

Il giudice soggetto alla legge ... in assenza di legge: lacune e meccanismi integrativi

GIUSI SORRENTI

versione provvisoria

Ove quindi volessimo porre in termini corretti il rapporto tra legittimità e legalità dovremmo dire che la legge non può rendere legittimo ciò che tale non è nel comune riconoscimento dei consociati. Per converso ciò che è ritenuto legittimo viene praticato e osservato indipendentemente dal fatto che il relativo modello sia formalmente enunciato in un dettato legislativo. (...) Valutare questa vicenda in termini di conflitto tra legislazione e giurisdizione significa non avere inteso il modo d'essere del diritto come esperienza. Questo libro vorrebbe concorrere a superare la logica del conflitto (N. LIPARI, Presentazione a Il diritto civile tra legge e giudizio, Giuffrè, Milano 2017, 7 s.)

SOMMARIO: 1. Alle radici di un ossimoro: un arduo banco di prova per le categorie classiche. **SEZ. I – IL PROBLEMA TEORICO DELLE LACUNE: DALLO STATO LIBERALE MONOCLASSE ALLO STATO COSTITUZIONALE PLURALISTICO - 1.** Dal *dogma* giuspositivistico dell'inesistenza delle lacune al *problema* odierno del silenzio della legge. - **2.** Funzione integrativa del giudice e teoria della separazione tra i poteri. - **2.1.** Da un modello euristico tripartito ad un modello, più funzionale, di tipo bipartito. - **2.2.** Il problema delle lacune al crocevia tra teoria della sovranità, teoria della Costituzione e teoria della democrazia. - **3.** Il principio di soggezione "critica" del giudice alla legge. - **SEZ. II – LE FORME E LE FASI DELL'INTEGRAZIONE: DISAMINA DEI PRINCIPALI CASI GIURISPRUDENZIALI E RICERCA DEI FORMANTI. - 1.** I diritti degli stranieri in genere e dei migranti in particolare. - **2.** La tutela giuridica delle persone omosessuali e *transgender*. - **3.** Il discusso diritto a conservare uno *status filiationis* non corrispondente alla verità biologica in capo al minore nato da GPA o nel contesto di un progetto genitoriale di coppia omosessuale. - **4.** Il diritto all'attribuzione del cognome materno. - **5.** Il diritto di rifiutare le cure e il diritto ad una morte dignitosa. - **5.1.** La protezione giuridica delle scelte di fine-vita come esemplare della conversione dell'attività di integrazione giuridica in interpretazione restrittiva delle ipotesi di responsabilità penale. - **6.** Un limite all'integrazione delle lacune in tema di diritti sociali? - **7.** La prestazione giurisprudenziale tra moltiplicarsi delle fonti e pluralismo etico. - **8.** Certezza e diritto giurisprudenziale: un modello teorico di orientamento per una proposta operativa.

1. *Alle radici di un ossimoro: un arduo banco di prova per le categorie classiche*

Insegna la critica letteraria che tutto ciò che è espresso da un testo deve considerarsi in esso contenuto, indipendentemente dal fatto che l'autore intendesse comunicarlo o che ne fosse anche soltanto consapevole. La prima parte del titolo della Relazione a me assegnata – incentrata sull'integrazione giudiziaria delle *lacunae legis* – nell'esordire con il vincolo della soggezione esclusiva del giudice alla legge presenta al lettore un "ossimoro", che non può essere eluso. La contrapposizione concettuale accennata sprigiona tutta la *vis* polemica che investe oggi la posizione del giudice quale produttore di diritto, visto alternativamente ora come novello *Hercules* dworkiniano ora come inaccettabile usurpatore di funzioni altrui. In essa, è racchiusa l'intensa tensione dialettica che si registra all'interno degli ordinamenti costituzional-democratici contemporanei tra alcuni termini di riferimento essenziali del pensiero costituzionalistico.

Proprio perché tocca categorie giuspubblicistiche classiche, la relazione legislatore-giudici nella protezione dei diritti costituisce «sicuramente uno dei temi più impegnativi del costituzionalismo moderno»¹. Esplicitandoli, gli estremi concettuali delle coppie interessate dal conflitto sono, da una parte, il ruolo di supplenza del giudice rispetto alle carenze della legislazione, a fronte del risalente principio della divisione dei poteri e, dall'altra, la produzione giudiziaria del diritto, a confronto con la necessaria legittimazione democratica delle scelte politiche². In via di prima approssimazione, il dilemma che si pone al costituzionalista è se l'evoluzione tendente verso una sempre maggiore incidenza del momento giurisdizionale nella dinamica del diritto sia compatibile con le coordinate dello Stato costituzionale e in un certo senso fisiologica all'interno del quadro da esse definito o se invece ricada al di fuori di tali coordinate, stravolgendole e mettendone in crisi la tenuta³.

La difficoltà di conciliare la prassi giudiziaria, protagonista di tante vicende comuni del vivere civile e sociale, con gli antichi capisaldi dello Stato costituzionale democratico emerge in tutta la sua chiarezza dalle reazioni contrastanti che hanno accompagnato la decisione di significativi casi giudiziari ricadenti in vuoti di legislazione. Per rendere l'ampiezza e la portata delle oscillazioni, basti richiamare emblematicamente la giustapposizione di inquadramenti giuridici prospettati riguardo alle sorte delle pretese di tutela in giudizio di personalissime scelte di fine-vita.

¹ E. CHELI, *Legislatori e giudici nella difesa dei diritti*, in AA.VV., *Il rapporto tra giudice e legislatore nella tutela dei diritti verso un nuovo equilibrio*. Lectio magistralis di Paolo Caretti, a cura di A. Cardone, F. Donati, M.C. Grisolia, G. Tarli Barbieri, ESI, Napoli 2016, 53.

² V. M. LUCIANI, *Giurisdizione e legittimazione nello Stato costituzionale di diritto (ovvero: di un aspetto spesso dimenticato del rapporto fra giurisdizione e democrazia)*, in AA.VV., *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Giuffrè, Milano 1999, I, 873.

³ V. P. CARETTI, *Il rapporto tra giudice e legislatore nella tutela dei diritti verso un nuovo equilibrio*, in AA.VV., *Il rapporto tra giudice e legislatore nella tutela dei diritti*, cit., 11 e G. SILVESTRI, *Magistratura e politica: quale equilibrio?*, *ivi*, 44.

Quando, nel caso Welby, il primo in cui si pongono drammaticamente all'attenzione della comunità italiana le questioni etiche implicate dalla "dolce morte", il giudice adito ha rifiutato la domanda di interruzione del trattamento che teneva in vita il paziente perché pretesa non tutelata dall'ordinamento, la decisione, come si ricorderà, ha suscitato le dure critiche di quanti hanno ravvisato nella rinuncia dell'organo giudiziario un atto di denegata giustizia⁴. La sentenza con cui il tribunale ha dichiarato «inammissibile» la domanda dell'attore, adducendo l'argomento per cui il diritto al distacco chiesto da Welby – affetto da distrofia muscolare e mantenuto in vita tramite ventilatore artificiale benché l'avesse rifiutato – pur riconosciuto esistente sarebbe tuttavia «non concretamente tutelato dall'ordinamento»⁵, cozzerebbe infatti contro il divieto di *non liquet*⁶. In maniera ancora più pungente, si è rimproverato al tribunale di aver riesumato nel nostro ordinamento il vecchio istituto del *referé legislatif*, che com'è noto imponeva agli organi giudiziari di sospendere il giudizio in attesa dell'intervento del legislatore⁷.

Le ragioni sottese alle critiche iniziano a farsi strada indirettamente nella seconda pagina giudiziaria, conclusiva dell'intera vicenda: il giudice penale dichiara, com'è risaputo, il non luogo a procedere nei confronti del medico, il quale provvede a interrompere, previa sedazione, la respirazione meccanica che teneva in vita il paziente, reputando l'azione scriminata dall'adempimento di un dovere (aver ottemperato alla richiesta dello stesso W.)⁸. Le fattispecie criminose di omicidio doloso attenuato da motivi di particolare valore morale, di omicidio del consenziente o di aiuto al suicidio vengono percepite come largamente inadeguate a far fronte alle esigenze poste dalle decisioni di fine-vita ed il giudice tenta di porvi al meglio rimedio.

Ma è l'anno successivo, nel caso Englaro, direttamente ad opera del vertice della giurisdizione ordinaria⁹ che la magistratura ribalta nettamente il precedente del tribunale di Roma e decide di non ritenere ostativa l'assenza di un'apposita disposizione di legge per l'adozione di una pronuncia sostanziale¹⁰: la Corte di Cassazione provvede ad annullare la sentenza della Corte d'Appello, che aveva negato l'interruzione dell'idratazione e dell'alimentazione con sondino naso-gastrico alla donna in stato vegetativo permanente,

⁴ G. ZAGREBELSKY, *Il giudice la legge e i diritti di Welby*, in *La Repubblica*, 19 mar. 2007.

⁵ Trib. di Roma, il 16 dic. 2006, Welby.

⁶ A. PIZZORUSSO, *Il caso Welby: il divieto di «non liquet»*, in *Quad. cost.*, 2007, 355 ss.

⁷ V. N. LIPARI, *Il ruolo del giudice nella crisi delle fonti del diritto*, in *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Giuffrè, Milano 2017, 26.

⁸ Trib. pen. di Roma (nella persona del G.U.P.), 17 ott. 2007, Riccio, in *Riv. fam. pers.*, 2008, 343 ss.

⁹ Corte di Cass., sez. I, sent. 16 ott. 2007, n. 21748.

¹⁰ Aderendo alla posizione di quanti sostengono che nell'ordinamento vigente «accertata la lacuna e insieme la direzione fondamentale dell'integrazione dell'ordinamento, lo svolgimento del compito è affidato al legislatore e, finché questi rimane inerte, al giudice»: A. PROTO PISANI, *Il caso E.: brevi riflessioni dalla prospettiva del processo civile*, in *Foro it.*, 2009, I, 984.

facendo leva sul convincimento secondo cui «la salute dell'individuo non possa essere oggetto di imposizione autoritativo-coattiva»¹¹.

Anche questa pronuncia, per converso, non sfugge a convinte reazioni, soprattutto da parte di quanti, appellandosi al rigoroso principio dell'esclusiva soggezione del giudice alla legge, ritengono che la suprema istanza di giurisdizione ordinaria abbia agito «creando dal nulla le regole del giudizio», in modo «irrispettoso della divisione dei poteri» e persino «oggettivamente eversivo, come lo sono tutte le invasioni di campo istituzionali»¹².

Si argomenta che il divieto di denegata giustizia non potrebbe essere invocato a sostegno della decisione, asserendosi precisamente che «(l)a *ratio* dell'impossibilità del *non liquet* non pare essere quella di permettere che il giudice possa sostituirsi al legislatore nel riempimento delle lacune dell'ordinamento giuridico», in quanto «in assenza di una norma regolativa di una data situazione, egli non potrà non prendere atto del fatto che l'ordinamento giuridico non riconosce un diritto e dovrà conseguentemente respingere la pretesa avanzata»¹³.

Ciononostante, considerazioni del genere di quelle mosse dalla suprema istanza di legittimità assumono sempre più peso nella *forma mentis* dei giuristi. La pronuncia della Cassazione ha infatti ricevuto l'avallo indiretto in un *obiter dictum* della Corte di Strasburgo, invocata – con ricorso dichiarato inammissibile – da un'associazione *pro life*¹⁴. Ed è anche degno di nota che si sia risolto negativamente il conflitto di attribuzioni nei confronti della Corte di Cassazione e della Corte d'Appello di Milano, proposto dalla Camera dei deputati con l'argomento che tali autorità giudiziarie avrebbero esercitato attribuzioni proprie al potere legislativo o comunque interferito con le prerogative dello stesso¹⁵.

¹¹ V. i commenti di G. ANZINI, *Consensus ai trattamenti medici e "scelte di fine vita"*, in *D&R*, 2008, 957; F. VIGANÒ, *Riflessioni sul caso di Eluana Englaro*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 1039 e P. BECCHI, *L'imperialismo giudiziario. Note controcorrente sul caso Englaro*, in *Riv. internaz. fil. dir.*, 2009, 379 ss.

¹² F. GAZZONI, *Sancho Panza in Cassazione (come si riscrive la norma sull'eutanasia, in spregio al principio di divisione dei poteri)*, in *Dir. fam. pers.*, 2008, 107. Per l'A., le posizioni rispecchiate dalla sentenza sono una prova di come «la *Freirechtsbewegung*, ma anche la legislazione per principi, specie dopo l'esperienza delle dittature del '900, le quali controllavano il dissenso dei cittadini tramite i giudici e le clausole generali della "coscienza giuridica socialista", della "solidarietà corporativa" e del *gesundes Volksempfinden* nazista, tutte ispirate alla formula giacobina di cui all'art. 8 della l. 22 floreale 1789 (...), va categoricamente rifiutata in un periodo di crisi e di totale incertezza (o anarchia) che si ripercuote tal quale sull'esercizio della funzione giurisdizionale» (*ibidem*, 122 s., nt. 29). Che la creazione giudiziaria sfoci invariabilmente in regimi totalitari è opinione espressa anche in ordinamenti in cui il potere giudiziario ha una tradizione ben più forte che nei sistemi di *civil law*, come testimonia l'opinione di Lord Devlin, riportata da M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Giuffrè, Milano 1984, 83.

¹³ S. SPINELLI, *Re giudice o re legislatore? Sul conflitto di attribuzioni tra potere legislativo e giurisdizionale (A margine dell'ordinanza 334 del 2008 della Corte costituzionale)*, in *Dir. fam. pers.*, 2009, 1491 s.

¹⁴ Corte edu 22 dic. 2008, *Rossi e al. c. Italia*, in *Foro it.*, 2009, IV, 109.

¹⁵ V. R. BIN, *Se non sale in cielo non sarà forse un raggio d'asino? (a proposito dell'ord. 334/08)*, in *Forum costituzionale*, 2008; R. ROMBOLI, *Il conflitto tra poteri dello Stato sulla vicenda E.: un caso di evidente inammissibilità*, in *Foro it.*, 2009, I, 49; ID., *Diritti costituzionali della persona e loro attuazione legislativa: il ritorno della Costituzione come atto politico e della distinzione tra norme programmatiche e*

È appena il caso di precisare – dato il carattere profondamente divisivo del tema, sul piano etico prima ancora che giuridico – che la spaccatura che qui viene in evidenza non attiene al merito delle decisioni, bensì concerne le posizioni generalmente assunte circa il ruolo creativo del giudice dinanzi ai difetti di legislazione: da taluni ritenuto pienamente ammissibile ed anzi doveroso, da altri respinto come un'indebita invasione di campo dell'area del politico¹⁶. Le oscillazioni estreme che i sensibili sismografi della dottrina lasciano registrare in materia si deve, a monte, al fatto che la soluzione del quesito poggia su alcune assunzioni di fondo che hanno perso la stabilità che vantavano in passato e per le quali si rivela urgente, sebbene allo stato attuale ancora incerto ed incompiuto, un ripensamento.

