

Il dibattito sulla “giurisprudenza creativa”

Loredana Nazzicone

Al tema dell'interpretazione normativa si sono dedicati sempre ricchi studi, ma, di recente, l'interesse al riguardo sembra tornato ad imporsi con prepotenza.

Di fronte ad un ordinamento dove la legge, e le parole della legge, hanno perso unità sistematica e definitoria, al giudice è chiesto di ricondurre ad unità il sistema, e al giudice civile, in particolare, è chiesto di offrire nondimeno tutela ai diritti.

Il compito ordinante del mondo e quello della certezza restano affidati al diritto e, dunque, anche ai giudici, quali soggetti istituzionalmente destinati ad offrirne l'interpretazione e l'applicazione.

Non vi è dubbio che le norme abbiano bisogno di essere interpretate, essendo scomparsa col positivismo ottocentesco l'illusione di un'interpretazione “unica”.

Ma resta il fatto che il legislatore è, nel nostro sistema costituzionale, il solo ad avere lo specifico compito di determinare le «condizioni di possibilità» delle interpretazioni di un enunciato normativo. Onde non solo non è dato all'interprete di superare quell'arco di possibilità, ma neppure gli è permesso – a fronte di una pluralità di interpretazioni «*plausibili*» – di sceglierne una qualsiasi, quando solo una di esse sia quella «*più corretta*».

Alla ricerca di questa interpretazione presiede, per il suo specifico ruolo, la Corte di cassazione, cui è demandato di assicurare «*l'esatta*

osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale» (art. 65 ord. giud.). Ma tutti i giudici, con le loro interpretazioni, vi concorrono.

Donde la necessità del rispetto tendenziale del precedente, sino a quando esso non sia motivatamente superato. Il giudice col precedente si deve confrontare, potendosi ritenere l'art. 374 c.p.c. il portato di un principio generale, secondo cui solo a date condizioni è permesso l'abbandono di un principio costantemente affermato dalla Corte di legittimità, e solo nella ricerca di una nuova soluzione stabile: non, certamente, in una casistica retta dal principio di libertà.

Ciò non viola l'art. 101, comma 2, Cost., ma anzi lo porta a razionale compimento, perché si tratta appunto della norma come posta dal *conditor legis* e come interpretata dalla giurisprudenza di un dato momento storico in modo ripetuto e conforme, a tutela del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost.

Certo, tutto questo rischia parimenti di restare pura teoria, se non si mette in condizione il giudice, ed in ispecie quello di legittimità, di affrontare un numero di questioni di diritto ragionevole e finalizzato a creare un nucleo limitato di essenziali precedenti, a guida già delle condotte stragiudiziali.

Dunque, l'“etica della responsabilità” deve temperare l'“etica della convinzione” soggettiva ed individualistica (già nella camera di consiglio).

In questo panorama, da alcuni anni si fa stringente e perorato con toni suadenti il richiamo alla libertà del giudice nell'interpretare le norme, che non preesisterebbero in verità alla sua opera ermeneutica, ma sarebbero in ogni caso di questa il frutto “creativo”.

Si formulano così teorie, secondo cui è il giudice che “inventa” il diritto.

Al riguardo, ci basti citare due raccolte di saggi, pubblicate nel 2017: l'una di Nicolò Lipari, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, l'altra di Paolo Grossi, dal significativo titolo *L'«invenzione» del diritto*.

Sebbene interpretiamo il diritto quotidianamente, senza per questo sentirci obbligati ad assumere posizione intorno alla tesi dell'interpretazione creativa del giudice, tuttavia il tema sta proponendosi in modo non eludibile, suscettibile com'è di fondare interpretazioni anche radicalmente divergenti del medesimo testo, ed anche affatto estranee alla sua lettera, purché l'interprete ritenga di poterle ritrarre dalla società tutta.

Se l'analisi sulla creatività del giudice riguarda quanto a volte avviene, è certo corretta; diverso è, però, sapere se ciò che viene in tal modo chiesto o consentito al giudice sia compatibile con la Costituzione e con l'attuale assetto della separazione dei poteri, “politici” (parlamento e governo) da un lato, e di “controllo” e “garanzia” (la magistratura) dall'altro lato.

Altro è l'essere, altro il dover essere. Ed è dai tempi del “premoderno” che non si dava dignità e veste teorica alla figura dell'interprete *legibus solutus*.