiederebbe un discorso a sé), ma pure in termini di effettiva corrispondenza ai bisogni sociali che la domanda esprime. E sono bisogni che, proprio in quanto generati da una realtà politico-sociale in sempre più rapido cambiamento e perciò estremamente mobile, quale è quella contemporanea, si caratterizzano anch'essi per un forte grado di mobilità.

Il secondo punto fermo cui prima alludevo investe il rapporto tra il legislatore (primario o secondario, nazionale o sovranazionale), il quale pone la norma giuridica in forza di una legittimazione che glielo consente, ed il giudice, che quella norma è chiamato ad interpretare e che deve applicarla per dare risposta alle domande di giustizia a lui rivolte.

Nell'epoca in cui viviamo sono rimasti davvero in pochi a credere che il rapporto tra il giudice e la legge possa declinarsi in termini di applicazione meccanica, secondo il noto paradigma sillogistico che imporrebbe semplicemente di verificare di volta in volta la corrispondenza tra la fattispecie concreta sottoposta al vaglio del giudice e la fattispecie astratta prefigurata dalla norma dettata dal legislatore. È assai dubbio che quel paradigma abbia mai davvero colto la realtà dell'atto giurisdizionale, ma è certo che oggi esso appare del tutto superato: non foss'altro che per l'enorme proliferazione delle norme, provenienti da fonti diverse e non sempre tra loro ben coordinate, con la conseguente drammatica perdita di coerenza sistematica dell'ordinamento nel suo complesso. Le ambiguità e le lacune del quadro normativo inducono sempre più spesso l'interprete a ricercare la soluzione del caso facendo diretta applicazione di principi generali di rango costituzionale (superfluo sottolineare il crescente numero di interpretazioni che si definiscono «costituzionalmente orientate»), ed il complesso rapporto tra normativa nazionale e sovranazionale gli impone assai spesso di modificare la più immediata lettura di alcune norme interne per renderla compatibile con quelle di fonte europea (l'interpretazione «comunitariamente» orientata). D'altronde, anche la già richiamata velocità dei mutamenti sociali, che assai sovente pone il giudice di fronte a problemi nuovi ben prima che il legislatore abbia potuto o voluto intervenire per darvi soluzione, accentua inevitabilmente una certa qual valenza creativa della giurisprudenza: quanto meno nel senso di far discendere la risposta di giustizia nel caso concreto non dall'applicazione di una norma ben individuata, che il giudice debba interpretare, bensì dall'utilizzo di criteri (che solo con grande sforzo sono talora ricondotti alla nozione di interpretazione estensiva o di applicazione analogica) ricavabili da principi (o ancor più genericamente da valori) ritenuti immanenti nel sistema giuridico.

2. - *Il diritto vivente e la nomofilachia.* È evidente che tutto ciò rende sempre maggiore lo spazio che si apre dinanzi all'interprete e spiega la conseguente sempre maggiore rilevanza che, da alcuni decenni a questa parte, è andato assumendo il c.d. diritto vivente: che non è diritto prodotto dal giudice *ex nihilo*, né mero esercizio libero di equità, bensì progressiva costruzione di possibili e plausibili linee interpretative all'interno di un quadro di diritto positivo, che però — come già sottolineato — offre spazio a molteplici opzioni