Davanti ai richiamati contrasti frontali nella qualificazione dell'integrazione giudiziaria delle lacune, lo studioso che si limitasse ad esaminare le modalità pratiche della loro integrazione, agirebbe come il vecchio giuspositivista che si limita a descrivere il contenuto di una legge o, come nel nostro caso, di singoli provvedimenti giudiziari, senza interrogarsi sulle ragioni del fenomeno analizzato né sul suo plausibile inquadramento in relazione alle caratteristiche determinanti dell'ordinamento costituzional-democratico. Per non adottare una simile angusta visuale, in una prima fase della presente riflessione ci si soffermerà sul rapporto tra l'attività integrativa del diritto e i principi cardine dello Stato costituzionale (principio della separazione dei poteri, soggezione esclusiva del giudice alla legge, doverosa legittimazione democratica delle scelte di tipo politico, teoria della sovranità popolare) per poi passare all'analisi dei "meccanismi" adoperati dal giudice per colmare i silenzi della legge.

SEZ. I – IL PROBLEMA TEORICO DELLE LACUNE: DALLO STATO LIBERALE MONOCLASSE ALLO STATO COSTITUZIONALE PLURALISTICO

1. Dal dogma giuspositivistico dell'inesistenza delle lacune al problema odierno del silenzio della legge

Il richiamo alle vicende Welby ed Englaro, al di là del merito delle singole decisioni, che in questa sede passa del tutto in secondo piano, è stato utile a mostrare quanto il ruolo del giudice davanti alle lacune possa apparire suscettibile di antitetiche valutazioni; eppure lo stesso dilemma si presentava di agevole soluzione fino ad un secolo e mezzo fa, quando la competenza degli organi giudiziari a colmare i vuoti di disciplina non era messa

norme precettive (il conflitto tra poteri sul caso Englaro), in Quad. cost., 2009; ID., L'attività creativa di diritto da parte del giudice dopo l'entrata in vigore della Costituzione, in Quest. Giust., 2008.

¹⁶ Così G. BOGNETTI, *Relazione*, in AIC, *Annuario 2002. Diritto costituzionale e diritto giurisprudenziale*, Atti del XVII Convegno annuale, Milano 11-12 ottobre 2002, Cedam, Padova 2004, 44 s.

Perplexità sono recentemente espresse, ma in tono più problematico, anche da A. MORELLI, *I diritti senza legge*, in *ConsultaOnLine*, 1/2015, in nome delle non trascurabili esigenze nascenti dal fondamentale principio di uguaglianza, soddisfatto solo dalla presenza di leggi generali ed astratte.

in discussione, né considerata collidente con l'imperativo della soggezione del giudice alla legge.

Il *Code Napoléon* disponeva a carico del giudice il divieto del *non liquet* (art 4), accanto al principio della sua soggezione alle norme di legge. La decisione giudiziaria delle controversie non espressamente regolate non rinnegava la primazia della volontà dei rappresentanti del popolo, anzi ne costituiva una delle modalità di integrale realizzazione, considerato che la pretesa ordinante assolutizzata nelle deliberazioni parlamentari – cui veniva affidato l'agognato superamento dei privilegi e delle discriminazioni tipici della monarchia assoluta – doveva essere portata a compimento e tradursi in regolamentazione piena ed effettiva della convivenza sociale. Anche il caso non espressamente previsto, in questo contesto, doveva trovare risposta attraverso un'attività di integrazione del diritto, che a rigore rientrava a pieno titolo – come *species* a *genus* – nell'interpretazione, in quanto estensione analogica della volontà legislativa ai fatti che presentassero la medesima *ratio* ovvero in quanto applicazione dei principi generali costruiti induttivamente a partire dalla medesima trama legislativa¹⁷.

Il postulato, classico secondo il positivismo moderato, della completezza dell'ordinamento giuridico rivelava tuttavia il suo carattere ideologico nelle parole di Gèny, quand'egli affermava acutamente (e forse anche provocatoriamente) che le lacune non esistono (non *devono* esistere) soltanto per il giudice, non così invece per il legislatore¹⁸. Il dogma dell'inesistenza dei vuoti di disciplina, lungi dall'essere richiesto da una sorta di "grammatica" del diritto, era il portato dell'ambizione liberale di ridurre senza residui tutto il diritto alla volontà espressa in forme positive dal legislatore. Se questa riduzione non era messa in pericolo dal potenziamento del ruolo del giudice nell'integrazione, era perché l'unità assiologica di fondo, sociale e politica, consentiva che tanto il procedimento analogico quanto il ragionamento per principi replicassero fedelmente l'ordine sistematico intessuto nella legge ed il "mondo dei valori" – incentrato sul binomio proprietà e sicurezza, tanto caro all'*élite* borghese – ad essa sotteso.

In altri termini, la circostanza per cui i due principi – divieto del *non liquet* e soggezione della *iurisdictio* alla *legislatio* – accolti contestualmente negli ordinamenti liberali e funzionali l'uno all'altro ora entrano in tensione non si deve a ragioni di logica giuridica, bensì alle profonde trasformazioni che hanno interessato lo Stato costituzionale.

Difficilmente oggi l'integrazione dei vuoti legislativi si potrebbe dire apertamente riconducibile all'asservimento del giudice agli atti dell'organo politico-rappresentativo, essendo venuta meno la coerenza sistematica che si poteva presumere nelle codificazioni ottocentesche. Dissoltosi l'uniforme panorama assiologico dello Stato monoclasse, dinanzi a una legislazione caotica, incoerente, percorsa da intenti distinti e autonomi se non contraddittori, le attività giurisdizionali preposte ad ovviare ai silenzi del legislatore si aprono immancabilmente a plurimi esiti.

¹⁷ V. N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, Ist. Giur. della R. Univ., Torino 1938.

¹⁸ Sulla critica di F. Gèny v. N. LIPARI, *Morte e trasfigurazione dell'analogia*, in *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Giuffrè, Milano 2017, 60 s.

Mentre l'assetto individualistico-proprietario egemone nella società prodotta dalle grandi rivoluzioni di fine Settecento aveva trovato perfetta proiezione giuridica nel fenomeno della codificazione, l'esplosione dei conflitti sociali innescati dalla rivoluzione industriale mette in crisi l'assetto socio-politico consolidato e fa avanzare nuove pretese egualitarie e di riscatto delle classi subalterne. Il compito di integrazione dei vuoti legislativi – che non a caso era fino a questo momento inglobato nell'attività di interpretazione e ricostruito come un processo di estensione analogica al caso non regolato della *ratio* scelta dal legislatore per il caso simile disciplinato espressamente¹⁹ – non può più garantire da parte dei giudici la lineare espansione della compatta e monolitica logica sistematica incorporata nei codici. Dimostratasi fallace l'idea del *codex* come oracolo vivente, la stessa analogia diviene un'attività incerta e rischiosa che, se messa a disposizione dei giudici, avrebbe potuto essere impiegata, alternativamente, o in prospettiva conservatrice contro leggi progressiste o per accogliere nuove istanze sociali che stentavano a trovare voce nell'operato di un legislatore ancora fermo agli equilibri liberali dettati dal libero dispiegamento del mercato. In entrambi i casi, lo sfaldamento della struttura preesistente della società sconsiglia dall'affidare al giudiziario la gestione degli interessi e delle istanze emergenti e suggerisce che essa sia convogliata nel campo di azione del politico.

Si produce in questo momento, contrassegnato da un'incipiente crisi delle fonti e dall'esplosione del problema dell'incompletezza del diritto, un passaggio essenziale, che porta il ragionamento volto ad ovviare ai silenzi della legge a fuoriuscire dai confini dell'interpretazione a ad essere accostato alle molteplici forme di *Rechtsbindung*, al pari del giusliberismo²⁰. L'integrazione del diritto è diventata in questa fase “creazione” *tout court*: mentre l'ordinamento perdeva la coerenza sistematica, propria delle codificazioni, qualificando in termini di produzione del diritto l'attività di integrazione delle lacune, il problema dei vuoti normativi perde la sua facile soluzione teorica.

Certo, anche per la concezione illuministica la lacuna è un evento indesiderato, tant'è vero che la si elide con la finzione ideologica che essa non esista e si predispone conseguentemente l'insieme delle tecniche di cui si possa avvalere il giudice per colmarla. Per poter servire al meglio il valore fondamentale cui la completezza dell'ordinamento giuridico – come del resto quello della coerenza – era votato, vale a dire la certezza del diritto, occorre che si desse una chiara norma per ogni situazione meritevole di tutela (oltre alla circostanza che non vi fossero precetti contrastanti tra loro). L'operazione è di agevole riuscita nella cornice dello Stato di diritto, dal momento che il tessuto a forte vocazione ordinante dei codici e l'omogeneità socio-politica di fondo garantivano che il

¹⁹ V. N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, cit.

²⁰ V. *ibidem*, 73 ss.; cui adde V. G. ZACCARIA, *L'analogia come ragionamento giuridico. Sul fondamento ermeneutico del procedimento analogico*, in AA.VV., *L'analogia e il diritto. Antologia breve*, a cura di L. Pelliccioli e V. Velluzzi, Pisa 2011, 39 ss. Su tale trasformazione v. anche V. MARCENÒ, *La neutralizzazione del potere giudiziario. Regole sull'interpretazione e sulla produzione del diritto fra ottocento e novecento*, Jovene, Napoli 2009, 55 ss.

giudice potesse assolvere tale delicato compito senza tradire il suo essenziale volto *neutrale* e spolticizzato, che lo voleva fedele esecutore della volontà legislativa.

Nelle mutate coordinate dello Stato costituzionale l'assenza di disciplina continua a costituire una circostanza indesiderata, tuttavia *non è più possibile ipotizzare la finzione giuridica* che essa non esista facendo affidamento sul prezioso, ma al contempo neutrale, compito del giudice che provvede alla sua integrazione. Davanti ad un diritto che è diventato sommamente incoerente al suo interno e per di più strettamente intrecciato con l'ordinamento sovranazionale e con quello internazionale, che ha perso la direzione ultima della sua interpretazione assicurata da una chiara norma di chiusura (come quella tipica dello Stato non interventista liberale) e che, infine, non poggia più su un sostrato socio-politico compatto, il riconoscimento al giudice del potere che gli veniva attribuito in modo indiscusso in passato al fine di occultare le lacune, diventa "creativo" e come tale controverso. Poiché non si tratterebbe più di sviluppare, lungo binari già tracciati, attraverso ragionamenti logici lineari e controllati, una trama nitidamente ravvisabile nella legislazione, l'esito della decisione a lui affidata sarebbe compatibile con molteplici risultati, di segno differente e spesso del tutto opposto: l'ideologia dell'inesistenza delle lacune in un ordinamento pluralistico, caratterizzato da istanze distinte e in concorrenza tra loro, non soccorre più e il problema si erge dinanzi agli occhi del giurista contemporaneo, in attesa di una nuova soluzione.

Lo scenario nel contesto attuale risulta fortemente mutato anche dal punto di vista teorico: negli ordinamenti contemporanei la presenza di Costituzioni rigide, che positivizzano principi materiali di giustizia, rende impraticabile la riduzione del diritto alla legge e apre la strada alla configurabilità teorica di lacune di disciplina²¹. Si assiste infatti all'affiorare di diritti che, qualora non siano assistiti dalle relative garanzie, «primarie» e «secondarie», danno vita ad altrettante omissioni, che è innanzitutto doveroso per il legislatore colmare²². Il caso non previsto continua a richiedere una risposta, che per essere data esige non solo la ricostruzione logica dell'architettura del codice secondo schemi di

²¹ Il recupero della nozione di Costituzione come indirizzo – caratteristica del costituzionalismo novecentesco che in ciò riprende la visione della Costituzione propria dei rivoluzionari francesi, messa in ombra durante lo Stato liberale di diritto ottocentesco, è particolarmente approfondito da M. FIORAVANTI, che vi contrappone la Costituzione come garanzia, tipica del modello adottato con la rivoluzione americana: *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, Giappichelli, Torino 2014, 141 ss.

Per l'A., un'idea di Costituzione che si pone come progetto di trasformazione della società, nel senso del riconoscimento e della garanzia del *pieno* godimento dei diritti fondamentali e dei principi di giustizia in essa affermati, comporta che l'insieme dei precetti contenuti nel testo costituzionale opera come «vincolante per la politica».

²² La più compiuta teorizzazione delle lacune come omessa predisposizione, da parte del legislatore, di puntuali forme di tutela (garanzie secondarie) nei confronti dell'enunciazione di certi diritti in Costituzione (garanzie primarie) è stata avanzata da L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, e *I diritti fondamentali nella teoria del diritto*, entrambi in ID., *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Laterza, Roma-Bari 2001, risp. 26 ss. e 156 ss. Essa, com'è noto, si accompagna alla discussa teoria con cui l'A. definisce i diritti fondamentali a partire dal riconoscimento costituzionale, configurandoli come diritti *pleno iure* indipendentemente dall'esistenza di un apparato di specifiche e puntuali garanzie.

Per la distinta questione della sussistenza di lacune nello stesso testo costituzionale v. Q. CAMERLENGO, *Nel silenzio della Costituzione*, in *Dir. soc.*, 2014, 267 ss.

regola-eccezione o ragionamenti di tipo analogico, bensì una complessa opera di diretta concretizzazione dei principi costituzionali, dotati di una vasta portata semantica, caratterizzati da eccedenza assiologica e soggetti a delicate operazioni di bilanciamento.

Ad amplificare l'incidenza del fenomeno nella vita dell'ordinamento giuridico contribuisce il suo non marginale rilievo quantitativo. Il giudice, avamposto della ricezione delle domande emergenti nel vivere sociale²³, si imbatte nei silenzi della legge in misura crescente, dal momento che essi costituiscono spesso l'effetto dell'incidenza di uno sregolato sviluppo tecnologico o di rapide trasformazioni sociali su beni dotati di protezione in forme e tramite istituti tradizionali²⁴. I quesiti posti da fenomeni come la maternità surrogata, il matrimonio tra persone dello stesso sesso, la salvaguardia della dignità umana nelle scelte di fine-vita impegnano la giurisprudenza non meno della scienza giuridica. Le fattispecie ideali per le quali si riscontrano vuoti normativi non costituiscono situazioni isolate o casi sporadici: evidenziano piuttosto carenze di disciplina corrispondenti ad una tendenza in atto nella prassi delle istituzioni contemporanee. È comune l'impressione che il legislatore tenda ad addossare progressivamente ai giudici proprie scelte²⁵: ciò tanto trasfondendo nella legge compromessi incompiuti a livello politico che delegano al momento applicativo le opzioni decisive di regolazione, quanto rinviando indefinitamente la predisposizione di discipline di cui si avverte l'urgente bisogno. La preoccupazione di non assottigliare il consenso riscosso nel corpo elettorale, prendendo posizioni divisive su temi scottanti (bioetica, immigrazione, cittadinanza, etc.) suggerisce alla classe politica di non addossarsi responsabilità che potrebbero far perdere quote di sostegno necessarie al momento delle votazioni, lasciandole ricadere sulle spalle dei governi via via successivi. Tale stato di cose allontana il momento in cui l'auspicabile

²³ È diffusamente rilevato che per la sua posizione istituzionale il giudice sia deputato a raccogliere esigenze emergenti nella vita sociale, rimaste inascoltate dal legislatore: V. A. DI GIOVINE - A. MASTROMARINO, *Il potere giudiziario nella democrazia costituzionale*, in AA.VV., *Magistratura, giurisdizione ed equilibri costituzionali. Dinamiche e confronti europei e comparati*, a cura di R. Toniatti e M. Magrassi, Cedam, Padova 2011, 33 s. e C. SALAZAR, *La Magistratura*, Laterza, Roma-Bari 2002, 25.

²⁴ Dando vita a quei «vuoti non sopportabili alla coscienza collettiva» di cui discute P. GROSSI, *Crisi del diritto oggi*, in *Dir. soc.*, 2011, 45.

²⁵ G. SILVESTRI, *Magistratura e politica: quale equilibrio?*, in AA.VV., *Il rapporto tra giudice e legislatore nella tutela dei diritti*, cit., 51.

Similmente si è notato che la crescente incidenza del problema delle lacune può sembrare bizzarra, nell'era della "produzione normativa alluvionale", ma è esattamente così: il legislatore che vuole regolare tutto cambiando idea ad ogni piè sospinto è lo stesso che si sottrae alle proprie responsabilità quando gli è troppo scomodo affrontarle. In molti di questi casi il silenzio del legislatore è stato consapevole e consapevole è stata l'intenzione di affidare alla magistratura lo scioglimento di nodi problematici che, per problemi di consenso o di equilibri di maggioranza, non si voleva dipanare in sede parlamentare: così M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *RivistaAIC*, 3/2012, 3 lug. 2012, il quale aggiunge che «la ragione prima del nuovo rapporto fra la giurisdizione e la politica è da cercare, anzitutto, proprio nella crisi della politica» (4). V. in merito pure A. DI GIOVINE - A. MASTROMARINO, *Il potere giudiziario nella democrazia costituzionale*, cit., 33.

L'abdicazione al proprio autentico spazio progettuale da parte della legislazione si unisce al riconoscimento alla giurisdizione di un compito di identificazione dei contenuti profondi del diritto emergenti dalla stessa comunità, attraverso processi di aggiustamento progressivo che si contrappongono al repentino impatto riformatore della legge.

precedenza del canale politico di regolamentazione, prefigurata dalla Costituzione, si possa compiutamente realizzare e rende urgente una riformulazione ed un recupero della nozione di rappresentanza.

In definitiva, le trasformazioni prodottesi nel pensiero costituzionalistico del Novecento – che si accompagnano alla difficoltà di ridefinire in chiave teorica dogmi ereditati passivamente dai trascorsi ordinamenti – si proiettano sul problema delle *lacunae legis*, la cui definizione cessa di essere pacifica nella dogmatica giuridica, come era in passato. La relativa soluzione, mutate sensibilmente le condizioni di contorno, pone piuttosto a sua volta una quantità di interrogativi di ardua definizione. Il corollario relativo all'integrazione dei silenzi della legge, in tal modo, anziché costituire criterio di chiusura dell'ordinamento giuridico, che viene presentato per il suo tramite come completo, nella prospettiva del giuspositivismo, oggi “destabilizza” l'ordinamento mettendolo al confronto con una serie di questioni insolute. In particolare, se in passato l'occultamento dei vuoti di disciplina, tramite l'abilitazione del giudice all'estensione della *ratio legis* al caso non previsto o al ricorso ai principi, era figlio della soggezione della giurisdizione alla legislazione, ora, con la sovrapposizione alle fonti di rango primario di una Costituzione dotata di proprietà di delegittimazione nei confronti delle stesse leggi ordinarie, l'apparentamento stretto tra attività integrativa e sudditanza alla legge non è più assicurabile. L'argomento diventa allora un terreno di verifica delle relazioni tra giudici e legislatore quali si son venute inavvertitamente delineando nel nuovo Stato costituzionale: esso interpella perciò la fisionomia che in tale Stato assume il principio della separazione dei poteri, cui conviene adesso rivolgere l'attenzione.

2. Funzione integrativa del giudice e teoria della separazione tra i poteri

Il primo degli interrogativi aperti dal problema odierno, cui il costituzionalista è chiamato a rispondere, è se il ruolo produttivo di diritto del giudice sia o no lesivo dell'imperativo della separazione dei poteri²⁶. Per rispondere al quesito non sembra inopportuno riprendere brevemente i contorni più significativi di questo tratto classico dell'organizzazione giuridica dello Stato moderno. Ai nostri fini il punto su cui occorre soffermarsi consiste nel fatto che il pensiero illuministico-liberale intende introdurre una effettiva separazione delle tre branche di poteri classici che convive con la subordinazione alle espressioni di potere legislativo delle manifestazioni di volontà promananti dagli altri due.

Da una parte, la posizione del Governo si caratterizza come soggezione funzionale del potere esecutivo al potere legislativo pur nella distinzione soggettiva e indipendenza

²⁶ Su cui rimane imprescindibile l'opera di G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, Giuffrè, Milano, I (1979) e II (1984).

reciproca dei due rami²⁷: ciò per ragioni storiche di salvaguardia delle acquisizioni conseguite dal secondo a scapito del primo, tradizionalmente conservato in capo al monarca. Dall'altra, il potere giudiziario viene distaccato dall'indistinta massa dell'autorità sovrana affinché possa essere assoggettato alla supremazia del potere legislativo, rispetto al quale la distinzione si coglie essenzialmente come specializzazione della sua attività quale attività tecnica²⁸: più che un potere a sua volta, esso costituisce un "ordine" (art. 104 Cost.), a carattere «derivato, e non originario, in quanto preposto all'applicazione della legge»²⁹. Anche tra giurisdizione e legislazione dunque, sul piano funzionale, c'è dipendenza e non separazione³⁰, anche se occorre mantenere la *distinzione* tra le due funzioni (non solo perché, se il giudice decidesse arbitrariamente, si infrangerebbe il rispetto della volontà popolare, ma anche) perché se la legge potesse essere modificata con effetto sulle cause pendenti, nessuno potrebbe seriamente affermare che i diritti soggettivi godano effettivamente di garanzia. La finalità ideologica del modo in cui è intesa ed attuata la separazione dei due poteri in epoca liberale – che equivale ad integrale assoggettamento di uno all'altro – è testimoniata dall'istituto del *référé législatif*, che integra una forma di interferenza del potere politico nell'attività giurisdizionale.

Ma la finalità stessa è resa ancor più palese quando si passa dal profilo funzionale a quello organizzativo, venendo in risalto su questo piano l'inquadramento gerarchico della magistratura nell'apparato del potere esecutivo. Si rende chiaro così che l'indipendenza del potere giudiziario, troppo lontana ancora dall'essere intesa come oggi, avendo il solo ed esclusivo scopo di sottrarre il giudice a qualsiasi vincolo che non sia quello esercitato dalla legge, non può realizzarsi in modalità tali da far correre rischi alla supremazia dell'autorità politica, contrapponendovi un corpo di organi da essa non direttamente controllabile.

L'assolutismo giuridico ed il monopolio politico del diritto costituiscono nel modello della rivoluzione francese l'efficace risposta al caos delle fonti tipico dell'*ancien régime* e alle discriminazioni dell'assetto cetuale della società ed introducono al tempo stesso il netto superamento e l'integrale negazione dell'antica distinzione tra *gubernaculum* e *iurisdictio*.

La cieca fiducia nel Parlamento, sottesa all'assoluta preminenza legislativa, si accompagna ad una concezione razionalistica della legge, come espressione suprema di ragione e manifestazione della volontà generale. Tuttavia, viene presto disinnescato il

²⁷ V. G. SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. dir.*, XXXIV (1985), 671 s.; adde M. TROPER, *Le nuove separazioni dei poteri*, ES, Napoli 2007, 14 (che cita le affermazioni di Pierre Pflimlin nel corso dei lavori preparatori della Costituzione della V Repubblica francese).

²⁸ *Ibidem*, 24.

²⁹ E. SCODITTI, *Il contropotere giudiziario. Saggio di riforma costituzionale*, ESI, Napoli 1999, 31 (c.vo non testuale).

³⁰ Sicché esse «sono due fasi del processo di affermazione di un'unica volontà: quella legislativa»: M. DOGLIANI, *Garanzie d'indipendenza della Magistratura*, in AA.VV., *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, a cura di L. Lanfranchi, Ist. Enc. It. fondata da G. Treccani, Roma 1997, 51 ss. e ora in ID., *La ricerca dell'ordine perduto. Scritti scelti*, Il Mulino, Bologna 2015, 413 e *passim* per un'ampia trattazione sul punto.

pericolo insito nella celebre separazione illuministico-liberale tra società e Stato³¹, che vede nella prima una comunità di cittadini politicamente attivi in grado di riprogettare il vivere in comune: il pericolo cioè che quest'ultima si traduca in un potere costituente attivo e perennemente insediato. La soluzione consiste nel sostituire la sovranità dello Stato-nazione, come entità astratta storico-naturale³², alla sovranità del popolo, frapponendo il diaframma dell'autorità delle istituzioni politiche come argine all'immediato riversarsi delle istanze riformatrici e progressiste della società negli atti dello Stato. La forte componente giusnaturalistica, individualistica e contrattualistica della rivoluzione francese viene così grandemente stemperata innestando nello Stato liberale di diritto tratti tipicamente rispondenti ad una concezione statualistica, rispecchiata nel pensiero di R. Carré de Malberg, G. Jellinek e V.E. Orlando.

L'evoluzione ottocentesca della forma di Stato viene travolta nel Novecento, quando già a partire dalla prima guerra mondiale si recupera l'idea del popolo concreto come matrice di una particolare volontà politica che risulta vincente nella lotta di classe. All'idea di popolo corrispondeva l'elaborazione di un nuovo criterio di legittimazione dei pubblici poteri e il completamento del «processo di secolarizzazione della politica»³³. Il recupero non fa riaffiorare tuttavia il rischio insito nella configurazione di un rinnovato potere costituente permanente, che si era visto assillare i liberali, a tal punto da determinare l'oscillazione irrisolta tra contrattualismo e statualismo, poi definita, come si è visto, a favore di quest'ultimo dalla dogmatica ottocentesca.

Ben presto infatti, con il secondo conflitto mondiale, la restituzione della sovranità al popolo attuata dalla nuova ondata delle Costituzioni europee contemporanee dovrà inserirsi in una nuova cornice chiamata a prendere atto della sopravvenuta insostenibilità dei miti fondatori della visione razionalistica della legge e del monopolio politico del diritto. La potente ideologia democratica non vale a far guadagnare al popolo (direttamente o attraverso i suoi rappresentanti) i tratti più assolutistici del potere sovrano, in quanto nemmeno la collettività detiene verso i suoi membri una sovranità senza limiti, dovendo rispettare i diritti dei cittadini, indipendenti da qualsiasi autorità sociale o politica³⁴. Questo risultato si realizza eminentemente attraverso le peculiarità del vincolo rappresentativo che mentre unisce tiene distinti elettori ed eletti, di modo che gli organi elettivamente

³¹ Com'è noto, la raffigurazione della società come entità autonoma potenzialmente confliggente con il potere politico, che si collega alla rivoluzione soggettivistica e razionalistica cartesiana, è sviluppata a partire dalla fine del XVII sec. con l'avvento del giusnaturalismo e poi dell'individualismo liberale: v. G. VOLPE, *Relazione su Concezioni proceduralistiche e concezioni sostanzialistiche della Costituzione nel prisma della giurisprudenza costituzionale*, in AIC, *Annuario 2002. Diritto costituzionale e diritto giurisprudenziale*, cit., 161.

³² Su questo concetto v. F. CHABOD, *L'idea di nazione*, Laterza, Bari 1979.

³³ S. SENESE, *Democrazia, sovranità popolare e giurisdizione*, in *Quest. Giust.*, 2/1987, 429 ss. V. anche V. PAZÉ, *In nome del popolo. Il problema democratico*, Laterza, Roma-Bari 2011.

³⁴ A questo proposito K. R. POPPER proponeva di rinunciare allo stesso concetto di sovranità popolare (*La società aperta e i suoi nemici*, trad. it. di R. Pavetto, a cura di D. Antiseri, Armando, Roma 1996, I, 348).

Ma l'idea di diritti indipendenti è già presente, oltre che in J. Locke, nel raffronto di B. CONSTANT, *La libertà degli antichi paragonata a quella dei moderni* (1819), trad. it. di G. Zanfarino Bonacci, in *Antologia degli scritti politici*, a cura di G. Zanfarino, Il Mulino, Bologna 1962, 36 ss.

legittimati rimangono *altro* rispetto al corpo elettorale e dunque restano ad opera di questo suscettibili di critica e di limitazione. Si scopre che, lungi dal costituirne una negazione o un'amputazione, la «delimitazione giuridica del potere politico»³⁵ è coesistente alla democrazia³⁶. Gli ordinamenti democratici occidentali *si reggono* sulla predisposizione di meccanismi di razionalizzazione del potere politico, secondo l'ammonizione di Tocqueville, il quale configura una magistratura indipendente dotata di larghi poteri come contrappeso al rischio tanto temuto di onnipotenza della maggioranza. In proposito, molto lucidamente, A. Pizzorusso ha affermato che l'assolutizzazione del principio di legittimazione riconducibile alla sovranità popolare è la conseguenza della tensione verso l'eliminazione dei residui dualistici ancora presenti negli ordinamenti del primo Novecento; ciò non toglie tuttavia che la magistratura, priva di investitura popolare, sia riconducibile al criterio generale di legittimazione democratica per altre vie, in quanto risponde all'esigenza di razionalizzazione della neo-adottata forma di governo monista, esigenza fortemente perseguita dalla Costituzione³⁷.

Proprio in questo senso si può intendere, ad avviso di chi scrive, il disposto della Costituzione italiana che vuole le sentenze giudiziarie pronunciate in nome del «popolo»³⁸: il riferimento acquista significato se ricondotto alla garanzia di quei diritti inalienabili che sono enunciati nella prima parte del testo fondamentale e che si vogliono sottratti alle transeunti evoluzioni del principio di maggioranza. Se così non fosse e si volesse solo ribadire la rilevanza costituzionale, anche per l'esercizio della funzione giurisdizionale, del circuito di legittimazione democratica che ha inizio con l'investitura popolare, l'affermazione suonerebbe perfettamente ridondante rispetto al vincolo della soggezione del giudice alla legge, già puntualmente dettato dall'art. 101, co. 2, Cost.

Ciò implica in una qualche misura il superamento dell'equivalenza tra separazione/indipendenza della magistratura e la sua rappresentazione montesquieuiana come potere *en quelque façon nul*. Implica al tempo stesso l'abbandono della concezione per cui – come affermato nel celebre discorso di De Gaulle all'assemblea nazionale francese pronunciato il 1 giugno 1958 – il fondamento della legittimazione del potere è *solo* il suffragio universale. Sarebbe opportuno insistere maggiormente su questo punto, posto che tale concezione è ancora dotata di una certa vischiosità ed è all'origine di ogni perdurante rischio di ricadute giacobine, tuttora niente affatto scongiurato³⁹.

³⁵ S. SENESE, *Democrazia, sovranità popolare*, cit., 434.

³⁶ V. J. HABERMAS, *Stato di diritto e democrazia: nesso paradossale di principi contraddittori?*, in *Teoria politica*, 2000, n. 3, 16.

³⁷ Così, quasi testualmente, A. PIZZORUSSO, *La magistratura nel sistema politico italiano*, in *Legge, giudici, politica. Le esperienze italiana e inglese a confronto*, Giuffrè, Milano 1983, 58 ss.

³⁸ Diversamente sembra argomentare M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *RivistaAIC*, 3/2012, 6.

³⁹ V. da ultimo L. CARLASSARE, *Democrazia: alterazioni di un concetto*, in AA.VV., *Il costituzionalista riluttante. Scritti per Gustavo Zagrebelsky*, a cura di Andrea Giorgis, Enrico Grosso e Jörg Luther, Einaudi, Torino 2016, 127 ss., oltre almeno a N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, Einaudi, Torino 1984, e G. ZAGREBELSKY, *Il «Crucifige!» e la democrazia*, Einaudi, Torino 1995.

2.1. *Da un modello euristico tripartito ad un modello, più funzionale, di tipo bipartito*

L'introduzione di una forma democratica razionalizzata qual è quella tipica delle democrazie costituzionali equivarrebbe secondo alcuni al recupero negli Stati contemporanei della distinzione medievale tra *gubernaculum* e *iurisdictio*⁴⁰. Altri al contrario ammoniscono a non cadere in facili assimilazioni, rammentando che il potere giudiziario, secondo il quadro costituzionale, deve essere sì ben distinto dall'amministrazione, ma secondo una concezione che, «pur discostandosi da quella hegeliana, non si avvicina a quella medievale (nella quale, come notano le ricostruzioni più raffinate, la *iurisdictio* non solo era affiancata al *gubernaculum*, ma racchiudeva in sé l'essenza della sovranità), bensì a quella – ormai dominante – lockeana e montesquieuiana, nella quale il vertice delle manifestazioni della sovranità è la legislazione (anche questo in forza di una sistemazione – quella bodiniana – indiscussa e tipica della modernità)»⁴¹.

È opportuno soffermarsi sul punto, che è di estremo rilievo per il tema che si sta trattando. È noto il rifiuto del modello giuspubblicistico ottocentesco da parte delle Costituzioni del '900. Esse evitano l'approdo europeo dell'affermazione rivoluzionaria della tutela dei diritti che finisce con lo stemperarli grandemente, identificandoli nella loro definizione assembleare. Tale trasformazione, che consiste nel sottrarre alla politica un'area reputata “non decidibile” (il *coto vedado* della dottrina spagnola), può essere al meglio resa ricorrendo al concetto di governo limitato nel nome della supremazia della Costituzione, presidiata da un potere terzo rispetto ai due che detengono l'attività di indirizzo politico.

In questo mutamento sussistono evidenti assonanze con la bipartizione *gubernaculum/iurisdictio*. La dialettica rappresentata da tale binomio, per essere trasposta negli ordinamenti contemporanei, richiede tuttavia di essere parzialmente rivisitata per tener conto della novità⁴² costituita dall'avvento di un unico circuito di legittimazione, a carattere democratico, che rimette la tutela ordinaria dei diritti alle manifestazioni di volontà del potere politico, pur senza esaurirla *in toto* in esse.

Pur tenuto conto di ciò, è innegabile tuttavia che nel nuovo contesto si producano variazioni importanti sulla nozione di separazione dei poteri, che, data la preminenza della Costituzione, da una parte non contempla più la dipendenza assoluta della giurisdizione alla legislazione, dall'altra presenta il fenomeno del *continuum* tra *legis latio* e *legis executio*: queste variazioni fanno sì che la funzione delle democrazie costituzionali sia meglio resa da un modello bipartito anziché tripartito, in cui un potere di governo è fronteggiato da un contropotere giudiziario. In breve, ferma restando l'originaria intuizione

⁴⁰ M. DOGLIANI, *Garanzie d'indipendenza della Magistratura*, cit., 403 ss., spec. 410 ss.

⁴¹ M. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *RivistaAIC*, 4/2014, 3.

⁴² In questo senso, ad avviso di chi scrive, si comprende la presa di distanza di M. LUCIANI, *op. et loc. ult. cit.*

montesquieuiana della frammentazione del potere come garanzia della sua limitazione e dell'apertura di spazi di libertà, una volta generalizzato il principio democratico come criterio di legittimazione del potere e instauratosi uno stretto nesso tra gli organi di indirizzo politico, la posizione di indipendenza e la funzione di contrappeso della magistratura ne escono valorizzate.

Nelle democrazie odierne, in definitiva, è preferibile che si affianchino autorità diverse in concorrenza tra loro, tra cui il giudice, in una situazione che ricorda il passato medioevo⁴³. In questo senso si è insistito a lungo sulla necessità che vi siano luoghi di «“deliberazione democratica”» plurimi in cui si ricomponga «il continuo equilibrio del pluralismo sociale», al fine di «impedire che l'interesse politico prevalente al momento diventi il padrone assoluto del diritto»⁴⁴. Ciò vale in special modo dinanzi alla prospettiva, che si rivela non inconsueta nelle democrazie contemporanee, che maggioranze di stretta misura possano restringere la portata di alcuni diritti⁴⁵. Ma forse è proprio nell'ipotesi delle lacune che meglio può trovare soddisfazione l'esigenza che «gli esclusi dai tradizionali luoghi istituzionali» riescano a «far sentire la propria voce»⁴⁶.

Se nell'ardua impresa di far coincidere il governo del popolo con il governo limitato, scongiurando l'insidiosa coincidenza tra democrazia e sovranità popolare, consiste il cuore del costituzionalismo⁴⁷, allora si dischiudono delle maglie teoriche per collocare solidamente il ruolo del giudice che si appresti a decidere negli spazi lasciati liberi dal legislatore o da questo momentaneamente non occupati.

Per converso, è la stessa logica del governo limitato e della razionalizzazione della forma di governo monista, vista nel paragrafo precedente, che pone al riparo dall'obiezione che a questo punto si affaccia, con il consueto tenore dell'interrogativo: *quis custodiet custodiet?* Da essa emerge come il nostro ordinamento non abbia alcuna tolleranza per il “governo dei custodi”, né indulga a forme di «paternalismo giudiziale»⁴⁸. Lo Stato costituzionale «non è lo Stato entro cui si realizza il tanto temuto “governo dei giudici”»: esso «non ha tolto il potere “sovrano” al legislatore per consegnarlo ai giudici», ma per aprire spazio a un assetto costituzionale che conosce «solo poteri limitati e bilanciati»⁴⁹. Nelle democrazie costituzionali odierne il processo di libera scelta dell'indirizzo politico

⁴³ Così P. RESCIGNO, *Giudici e legislatore. Intervento al dibattito*, in *Dir. pubbl.*, 2016, 494.

⁴⁴ M. DOGLIANI, *La tutela dei diritti e l'indipendenza della magistratura*, in AA.VV., *Tempi e qualità della giustizia*, a cura di E. Bruti Liberati, Giuffrè, Milano 2004, 89.

⁴⁵ V. J. EULE, *Judicial Review of Direct Democracy*, in *Yale Law Review*, 99 (1989), 1504 ss. e L.K. GROSSMAN, *The Electronic Republic*, Viking, NY 1995, 162 ss., che richiama l'attenzione su questa dote del giudiziario, in funzione di garanzia contro le distorsioni della democrazia diretta.

⁴⁶ S. RODOTÀ, *Magistratura e politica in Italia*, in AA.VV., *Governo dei giudici. La magistratura tra diritto e politica*, a cura di E. Bruti Liberati, E. Ceretti, A. Giansanti, Feltrinelli, Milano 1996, 27.

⁴⁷ Il costituzionalismo «*strictissimo sensu*» secondo M. TROPER, *Per una teoria giuridica dello Stato*, Ed. Guida, Napoli 1998, 180.

⁴⁸ N. ZANON, per il quale dunque, in relazione al tema della responsabilità dei giudici, appare riduttiva la soluzione che «immiserisce» nella responsabilità disciplinare una questione «costituzionale» di equilibrio fra poteri (*La responsabilità dei giudici*, in *Annuario AIC 2004. Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale*, Cedam, Padova 2008, risp. 247, 249 e 245).

⁴⁹ M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne*, cit., 163.

dal basso, attraverso la deliberazione dei rappresentanti del popolo riuniti in assemblea, rimane insostituibile. La nuova qualificazione novecentesca della democrazia indica soltanto che il canale politico-rappresentativo, attraverso cui si esprime il popolo sovrano, incontra anch'esso limiti e contrappesi, individuabili principalmente nel controllo di costituzionalità della legge e nella teorizzazione di paletti invalicabili alla stessa funzione di revisione costituzionale⁵⁰. Se il legislatore è “detronizzato”, non ci sono però nuovi sovrani destinati a prenderne il posto, in quanto l'equilibrio e la moderazione reciproca tra i poteri costituiti sono adesso i criteri informatori dell'intera compagine statale.

Pur destituendo il Parlamento dalla posizione di primazia assoluta che esso ricopriva nel modello europeo continentale erede della rivoluzione francese, la Costituzione italiana investe il legislatore di un ruolo determinante, assegnando al canale politico l'alto compito di attuazione dei principi fondamentali. L'investitura è coerente con la nuova visione del costituzionalismo nel secondo dopoguerra, che lo associa a un progetto di riforma o di superamento di una certa società contrastante con quei principi⁵¹: tra Otto e Novecento la trasformazione che intercorre si colloca al piano più alto delle trasformazioni degli ordinamenti giuridici, quello concernente la forma di Stato, conducendo alla nascita dello Stato sociale. L'inacidimento del canale legislativo svuota il progetto costituzionale, poiché – come è stato pronosticato – «ad una costituzione libera dalla politica rischia di corrispondere una politica libera dalla costituzione»⁵².

Gli spazi che i giudici occupano dinanzi ai vuoti legislativi non depongono di per sé nel senso del passaggio del nostro ordinamento allo Stato giurisdizionale, se con questa affermazione si intende alimentare una visione concorrenziale e antagonista tra risposta legislativa e risposta giurisdizionale, che contrappone “logica dei diritti” e “logica democratica”⁵³. Per alcuni la risposta giurisdizionale sarebbe preferibile, perché presenterebbe intrinseci vantaggi rispetto quella legislativa, in quanto più permeabile alle molteplici esigenze di una società pluralistica e adattabile alla varietà, non prevedibile in anticipo, dei casi concreti. Per altri l'esaltazione del modulo decisionale giudiziario striderebbe con i caratteri di fondo dell'ordinamento. Come si è rilevato, «(q)ualunque forma di governo democratica incorpora degli elementi aristocratici: (...) la giurisdizione lo è per natura. Ora, sebbene questo sia inevitabile e opportuno, le forme di governo democratiche, pena un'insostenibile contraddizione, non possono collocare questi elementi al centro del proprio edificio istituzionale»⁵⁴.

⁵⁰ Come precisa ancora M. FIORAVANTI, il principio di sovranità popolare si colloca all'interno della Costituzione «come principio irrinunciabile ed essenziale, ma non unico, e neppure gerarchicamente sovraordinato», dovendo esso esplicarsi nel rispetto del principio «d'inviolabilità dei diritti, e di quello di uguaglianza» (*Appunti di storia delle costituzioni*, cit., 160).

⁵¹ Lo stesso ruolo, *mutatis mutandis*, che alle costituzioni attribuiva la rivoluzione francese nella sua lotta alla società dei privilegi dell'*ancien regime* e che poi si disperse nell'età liberale ottocentesca: M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni*, cit., 55 ss., 101 ss.

⁵² M. FIORAVANTI, *Costituzione e popolo sovrano. La Costituzione italiana nella storia del costituzionalismo moderno*, Il Mulino, Bologna 1998, 20.

⁵³ A. PINTORE, *Diritti insaziabili*, in *Teoria politica*, 2000, n. 2, 7.

⁵⁴ M. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza*, cit., 6.

È tuttavia proprio l'inquadramento conflittuale, che va alla ricerca di un canale decisionale preferenziale ad essere insoddisfacente, in quanto canale giurisdizionale di tutela dei diritti e canale democratico-rappresentativo concorrono insieme⁵⁵, mantenuti ciascuno nel proprio ambito, a comporre la complessa intelaiatura della democrazia costituzionale. Così si deve negare al giudice tanto un potere di disapplicazione o di *interpretatio abrogans* della legge, quanto una sua forzatura in chiave interpretativa al di là dei limiti consentiti dal tasso di resistenza linguistica delle disposizioni. Parimenti si deve escludere che al giudice possano essere demandate operazioni di contemperamento generale tra diritti di vasta portata in decisioni destinate ad assumere conseguentemente un forte impatto sociale, evitando che l'operazione di bilanciamento resti a lui interamente affidata, in tal modo gravandolo di un compito che «dovrebbe essere proprio della *mediazione* politica del conflitto sociale, non della sua *moderazione* giurisdizionale»⁵⁶. Dal canto suo è precluso alla politica interferire con i giudizi in corso e rendere così incerta ed instabile, per il pregresso, la garanzia dei diritti⁵⁷.

Alla luce di quanto esposto può dirsi fuorviante ed anche sterile, data l'investitura costituzionale a favore del canale rappresentativo nell'attuazione del programma racchiuso nella Carta fondamentale, chiedersi se sia preferibile il modulo parlamentare o quello giurisprudenziale nella tutela dei diritti. Il quesito è invece se, in caso di fallimento di quel canale, sia esso episodico o congiunturale sia esso endemico o strutturale trovando causa nella crisi generale della rappresentanza, la tutela dei diritti fondamentali sia destinata a soccombere, nel quadro del costituzionalismo contemporaneo, o non possa viceversa trovare temporaneamente altri canali di affermazione, diversi da quello tendenzialmente esclusivo del circuito politico.

2.2. *Il problema delle lacune al crocevia tra teoria della sovranità, teoria della Costituzione e teoria della democrazia*

Le operazioni di integrazione del diritto che il giudice compie si pongono al crocevia tra concetti centrali per il diritto costituzionale, che purtuttavia hanno subito

⁵⁵ Come ammette anche M. BARBERIS, secondo cui la produzione giuridica del diritto è conciliabile con la teoria della separazione dei poteri quando questa la si intenda come bilanciamento reciproco nel concorso tra i poteri (*Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione*, in *Annuario AIC 2004*, cit., 35).

⁵⁶ *Ibidem*, 2 e similmente 9.

⁵⁷ Per fare solo un esempio, nel noto caso Ilva, il provvedimento di sequestro dello stabilimento per violazione delle prescrizioni in materia ambientale incideva sul conflitto tra beni egualmente dotati di protezione costituzionale, quali il diritto alla salute degli abitanti dell'area circostante alla sede dell'industria e il diritto al lavoro di tutti coloro che vi erano impiegati. Ed è innegabile che il decreto-legge salva Ilva, quando – tardivamente – sopraggiunge (a prescindere dal merito della scelta effettuata dal Governo a beneficio di uno dei due beni antagonisti) abbia finito, sì con il riportare la mediazione tra i diritti fondamentali in gioco nell'alveo naturale, ovvero il canale politico-rappresentativo, ma con il costo di interferire indebitamente nel giudizio in corso.

notevoli torsioni di significato con l'affermarsi del costituzionalismo contemporaneo. Il modello ordinante di pensiero che nasce con le Costituzioni del secondo dopoguerra in Europa incide in una certa misura tanto, come si è detto, sul principio della separazione dei poteri e sul connesso imperativo della soggezione del giudice alla legge, quanto sulla teoria della sovranità, sulla teoria della Costituzione e, non ultimo, sulla teoria della democrazia. Non avendo la pretesa di descrivere anche solo per sommi capi tutte le implicazioni accennate, incidenti su temi di immane portata, si proverà a richiamarne sommariamente solo gli aspetti più rilevanti in questa sede, nel tentativo di dare completezza al quadro d'insieme concettuale in cui si inserisce una trattazione compiuta del ruolo integrativo del giudice.

Quanto alla teoria della separazione dei poteri si è già visto come uno schema classico tripartito, caratterizzato da una storica esigenza di tenere distinte le sfere dell'esecutivo e del legislativo promananti da fonti di legittimazione nettamente differenti e dalla dipendenza del giudiziario dal legislativo, tenda a cedere il posto ad un assetto bipartito in cui al *continuum* tra gli organi di indirizzo politico si aggiunge un corpo giudiziario in funzione di contropotere.

Marcate anche le innovazioni che toccano il concetto cardine dai tempi della nascita dello Stato, con le teorizzazioni di Bodin e Hobbes, del potere sovrano. È ora infatti la rigidità della Costituzione che prende il posto di qualsiasi "monarca" soggettivizzato e che richiede per essere effettiva di essere giurisdizionalmente presidiata. Come è stato diffusamente mostrato, se si vuol conservare la nozione teorica di sovranità nell'apparato concettuale della giuspubblicistica contemporanea, ciò è possibile solo a patto di una sua significativa torsione di significato che marca il passaggio da una nozione di sovranità in senso soggettivo (con i suoi classici attributi: effettiva, *ab-soluta* ovvero priva di limiti giuridici, contrassegnata in chiave solo formale) ad una in senso oggettivo, intesa come sovranità dei valori⁵⁸.

La teoria della Costituzione nel torno della metà del secolo scorso ne risulta parimenti innovata, in quanto la Carta fondamentale si presenta come saldatura tanto della Costituzione-programma del modello scaturito dalla rivoluzione francese, quanto della Costituzione-garanzia propria del modello generato dalla rivoluzione americana⁵⁹. Essa propone una trasformazione degli assetti sociali piuttosto che la conservazione dello *status quo* e prefigura il canale politico come canale privilegiato per la realizzazione del disegno

⁵⁸ V. G. SILVESTRI, *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, ora in ID., *Lo Stato senza principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Giappichelli, Torino 2005, 9 ss. V. in proposito anche L. VENTURA, *Sovranità. Da J. Bodin alla crisi dello Stato sociale. Autorità Libertà Eguaglianza Diritti fondamentali Dignità della persona*, Giappichelli, Torino 2014, 55 ss.

Una trasformazione così radicale della forma di Stato determina l'effetto, da reputare «strutturale» e «non reversibile», per cui la giurisdizione si pone «in posizione ormai sostanzialmente equiordinata» accanto al legislatore: M. FIORAVANTI, *Il legislatore e i giudici di fronte alla Costituzione*, in *Quad. cost.*, 1/2016, 19 s.

⁵⁹ *Amplius* su queste nozioni, M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni*, cit., risp. 55 e 76 ss.

costituzionale⁶⁰, ma al contempo non le è estranea l'idea del "governo bilanciato" in cui agli organi di indirizzo politico si contrapponessero altre istanze, tipicamente quelle giurisdizionali, in funzione di contrappeso e di limite⁶¹.

Infine, sullo sfondo della problematica si intravede la dialettica tra ogni attività di creazione giudiziaria ed il carattere democratico dell'ordinamento⁶², che tuttavia può essere ricomposta in quel «paradigma di fascinosa complessità» che è la democrazia costituzionale, capace di tenere insieme in un «delicato equilibrio» principi per loro natura confliggenti⁶³. La tensione è percepita anche nell'ordinamento statunitense⁶⁴, in misura ancora più pressante che negli ordinamenti europei continentali, dal momento che lì ordinariamente, prescindendo cioè dalla situazione-limite delle lacune, il giudice mette da canto la legge che offre una regolamentazione del caso non conforme a Costituzione e decide il giudizio concretizzando direttamente i principi racchiusi nella *Superior Law*⁶⁵. Se l'epocale trasformazione comportata dalle democrazie costituzionali del Novecento consiste nel fatto che neppure la riconducibilità al «supremo comando dei rappresentanti del popolo» sottrarrebbe una riforma (legale) alla mancanza di «legittimazione per valori»⁶⁶, ciò testimonia che nessuna radicalizzazione del principio democratico appartiene alla cornice teorica dello Stato costituzionale: anzi è la stessa sussistenza del limite che, realizzando concreti spazi di libertà, assicura il carattere democratico di un ordinamento, in cui la sovranità in senso oggettivo – dei valori – abbia preso il posto di una concezione

⁶⁰ M. FIORAVANTI, *Costituzione e popolo sovrano*, cit., 15.

⁶¹ Sulla funzione essenziale della Costituzione di porsi quale limitazione del potere, v. specialmente gli scritti di A. SPADARO: *ex multis*, *Contributo per una teoria della Costituzione*, I, *Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Giuffrè, Milano 1994 e *L'idea di Costituzione fra letteratura, botanica e geometria. Ovvero: sei diverse concezioni "geometriche" dell'"albero" della Costituzione e un'unica, identica "clausola d'Ulisse"*, in AA.VV., *The Spanish Constitution in the European Constitutionalism Context*, a cura di F. Fernández Segado, Dykinson, Madrid 2003, 169 ss.

Più in generale, in merito alla concezione della Costituzione, v. il dibattito tra R. BIN, *Che cos'è la Costituzione?*, in *Quad cost.*, 1/2007, 11 ss. e A. RUGGERI, *Teorie e "usi" della Costituzione*, *ivi*, 3/2007, 519 ss.; cui *adde* G. BOGNETTI, *Cos'è la Costituzione? A proposito di un saggio di Roberto Bin*, e O. CHESSA, *Cos'è la Costituzione? La vita del testo*, entrambi *ivi*, 1/2008, risp. 5 ss. e 41 ss.; A. BARBERA, *Ordinamento costituzionale e carte costituzionali*, *ivi*, 2/2010, 311 ss.; G. BOGNETTI, *Costantino Mortati e la Scienza del diritto*, e F. DI DONATO, *La Costituzione fuori del suo tempo. Dottrine, testi e pratiche costituzionali nella Longue durée*, entrambi *ivi* 4/2011, risp. 803 ss. e 895 ss. V. inoltre M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *RivistaAIC*, 1/2013 e G. AZZARITI - S. DELLAVALLE, *Crisi del costituzionalismo e ordine giuridico sovranazionale*, ESI, Napoli 2014.

⁶² C. GUARNERI - P. PEDERZOLI, *La democrazia giudiziaria*, Il Mulino, Bologna 1997, 125.

⁶³ A. DI GIOVINE - A. MASTROMARINO, *Il potere giudiziario nella democrazia costituzionale*, cit., 22.

⁶⁴ Tanto che il filone c.d. del radicalismo democratico, che ha raggiunto anche l'Italia, ha sviluppato una serrata critica della democrazia costituzionale, nel timore che l'aggettivo fagociti e annienti il sostantivo.

Sulle distorsioni che l'introduzione del sistema elettorale maggioritario, portando ad un'«equiordinazione tra principio di sovranità popolare e principio di legalità», ha determinato a carico della concezione di democrazia e dell'attività dei giudici, v. G. MOSCHELLA, *Ruolo dei giudici e ruolo del legislatore a tutela dei diritti fondamentali*, in AA.VV., *Scritti in onore di G. Silvestri*, II, Giappichelli, Torino 2016, 1490 s.

⁶⁵ V. F.I. MICHELMAN, *La democrazia e il potere giudiziario. Il dilemma costituzionale e il giudice Brennan*, con introd. di G. Bongiovanni e G. Palombella, ediz. Dedalo, Bari 2004.

⁶⁶ G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi*, Laterza, Bari, 33 s.

soggettiva del potere sovrano. Per converso, solo una politica che promana da cittadini protetti nei loro diritti costituzionali è in grado di ottemperare all'elevata funzione che per Costituzione le spetta.

Per rendere in altri termini la complessa architettura delle democrazie costituzionali, basti pensare che il popolo entra nella Costituzione come depositario di valori storicamente sedimentati, che si esprimono nella forma positiva dei principi: la forza e la volontà non rivestono alcun ruolo nella determinazione degli indici di azione etici dell'ordinamento⁶⁷. Non è un caso che il giurista che non intenda discostarsi dalla prospettiva positivista e formalistica si debba poi misurare con la difficoltà di sfuggire, posto dinanzi al problema della legittimazione della stessa Costituzione, alla trappola di un *regressus ad infinitum*: per evitare un simile vicolo cieco, occorre prima o poi «passare dalla forma alla sostanza» e, se non si vuole incorrere ancora una volta, tradendo la lezione della storia, nel «sostanzialismo dell'autorità», intraprendere una volta per tutte la strada del «sostanzialismo dei valori»⁶⁸.

Simili acquisizioni non sono irrilevanti sul terreno della competenza giudiziaria ad integrare il diritto: negarla significherebbe infatti restituire ai rappresentanti del popolo quel potere illimitato potenzialmente prevaricante sui diritti che lo Stato costituzionale ha inteso negare. Non è un caso che A. Pizzorusso – che, come si è visto, insiste sulla raffigurazione della magistratura, in un quadro di governo razionalizzato, come componente culturale che si affianca, a mo' di correttivo, al circuito principale, democratico-rappresentativo – ammetta espressamente il potere dei giudici di ricavare direttamente dai principi costituzionali la regola del caso laddove non soccorra un'esplicita disposizione di legge⁶⁹.

3. Il principio di soggezione “critica” del giudice alla legge

⁶⁷ *Ibidem*, 27 e 36. Un coerente e avanzato sviluppo di tale pensiero lo si trova nella riflessione sulla teorica possibilità di configurare limiti allo stesso potere costituente: ID., *Il potere costituente come problema teorico-giuridico*, in *Lo Stato senza principe*, cit., 95 ss., spec. 107 ss.

⁶⁸ ID., *Dal potere ai principi*, cit., 22.

⁶⁹ V. A. PIZZORUSSO, *La magistratura nel sistema politico italiano*, cit., 343.

Similmente, A. PROTO PISANI, *op. ult. cit.* e R. ROMBOLI, *I diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale*, in *RIPE*, v. 50, n. 65, jan./jun. 2016, 11: «In questi casi, a meno di non vanificare il significato assunto in materia dalla Carta costituzionale, non pare possibile riconoscere al legislatore, ossia alla maggioranza parlamentare, la possibilità di vanificare nella sostanza, con la sua inerzia, l'esistenza di un diritto costituzionale. È quanto sembra verificarsi nei casi all'inizio menzionati dei c.d. diritti accertati, ma non tutelati, allorché a seguito del riconoscimento dell'esistenza di un diritto costituzionale, viene negata ad esso tutela invocando a giustificazione il mancato intervento del legislatore (ad esempio il già ricordato caso Welby)». *Adde* V. ANGIOLINI, *Giudici e legislatori. Intervento al dibattito*, in *Dir. pubbl.*, 2016, 531 s., secondo il quale «purché sia riscontrato un diritto da tutelare, il giudice non può restare paralizzato neppure dal silenzio della legge», ravvisandosi al contrario un pericolo se, in nome del «primato generico» della democrazia, si pretenda che il giudice aspetti il legislatore astenendosi dall'applicare principi costituzionali.

Il principio di soggezione del giudice alla legge deve essere conseguentemente reinterpretato⁷⁰ in un contesto pluralistico in cui l'atto legislativo, da una parte, non racchiude più il monopolio politico del diritto e, dall'altra, può essere costantemente delegittimato alla luce del modello normativo costituzionale. Questo vuol dire non solo introduzione di un sistema di sindacato di costituzionalità, che è accentrato ma ad iniziativa diffusa (opzione in cui è già insito di per sé il superamento della concezione volontaristica e razionalistica della legge), ma anche possibilità di concretizzazione giurisprudenziale dei diritti nell'eventualità di silenzi normativi.

Una siffatta conclusione si impone, a meno di non voler rimettere in discussione la natura normativa dei principi, acquisizione teorica che costituisce un punto centrale del costituzionalismo contemporaneo. Le Costituzioni contemporanee dell'Europa continentale si distinguono da quelle precedenti per il fatto di includere nella forma positiva di norme di principio diritti *indipendenti* dalla legge⁷¹: in questo, con uno sforzo di estrema sintesi, consiste il *proprium* dello Stato costituzionale. Questa rivoluzione copernicana muta il ruolo del giudice nel nostro ordinamento rendendolo meno dissimile da quello esercitato tradizionalmente dagli organi giurisdizionali d'oltreoceano, permeati dalla dottrina lockiana dell'antioriorità dei diritti rispetto allo Stato/ordinamento giuridico.

Vale anche per il nostro ordinamento quanto detto da Alpa – a commento dell'art. 1 cod. civ. svizzero – ovvero che, se possono esservi lacune nella legge, non vi sono però nel diritto⁷². Pur essendo vari i tipi di equilibrio che si possono instaurare tra il formante legislativo e quello giurisprudenziale, v'è una costante all'interno dei diversi ordinamenti giuridici, ovvero che essi sono sempre il risultato della combinazione di entrambi gli elementi. Un'ampia e documentata analisi storico-giuridica che ha ripercorso il ruolo svolto dalla giurisprudenza, in molti Paesi, non solo europei, nell'arco dei due secoli scorsi, ha mostrato come ogni ordinamento giuridico appaia in definitiva la risultante dell'operare attivo di una molteplicità di fonti in senso atecnico, che interagiscono in un equilibrio mobile e variabile ma difficilmente riducibile all'assoluta dominanza di uno di essi, «anche al di là di roboanti dichiarazioni programmatiche», che prediligono ora questa ora quella componente del diritto⁷³. I singoli modelli⁷⁴ mantengono la loro compattezza solo in

⁷⁰ V., per uno sforzo in questo senso, D. BIFULCO, *Il giudice è soggetto soltanto al "diritto"*. *Contributo allo studio dell'articolo 101, comma 2, della Costituzione italiana*, Napoli, Jovene, 2008.

⁷¹ V. ampiamente in proposito G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Einaudi, Torino 1992, cit., e ID., *La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, Bologna 2008: l'idea dell'*indipendenza* dei diritti, affermati in Costituzione, rispetto alla legge offre una ricostruzione più fedele del pensiero dell'A. rispetto a quella della *separazione* tra gli stessi diritti e la legge.

⁷² Il commento è riportato da G. SILVESTRI, *L'interpretazione nel diritto del lavoro in bilico e effettività dei diritti e misure deflative del contenzioso*, Introduzione al Corso di formazione per magistrati organizzato dall'Accademia dei Lincei su *Diritto del Lavoro e formazione dei magistrati*, Roma, 23 ott. 2017, in *paper*.

⁷³ V. P. COSTA, *Pagina introduttiva. Giudici, giuristi (e legislatore): un "castello dei destini incrociati?"*, in *Quad. fior.*, 40, *Giudici e giuristi. Il problema del diritto giurisprudenziale fra Otto e Novecento*, Giuffrè, Milano 2011, 7.

⁷⁴ Ovvero il «modello legicentrico, fondato sulla volontà del legislatore e caratterizzato dalla svalutazione delle altre componenti quali fonti del diritto, adottato nell'Europa continentale e nel sud-

astratto: nella pratica esperienza dei vari ordinamenti sopraggiungono invariabilmente elementi di complicazione, la cui costante viene ravvisata appunto nella difficoltà di far leva solo su una componente dell'esperienza giuridica e nella tendenza alla mutevole commistione tra i vari elementi, che si realizza in modo da perseguire un'equilibrata combinazione delle *performance* che essi sono solitamente in grado di garantire⁷⁵.

La preminenza del principio rappresentativo, posta alla base del nostro ordinamento, è sempre suscettibile di riespandersi, per via della possibilità del legislatore di disciplinare in qualsiasi momento la materia non regolata: riconoscere nel frattempo il compito integrativo, da una parte, non nega la natura normativa dei principi e al contempo, dall'altra, non sussistendo alcuna riserva materiale di giurisdizione, fa sì che rimanga affidato al Parlamento il potere di stabilire quale ampiezza debba assumere, di volta in volta, il principio di soggezione del giudice alla legge, di cui è esso stesso a stabilire i confini.

Resta da chiedersi quali forme assuma la concretizzazione dei principi costituzionali nella dinamica giurisprudenziale e quali ne siano i limiti, nonché come circoscrivere il costo da pagare in termini di certezza del diritto quando gli spazi dell'integrazione giurisprudenziale assumono una latitudine piuttosto estesa. È un profilo di innegabile rilievo, pure agli occhi di chi è convinto che non sempre la precedenza della *legislatio* rispetto alla *iurisdictio* sia in grado di garantire di per sé la certezza dei rapporti giuridici⁷⁶ (dal momento che i caratteri tipici della normazione di rango primario, quali la

America; il «modello sofocentrico» (prevalente in Germania, con lo storicismo di Savigny e Puchta), per il quale il fondamento dell'ordinamento non è il decisionismo di un sovrano o l'atto di un potere costituente, ma l'evolversi continuo ed organico di un popolo che trova espressione della sua identità storico-culturale nel pensiero dei *doctores iuris*; il «modello giurisprudenziale», fatto proprio dai sistemi di *common law*, in cui la giurisprudenza è la principale fonte del diritto oggettivo ed il diritto soggettivo tende conseguentemente ad identificarsi con il *remedy*: *ibidem*, 4 ss.

Di ridistribuzione dei tradizionali compiti di produzione giuridica negli ordinamenti contemporanei discute F. DE SANCTIS, *L'invenzione della giustizia tra ius e lex: Hobbes, Montesquieu e Tocqueville*, ES, Napoli 2013.

⁷⁵ Così la dottrina del precedente tipica dei sistemi di *common law* (compiutamente elaborata da James Ram nel 1834 nel trattato *The Science of Legal Judgment*) ha la meglio sulle teorie incentrate sull'autorità del codice, in quanto il diritto giurisprudenziale si rivela, ad un attento esame, un insieme contenuto di regole identificabili e ricomponibili, assicurando margini di prevedibilità che nulla hanno da invidiare alle famiglie giuridiche di *civil law*. Se per queste ultime poi il codice in epoca risorgimentale è visto come espressione e culmine della storia nazionale, nell'Italia post-unitaria in particolare è oggetto di celebrazione la capacità della penisola di comporre codice e giurisprudenza, dottrina e prassi, affidandosi precisamente all'attività dei giudici la capacità di garantire un graduale progresso (e talora la capacità di esprimere persino una tendenza «autarchica», come quando durante il fascismo essi si mostrano impermeabili ad una dottrina compiacente al regime che predica una funzione sociale della proprietà e fedeli al paradigma proprietario liberale). Infine, in Germania e nella visione di Savigny stesso, è la prassi che rivitalizza la *scientia iuris*. V. in merito ancora P. COSTA, *Pagina introduttiva. Giudici, giuristi (e legislatore): un "castello dei destini incrociati?"*, cit., 8 s.

Per una ricognizione, nel campo del diritto privato, delle fonti indirette che hanno contribuito a colmare i vuoti della legge superando il «monismo legislativo», v. AA.VV., *Dialettica tra legislatore e interprete. Dai codici francesi ai codici dell'Italia unita*, a cura di L. Moscati, Jovene, Napoli 2013 (le parole cit. si leggono nell'*Introduzione* della stessa L. MOSCATI, 3).

generalità e l'astrattezza, tendono a dissolversi)⁷⁷ e che, ad esaltare ancora oggi la legge come baluardo dell'eguaglianza di trattamento dei cittadini, si rischi di fare come chi ammira nel buio la luce di una stella, senza avvedersi di essere abbagliato dallo splendore di un astro ormai morto.

Un'analisi sul campo faciliterà il prosieguo dell'indagine relativamente a questo aspetto.

SEZ. II – LE FORME E LE FASI DELL'INTEGRAZIONE: DISAMINA DEI PRINCIPALI CASI GIURISPRUDENZIALI E RICERCA DEI FORMANTI

1. I diritti degli stranieri in genere e dei migranti in particolare

Uno dei settori materiali in cui si è maggiormente assistito all'introduzione di nuove tutele è quello relativo allo *status* giuridico dello straniero, anche per effetto dell'ingente flusso migratorio che ha investito il nostro Paese. Lo sviluppo di tali forme di protezione ha tuttavia seguito un andamento peculiare, in quanto anche a seguito degli interventi legislativi che si sono susseguiti sul campo, animati il più delle volte dall'esigenza di assicurare la sicurezza dei cittadini più che da una spinta solidaristica volta all'accoglienza ed all'integrazione dei non cittadini, si è realizzato prevalentemente attraverso l'impugnazione delle norme restrittive dinanzi alla Corte costituzionale⁷⁸. L'argomento dunque lambisce il tema delle lacune giuridiche ma non è un serbatoio particolarmente ricco cui attingere alla ricerca di provvedimenti integrativi da parte dei giudici comuni, il cui apporto si è eminentemente concretizzato, come si diceva, nella sollecitazione dell'intervento dell'organo costituzionale di controllo.

Una copiosa giurisprudenza costituzionale è così stata in grado di incidere su molteplici profili della situazione giuridica dello straniero, andando dal ricorso al diritto penale nel controllo delle frontiere e del territorio alla disciplina dei procedimenti di

⁷⁶ Una recente riflessione su questo concetto, centrale negli studi sul fenomeno giuridico (e sulle condizioni stesse dell'umana convivenza) – parlando del quale «andiamo al cuore stesso della parabola della statualità e tocchiamo addirittura gli strati profondi della condizione umana» – è stata condotta da M. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *RivistaAIC*, 4/2014, 10 ott. 2014, 27 ss. (le parole cit. si leggono a p. 30).

⁷⁷ Lucida ed esaustiva l'analisi di M. VOGLIOTTI, *Principio di legalità*, in *Enc. dir., Annali*, VI (2013).

Non a caso in sede teorica si annoverano criteri formali di identificazione della legislazione al posto di criteri materiali: A. RUGGERI, *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, Giuffrè, Milano 1977, 29 ss.

⁷⁸ Che nella tensione tra questi due poli assiologici sia dibattuta tutta la legislazione in materia è sottolineato da M. CARTABIA, *Gli «immigrati» nella giurisprudenza costituzionale: titolari di diritti e protagonisti della solidarietà*, in AA.VV., *Quattro lezioni sugli stranieri*, a cura di C. Panzera, A. Rauti, C. Salazar, A. Spadaro, Jovene, Napoli 2016, 7.

espulsione, dalla tematica dei ricongiungimenti familiari all'evoluzione in tema di diritti sociali. Soffermandosi in particolare su questi ultimi, in un arco di tempo piuttosto breve, la Corte costituzionale ha esteso a tutti gli immigrati comunque presenti sul territorio, indipendentemente dal possesso del permesso di soggiorno, l'indennità di accompagnamento per invalidi civili, la pensione di inabilità, l'assegno mensile di invalidità per invalidi civili con riduzione della capacità lavorativa in misura elevata, l'indennità di frequenza per i minori disabili, l'indennità di accompagnamento per soggetti portatori di menomazioni fortemente invalidanti, la pensione di invalidità per persone non vedenti, la pensione di invalidità per i sordi⁷⁹.

Tuttavia, ugualmente il settore presenta un interesse per il tema del diritto giurisprudenziale nel silenzio della legge. La Corte costituzionale ha infatti valorizzato la garanzia che assicura piena parità di trattamento tra i lavoratori extracomunitari e i lavoratori italiani, sancita dall'art. 2, co. 3, "T.U. delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero" (d.lgs. n. 286/1998) e connessa al più generale principio previsto dal co. 2 dello stesso articolo, secondo cui lo straniero regolarmente soggiornante nel nostro Paese gode dei diritti in materia civile attribuiti al cittadino italiano, salvo che le convenzioni internazionali o lo stesso testo unico dispongano diversamente. Il giudice delle leggi ha infatti puntualizzato come, alla luce di tali ampie proclamazioni, per giungere a negare a un al lavoratore extracomunitario un diritto di cui gode il lavoratore italiano occorra una specifica norma (di legge o di diritto internazionale) che esplicitamente deroghi alla prescritta uguaglianza⁸⁰. Il che evidentemente equivale ad un'abilitazione a favore della giurisprudenza, nel silenzio della legge, alla parificazione delle forme di garanzia.

2. La tutela giuridica delle persone omosessuali e transgender

La tutela delle persone LGBTI ha costituito un banco di prova per l'emersione giurisprudenziale di situazioni non legislativamente previste⁸¹. Questo è accaduto ad esempio in materia di cambiamento di sesso, pur in presenza della legge n. 164/1982, che ha introdotto nel nostro Paese la possibilità di ottenere la rettifica anagrafica dell'identità sessuale a seguito di intervenute modificazioni dei caratteri sessuali della persona richiedente. Tale modifica era infatti legislativamente consentita o per motivi congeniti o tramite intervento chirurgico, da autorizzarsi da parte del tribunale (art. 31, co. 4, d.lgs. n.

⁷⁹ V. *ibidem* per i relativi riferimenti giurisprudenziale (24 s.).

⁸⁰ Per una rassegna normativa e giurisprudenziale sull'argomento v. P. BONETTI, *Diritti fondamentali degli stranieri*, par. IV, in www.altrodiritto.unifi.it.

⁸¹ V., in tema, i contributi di G. D'AMICO, *LGBTI e diritti*, in AA.VV., *Diritti e autonomie territoriali*, a cura di A. Morelli e L. Trucco, Giappichelli, Torino 2014, 176 s.; A. LORENZETTI, *Diritti in transito. La condizione giuridica del transessuale*, Franco Angeli, Milano 2013 e A. SPERTI, *Omosessualità e diritti. I percorsi giurisprudenziali ed il dialogo globale delle Corti costituzionali*, Pisa University Press, Pisa 2013.

150/2011). La Corte di Cassazione (sent. 20 lug. 2015, n. 15138) ha riconosciuto altresì il diritto alla modifica anagrafica a favore di soggetti che la legge non aveva preso originariamente in considerazione, ovvero coloro che non intendessero sottoporsi ad intervento chirurgico pur non riconoscendosi nel sesso di nascita. Si è data così tutela ad una minoranza nella minoranza, che era rimasta fuori dalla previsione legislativa.

Ma non v'è dubbio che una delle pretese più rilevanti avanzate in questo campo sia quella prospettata da persone dello stesso sesso che intendevano accedere all'istituto matrimoniale. È noto come in Italia, una volta esclusa dal giudice delle leggi, con sent. n. 138/2010, l'incostituzionalità della disciplina codicistica che ammette il matrimonio solo tra persone di sesso diverso, non possa assurgere a diritto fondamentale l'accesso al *same sex marriage*; né la preclusione può dirsi lesiva dei vincoli nascenti dalla Cedu, dato che la Corte europea, pur considerando il matrimonio omosessuale rientrante nella tutela offerta dagli artt. 8 e 12 della Convenzione, non ne fa discendere una garanzia imposta a tutti gli Stati membri, cui viene riconosciuto in materia un ampio margine di apprezzamento⁸². Il pronunciamento costituzionale ha il merito di sedare le discussioni dottrinali sulla compatibilità dell'istituto con la nozione di matrimonio accolta dall'art. 29 Cost., oscillanti, come si sa, tra la valorizzazione dell'*original intent* dei Costituenti e del dettato costituzionale – esplicitamente riferito ad una «società naturale» – e l'adozione di un'interpretazione anche massimamente evolutiva⁸³.

⁸² Corte edu, 24 giu. 2010, caso *Schalk e Kopf c. Austria*.

⁸³ Per una ricognizione delle varie tesi v. i contributi ai voll. AA.VV., *La "società naturale" e i suoi "nemici". Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, a cura di R. Bin, G. Brunelli, A. Guazzarotti, A. Pugiotto, P. Veronesi, Torino, 2010, 3, e-book – ivi specialmente, per la tesi "originalista", A. RUGGERI, *Le unioni tra soggetti dello stesso sesso e la loro (innaturale...) pretesa a connotarsi come famiglie*, 307 ss. – e AA.VV., *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sent. 138 del 2010: quali prospettive?*, a cura di B. Pezzini e A. Lorenzetti, Jovene, Napoli 2011. Una riflessione volta a evidenziare l'intima contraddizione della formula costituzionale (sospesa tra sostrato naturale e costituzione tramite atto giuridico) è avanzata da R. BIN, *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, in *Studium iuris*, 2002, 1066 ss. e poi parzialmente rivista da ID., *Per una lettura non svalutativa dell'art. 29*, in *La "società naturale"*, cit., 47.

Adde, in sede di commento alla sentenza, P.A. CAPOTOSTI, *Matrimonio tra persone dello stesso sesso: infondatezza versus inammissibilità nella sentenza n. 138 del 2010*, in *Quad. cost.*, II, 2010, 361ss.; M. CROCE, *Diritti fondamentali programmatici, limiti all'interpretazione evolutiva e finalità procreativa del matrimonio: dalla Corte un deciso stop al matrimonio omosessuale*, in www.forumcostituzionale.it; F. DAL CANTO, *La Corte costituzionale e il matrimonio omosessuale*, in *Foro it.*, 2010, I, 1369 nonché ID., *Le coppie omosessuali davanti alla Corte costituzionale: dalla "aspirazione" al matrimonio al "diritto" alla convivenza*, in *RivistaAIC*, 0/2010, ; I. MASSA PINTO-C. TRIPODINA, *Sul come per la Corte costituzionale "le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio" ovvero tecniche argomentative impiegate per motivare la sentenza 138/2010*, in www.dircost.unito.it; A. MELANI, *Il matrimonio omosessuale dopo la pronuncia della Corte costituzionale: la questione resta aperta*, in www.forumcostituzionale.it; B. PEZZINI, *Il matrimonio same sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2010, 2715 ss.; A. PUGIOTTO, *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, in www.forumcostituzionale.it; R. ROMBOLI, *Per la Corte costituzionale le coppie omosessuali sono formazioni sociali, ma non possono accedere al matrimonio*, in *Foro it.*, 2010, I, 1367 ss.; ID., *Il diritto "consentito" al matrimonio ed il diritto "garantito" alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice "troppo" e "troppo poco"*, in *RivistaAIC*, 0/2010 e S. SPINELLI, *Il matrimonio non è un'opinione*, in www.forumcostituzionale.it.

Nella celebre pronuncia nel contempo però la Corte costituzionale ha riconosciuto alle persone dello stesso sesso – reputando le unioni tra esse intercorrenti rientranti a pieno titolo tra le formazioni sociali in cui si sviluppa la personalità umana *ex art. 2 Cost.* – il «diritto di vivere liberamente una condizione di coppia», sia pure diversamente modulata rispetto a quella matrimoniale. Sulla stessa scia si è collocato il giudice delle leggi con la sent. n. 170/2014, che ha riconosciuto ai coniugi che lo richiedessero di mantenere in vita il rapporto di coppia – qualora il matrimonio si fosse sciolto a seguito di sentenza di rettificazione dell’attribuzione di sesso – come altra forma di convivenza registrata e ciò al fine di assicurare adeguata tutela ai diritti ed obblighi degli interessati⁸⁴.

Ciò, come si sa, non ha impedito in seno alla società civile l’insistenza sull’introduzione dell’istituto del matrimonio omosessuale in Italia, che ha toccato l’apice con l’iniziativa autonoma di alcuni sindaci i quali hanno imposto agli ufficiali di stato civile di trascrivere matrimoni celebrati all’estero tra persone dello stesso sesso, istituendo appositi registri delle unioni civili⁸⁵. Né ha evitato l’iniziativa isolata di qualche organo giurisdizionale tesa a prescrivere agli ufficiali di stato civile la trascrizione del matrimonio contratto all’estero tra nubendi del medesimo sesso – non ravvisandosi ostacoli nel rispetto dell’ordine pubblico⁸⁶. L’innovativo provvedimento giudiziario tuttavia non ha superato il vaglio del giudice di appello⁸⁷, che, reputando illegittima la trascrizione dei matrimoni in questione, ha concorso così al consolidamento presso le sedi giurisdizionali di merito della posizione e dei *distinguo* fatti propri dall’organo costituzionale di controllo.

Nell’attesa che il legislatore, raccogliendo il pressante monito contenuto nel rigetto del 2010, provvedesse in materia (ciò che poi è accaduto, com’è noto, con la l. n. 76/2016), la magistratura si è fatta carico di dare contenuto giuridico al nuovo diritto identificato dal giudice delle leggi. In particolare il vertice della giurisdizione ordinaria ha reputato tutti i giudici comuni abilitati ad estendere alle coppie stabili, anche costituite da persone dello stesso sesso, diritti e doveri corrispondenti ad un «trattamento omogeneo» a quello consentito alle coppie coniugate «a prescindere dall’intervento del legislatore in materia» e/o a sollevare eccezione di incostituzionalità delle norme che ad esse eventualmente attribuiscono un trattamento peggiore⁸⁸. Se appare evidente che la magistratura non avrebbe potuto disegnare con completezza di contorni il regime giuridico delle unioni

⁸⁴ V. in argomento A. RUGGERI, *Questioni di diritto di famiglia e tecniche decisorie nei giudizi di costituzionalità (a proposito della originale condizione dei soggetti transessuali e dei loro ex coniugi, secondo Corte cost. n. 170 del 2014)*, 13 giu. 2014; R. ROMBOLI, *La legittimità costituzionale del “divorzio imposto” (quando la Corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice)*, in *Foro italiano*, 10/2014, I, 2680 ss. e B. PEZZINI, *A prima lettura (la sent. 170/2014 sul divorzio imposto)*, in *Articolo29*, www.articolo29.it, 15 giu. 2014. Adde ancora A. RUGGERI, *Il matrimonio “a tempo” del transessuale: una soluzione obbligata e ... impossibile? (A prima lettura di Cass., I Sez. civ., n. 8097 del 2015)*, in *Consulta OnLine*, 1/2015, 306 ss. e ID., *Il “controcanto” stonato della Cassazione alla Consulta, a riguardo del matrimonio del transessuale*, in *GenIUS*, 1/2015, 126 ss.

⁸⁵ Forma di attivazione spontanea cui ha posto fine la circolare del Ministero dell’Interno del 7 ottobre 2014.

⁸⁶ V. Trib. Grosseto, 9 apr. 2014.

⁸⁷ V. Corte d’App. Grosseto, 19 sett. 2014.

⁸⁸ Corte Cass., sez. I civ., 15 mar. 2012, n. 4184.

omosessuali, tuttavia, pur nell'inerzia del Parlamento, essa si riconosceva legittimata a concorrere ad allineare progressivamente il trattamento ad esse tributato a quello riservato alle coppie unite in matrimonio.

3. *Il discusso diritto a conservare uno status filiationis non corrispondente alla verità biologica in capo al minore nato da GPA o nel contesto di un progetto genitoriale di coppia omosessuale*

Il nostro ordinamento, se accoglie le pratiche di PMA con l'ampiezza consentita dalle correzioni cui nel tempo è stata assoggettata la l. n. 40/2004, non offre invece tutela giuridica alla possibilità di procreare avvalendosi della GPA, ovvero della "gestazione per altri", formula questa da ritenere preferibile a quella di maternità surrogata o su commissione e ancor di più rispetto all'altra, invero brutale, di "utero in affitto"⁸⁹. La *surrogacy*, per usare la terminologia anglosassone, non rientra infatti nel raggio delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, le quali sono tutte accomunate dallo scopo di consentire alla donna della coppia di partorire. La prassi che si è generata per aggirare tale divieto (art. 12, co. 6, l. 40/2004) ha reso ineludibile, tuttavia, anche nel nostro Paese confrontarsi, oltre che con i complessi interrogativi etici connessi alla discussa sostituzione di maternità, anche con le connotazioni assunte nelle circostanze di specie dal *best interest of the child*, nonché con la possibilità di configurare ulteriori limiti al rispetto del diritto all'identità biologica e genetica dell'individuo.

Il fenomeno crescente (c.d. turismo procreativo) per cui una coppia di genitori intenzionali commissiona a una donna straniera, nei Paesi in cui la *surrogacy* è lecita, il compito di iniziare e portare a termine una gravidanza, impegnandola alla consegna del bambino nato al termine di essa, acquista rilievo nel nostro Stato nel momento della reazione dell'ordinamento giuridico alla prassi così instaurata. Tale reazione si concretizza, precisamente, nel rifiuto delle autorità competenti di procedere alla trascrizione dell'atto di nascita redatto all'estero, in cui figurano come genitori i committenti (c.d. genitori intenzionali, appunto), in quanto attestante uno *status filiationis* giuridicamente riconosciuto solo nel Paese dove la procreazione è avvenuta. Al rifiuto segue la segnalazione alla procura della Repubblica per l'accertamento della responsabilità – configurandosi il reato di falsa attestazione di stato oltre alla violazione della legge sulle adozioni – nonché contestualmente l'apertura della procedura per la dichiarazione dello stato di adottabilità.

Già in un simile contesto si evidenzia la tensione tra la reazione obbligata dell'ordinamento e la specialità della situazione dove, in particolare, pur in mancanza di un legame genitoriale giuridicamente valido, non sussiste tuttavia uno stato di abbandono,

⁸⁹ E raccomandata dalle *Linee Guida per un'informazione rispettosa delle persone LGBTI*, con l'intento di «mettere al centro la gravidanza come esperienza femminile insostituibile»: B. PEZZINI, *Introduzione al Focus: Verità della nascita e GPA (gravidanza per altri)*, in *GenIUS*, 2/2017, 7.

in presenza di una coppia fortemente motivata alla filiazione: il disconoscimento dello stato di figlio attestato all'estero e l'avviamento alle procedure adottive si rivelano, nella peculiare circostanza della sostituzione di maternità, non sempre idonee a garantire la migliore tutela del minore.

È noto in proposito che l'Italia ha subito una condanna dalla Corte edu, nel caso *Paradiso e Campanelli*, per aver disposto la misura dell'allontanamento di un minore, nato in Russia in seguito a maternità surrogata e tuttavia del tutto privo di qualsiasi legame genetico con i genitori intenzionali, consentendo così che lo stesso venisse conseguentemente dato in affidamento ad altra famiglia⁹⁰. La pronuncia, con la quale sembrava affermarsi il principio per cui il rilievo dell'ordine pubblico dovesse cedere al *best interest of the child*, è stata tuttavia quest'anno ribaltata dalla Grande Camera della Corte europea, la quale ha ritenuto non ravvisabile nella condotta italiana una violazione dell'art. 8 Cedu⁹¹.

L'esigenza di non pregiudicare l'interesse del minore ha condotto talora la giurisprudenza a riconoscere la trascrivibilità dell'atto di nascita⁹², il che consentirebbe inoltre al tribunale per i minorenni di non dar seguito alla dichiarazione dello stato di adottabilità. Tali permissivi orientamenti dei giudici di merito sembravano destinati a trovare inizialmente un freno nella rigorosa decisione del vertice della giurisdizione ordinaria, che aveva fermamente dichiarato la contrarietà della GPA con i principi di ordine pubblico del nostro ordinamento⁹³. Ma tale conclusione è forse destinata a mutare in considerazione del successivo affermarsi di un indirizzo contrapposto con il quale la Corte di Cassazione (I sez. civ., sent. 19599/2016) ha dato il suo autorevole avallo alla trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero che riporti il nato come figlio di due madri, in quanto partorito da una delle due donne di coppia omosessuale a seguito di ovodonazione da parte dell'altra. Secondo la "storica" pronuncia della giurisdizione di legittimità, la nozione di ordine pubblico non va intesa come corrispondenza della disciplina applicata dal provvedimento straniero a quella italiana, bensì come conformità all'esigenza di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, qual risultano dalla Costituzione nonché dai trattati fondativi e dalla Carta dei diritti umani dell'UE. Premessa questa significativa torsione di significato, con cui la categoria dell'ordine pubblico si affranca

⁹⁰ Corte edu, 27 gen. 2015, *caso Paradiso e Campanelli*.

⁹¹ Corte edu, Grande Camera, 24 gen. 2017, *caso Paradiso e Campanelli*. V. tuttavia Corte edu, 26 giu. 2014, *Mennesson c. Francia*, e Corte edu, 26 giu. 2014, *Labassee c. Francia*.

⁹² V. Corte d'App. Bari, 13 febb. 2009.

Sulla stessa falsariga, sia pure in una situazione diversa, si pone la Corte d'App. di Torino, 29 ott. 2014, che ammette la trascrivibilità di un atto di nascita spagnolo in cui risulta la genitorialità di due donne: la generazione è avvenuta attraverso la donazione di gamete maschile e il trasferimento dell'ovulo di una donna nell'altra per la gravidanza.

⁹³ V. Corte Cass., I sez. civ., 11 nov. 2014, n. 24001, che qualifica la paternità e maternità intenzionali come forma di genitorialità meramente «apparente»: nella specie tuttavia risultava violata la stessa legge ucraina (del Paese cioè dove era stata effettuata la GPA), che imponeva la riconducibilità del 50% del patrimonio genetico alla coppia committente, in quanto la coppia italiana non aveva alcun legame genetico col minore.

dalla sua funzione tradizionalmente “difensiva”, si profila come meritevole di protezione l’interesse del minore alla continuità dello *status filiationis* attestato all’estero– interesse indifferente alla tecnica di procreazione impiegata – connesso con il diritto all’identità non solo fisica, ma anche personale e sociale del minore, che si affianca al diritto alla vita privata. Il disconoscimento di tale interesse, peraltro, secondo l’organo di nomofilachia, violerebbe l’art. 24, co. 3, della Carta dei diritti fondamentali UE, che sancisce il diritto del minore a mantenere rapporti significativi con entrambi i genitori, indipendentemente dal sesso o dall’orientamento sessuale di questi ultimi. Né viene ritenuto ostativo alla trascrizione il brocardo *mater semper certa est*, positivizzato all’art. 269 cod. civ., che per la Corte non assurge a principio di rango costituzionale suscettibile di integrare il concetto di ordine pubblico, affermandosi viceversa una concezione della maternità intesa non solo come trasmissione del patrimonio genetico, ma quale intenzionale assunzione di responsabilità genitoriale. All’esito dell’articolata argomentazione, emerge una «fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi delle persone e formare una famiglia, a condizioni non discriminatorie»⁹⁴. Su questa scorta, la Corte d’Appello di Trento⁹⁵ ha accreditato il legame genitoriale tra due gemelli nati da GPA nel quadro di un progetto genitoriale di coppia omosessuale e il padre non genitore, risultante dal provvedimento straniero. Parimenti si sono moltiplicate le pronunce (non più impugnate dalle procure a seguito della menzionata decisione della Cassazione e dunque divenute definitive) con cui i tribunali di merito costituiscono la relazione di “doppia genitorialità” in capo alla coppia di genitori dello stesso sesso che ha fatto ricorso alla fecondazione eterologa, distinguendo un legame di genitorialità biologica (piena) ed uno di genitorialità sociale, con gli effetti dell’adozione in casi particolari (*stepchild adoption*).

Tornando al ricorso alla GPA da parte delle coppie con membri di sesso diverso, non è detto che le richiamate tendenze dei giudici di merito, favorevoli alla trascrizione, siano in grado di rivelarsi risolutive del fitto intreccio di problemi giuridici insorgenti nella fattispecie. Esse, infatti, pur motivate dall’intento di evitare che, una volta realizzata fuori dal territorio italiano la condotta vietata, la risposta del nostro ordinamento si risolva in un danno per il minore, non possono dirsi in grado di offrire in ogni caso una soluzione definitiva al problema: esse infatti non impediscono la contestazione dell’attribuzione di genitorialità avvenuta all’estero nell’ipotesi in cui si promuova – su iniziativa del PM con nomina di apposito curatore⁹⁶ – l’impugnazione del riconoscimento di maternità, avvalendosi dello strumento previsto dall’art. 263 cod. civ. In questa circostanza, lo stato di filiazione non veritiero, ma comunque acquisito e ormai consolidato per lo stabile inserimento nel nucleo familiare dei genitori intenzionali, si trova a cozzare con il principio di verità della nascita, che presiede al sistema civilistico delle attestazioni di stato.

⁹⁴ Corte cass., I sez. civ., sent. n. 19599/2016, punto 12.1 mot.

⁹⁵ Corte d’App. Trento, ord. 23 febb. 2017.

⁹⁶ Su questo specifico aspetto v. S. STEFANELLI, *Sui confini dell’impulso del pubblico ministero nell’impugnazione dello status intenzionale*, in *GenIUS*, 2/2017, 28 ss.

Come è noto, l'impugnazione *ex art.* 263 cod. civ., infatti, è preposta al fine dell'acquisizione di uno *status* corrispondente alla realtà biologica, come confermano ripetute decisioni della Corte costituzionale: la sent. n. 112/1997 riconosce che tale gravame consente sempre la declaratoria di non veridicità del riconoscimento, dando la preminenza all'esigenza di coincidenza della situazione giuridica con il dato naturale rispetto all'eventuale interesse del minore alla conservazione del diverso *status filiationis* in precedenza acquisito; parimenti, per la sent. n. 170/1999, il diritto all'identità genetica equivale all'attestazione pubblica di un rapporto di filiazione veridico; per l'ord. n. 12/2012, infine, la verità biologica della procreazione corrisponde con la salvaguardia dell'essenziale interesse del minore. In questo medesimo ordine di idee si pone, parallelamente, la sentenza additiva di principio che riconosce il diritto del figlio adottivo a conoscere le proprie origini biologiche, come espressione del diritto all'identità personale⁹⁷.

Il principio per cui in astratto non si ravviserebbe, nella *ratio* della summenzionata azione civilistica, alcuna dissociazione tra *favor veritatis* e *favor minoris* è stato messo in discussione di recente nel caso di un bambino nato nel 2012 a Mubai in seguito a commissione di maternità ad una donna indiana, nel cui utero viene impiantato un embrione formato da ovocita proveniente da una donatrice anonima e dai gameti del padre intenzionale. Al ritorno in Italia, la coppia ottiene, dopo un iniziale rifiuto, la trascrizione dell'atto di nascita ed altresì, dal Tribunale per i minorenni di Milano, la dichiarazione di non luogo a provvedere sulla domanda di adottabilità per assenza dello stato di abbandono. Lo stesso Tribunale, emerso nel corso del procedimento il ricorso alla GPA da parte dei genitori, autorizza, su richiesta del PM, la nomina di un curatore per l'impugnazione del riconoscimento di maternità del minore per difetto di veridicità⁹⁸: il riconoscimento viene così annullato. Adita dalla madre, la Corte d'Appello di Milano⁹⁹ sollecita, con questione attualmente pendente, un'ulteriore considerazione da parte del giudice delle leggi sui limiti del *favor veritatis* sulla procreazione, invocando gli artt. 2, 3, 30, 31 Cost. e 117, co. 1, Cost., in relazione all'art. 8 Cedu.

Il collegio di secondo grado primariamente respinge l'istanza di parte a promuovere una distinta questione di legittimità costituzionale delle disposizioni che vietano la

⁹⁷ Sent. n. 278/2013, che dichiarò incostituzionale l'art. 28, co. 7, l. n. 184/83, «nella parte in cui esclude la possibilità di autorizzare la persona adottata all'accesso alle informazioni sulle origini senza avere previamente verificato la persistenza della volontà di non volere essere nominata da parte della madre biologica»: l'irreversibilità del segreto viene ritenuta lesiva degli artt. 2 e 3 Cost. Seguì Corte Cass., sent. n. 15024 del 21 lug. 2016, la quale ritiene che a seguito della morte della madre che partorì in anonimato, l'interesse alla segretezza diventi recessivo di fronte al diritto del figlio adottivo di conoscere le proprie origini biologiche; nonché Corte Cass., sez. I civ., con la sent. 9 nov. 2016, n. 22838.

⁹⁸ Per un precedente di analoga impugnazione, *ex art.* 263 c.c., v. Trib. per i minorenni di Milano, 1 ago. 2012, nei confronti di un bambino nato da GPA in Indonesia.

In dottrina è discussa tuttavia l'ammissibilità di simile impugnativa, quando, nel Paese di nascita del bambino, la maternità sia stabilita con provvedimento del giudice: v. G. FERRANDO, *Gravidanza per altri, impugnativa del riconoscimento per difetto di veridicità e interesse del minore. Molti dubbi e poche certezze*, in *GenIUS*, 2/2017, 12 ss.

⁹⁹ Corte d'App. Milano, ord. 25 lug. 2016 n. 273.

maternità surrogata. Secondo la Corte di Milano, nel caso di specie, alla libertà di autodeterminazione della coppia, come scelta di diventare genitori e di formare una famiglia – che ha ricevuto rilievo giuridico nella sent. n. 162/2014 della Corte costituzionale volta ad ammettere la fecondazione eterologa – non si contrappone solo l'interesse del nato, ma anche un interesse ulteriore, segnatamente quello della gestante¹⁰⁰. Di quest'ultima risulterebbe lesa infatti la dignità (che vuole l'essere umano considerato kantianamente sempre come fine e mai come mezzo), conculcata tutte le volte in cui si rivelasse negata l'autodeterminazione della donna nelle vicende procreative – in cui centrali sono il suo corpo e la sua soggettività – vincolando contrattualmente la sua fondamentale scelta se essere o meno madre¹⁰¹.

Secondariamente, i giudici di appello reputano l'automatico accoglimento dell'impugnazione del riconoscimento del nato per difetto di veridicità contrario al preminente interesse del minore e censurano l'art. 263 c.c., nella parte in cui non consente al giudice di valutare se sussista un superiore interesse del fanciullo alla conservazione dello *status* non veridico.

Sebbene ricca ed articolata, la motivazione dell'ordinanza di rimessione presentata dalla Corte d'Appello di Milano segue un argomentare plausibile, ma al contempo pure interamente controvertibile. È in primo luogo discutibile che il divieto in discorso sia assoluto, in quanto almeno la surrogazione “di prossimità” (che avviene cioè entro la cerchia dei familiari della coppia), pur contratto con causa illecita, non esclude l'adempimento spontaneo da parte della gestante¹⁰², mentre ad essere certamente vietata è la GPA che avvenga in un contesto di mercato del cui funzionamento si avvantaggino intermediari. Parimenti, risulta discutibile che vi sia discriminazione – ovvero che essa non sia ragionevole – tra l'uomo che può sempre con la fecondazione eterologa ovviare ai suoi problemi di sterilità e la donna i cui problemi incidano sulla possibilità di gestazione: la differenziazione di genere lamentata è logica conseguenza del sistema di PMA vigente, che, come si è detto, mira a consentire alla donna della coppia che ha accesso a tali tecniche di partorire. Infine, è altresì discutibile che il bene controinteressato rispetto alle esigenze della coppia sia la dignità della donna che partorisce, intesa come contrattualizzazione della gestazione e della scelta se essere o no madre, alla luce delle considerazioni di sensibile dottrina che nella identificazione tra maternità giuridica e generazione fisica (cioè nel principio *mater semper certa est*) vede la tutela in chiave «antivolontaristica» di relazioni primarie sottratte all'interferenza e alla disponibilità della legge o di negozi

¹⁰⁰ Su questo profilo v. A. RUGGERI – C. SALAZAR, «Non gli è lecito separarmi da ciò che è mio»: riflessioni sulla maternità surrogata alla luce della rivendicazione di Antigone, in *ConsultaOnLine*, 1/2017, 138 ss.

¹⁰¹ Sullo specifico profilo della dignità della “madre surrogante” si sofferma I. CORTI, *Maternità per sostituzione e dignità umana*, in *GenIUS*, 2/2017, 20 ss.

¹⁰² La surrogazione limitata alla sola cerchia dei familiari dei genitori intenzionali sarebbe l'unica a garantire, tra l'altro, la finalità altruistica del gesto della madre biologica per A. RUGGERI, *La maternità surrogata, ovverosia quanti fatti e norme urtano col dettato costituzionale e richiedono mirati e congrui interventi riparatori da parte di giudici e legislatore*, in *GenIUS*, 2/2017, spec. 63 s. e già A. RUGGERI – C. SALAZAR, «Non gli è lecito separarmi da ciò che è mio», cit.

giuridici, in nome della garanzia della persona, anzi della primissima forma di garanzia da cui essa è presidiata al momento stesso in cui essa viene al mondo¹⁰³.

Solo il legislatore potrebbe mediare al meglio tra l'esigenza di salvaguardia dell'intangibilità del legame biologico originario – che si persegue anche attraverso la risposta repressiva, ovvero non legittimando *a posteriori* le condotte che quell'esigenza contraddicono – e l'istanza di tutela del minore già inserito in un nucleo di affetti che non include la madre effettiva.

Nel vuoto di regolamentazione, con un intenso lavoro giurisprudenziale, che mette in moto anche giudici costituzionali e Corti europee, la magistratura sembrava inizialmente avviarsi verso un punto di equilibrio: per il futuro, assicurare una difesa del principio di verità della nascita, a garanzia della centralità e non manipolabilità di un originario legame biologico di ogni essere umano che viene generato, non ammettendo la trascrizione degli atti di nascita formati all'estero in seguito a GPA in quanto contraria all'ordine pubblico e, al contempo, per il passato, sanare le situazioni pregresse, in cui il corrispondente *status filiationis* non veridico si sia già consolidato (anche giuridicamente) nel nostro Paese, rinvenendo – con l'apporto richiesto all'organo costituzionale di controllo – un rimedio circoscritto a tali specifici casi, nell'interesse preminente del minore. La recente svolta intrapresa dalla giurisdizione di legittimità che riscrive la nozione di ordine pubblico, si ispira invece ad un diverso orientamento che antepone, sviluppando una concezione della maternità (e, più ampiamente, di genitorialità) intenzionale a fianco di quella biologica, l'interesse del nato alla continuità dei rapporti di filiazione comunque instaurati, pur al di fuori di legami di tipo genetico o biologico.

4. *Il diritto all'attribuzione del cognome materno*

Una posizione di chiusura conservatrice assumono i giudici dinanzi alle emergenti istanze di affiancamento del cognome materno a quello paterno, pure in un clima in cui serpeggia la consapevolezza che le regole di assegnazione automatica del patronimico siano specchio di una concezione patriarcale della famiglia (e di una visione della potestà maritale di ascendenza romanistica) non più in linea con l'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi sancita dalla Costituzione e trasfusa nella riforma del diritto di famiglia. Ciò pur in assenza di un'espressa disposizione di legge che prescriva la regola suddetta, ritenuta desumibile implicitamente dal tessuto codicistico.

Il recente decisivo cambiamento in materia si è innescato all'esito di una lunga e tormentata vicenda giudiziaria avviata dai coniugi Cusan e Fazzo, avanzanti la richiesta, ancora più innovativa, di attribuzione del solo matronimico in quanto ritenuto espressivo di un patrimonio morale riconducibile alla figura personale del nonno materno. Respinta

¹⁰³ Per questa serie di considerazioni critiche v. S. NICCOLAI, *Alcune note intorno all'estensione, alla fonte e alla ratio del divieto di maternità surrogata in Italia*, in *GenIUS*, 2/2017, 49 ss.

in primo grado la richiesta, in nome di un principio ben radicato nella coscienza sociale e nella storia italiana¹⁰⁴, non migliore sorte ottiene la domanda in appello¹⁰⁵, laddove la Corte si fa forte anche del giudizio costituzionale¹⁰⁶ per cui la mancata possibilità di attribuzione del matronimico non violerebbe gli artt. 3 e 29 Cost., ulteriormente irrobustendola con l'argomento secondo cui tale attribuzione si riverbererebbe in un danno per la prole, che finirebbe per essere identificata alla stessa stregua dei figli illegittimi.

Nel prosieguo della vicenda giudiziaria, solo i giudici di ultima istanza si risolvono alla proposizione dell'incidente di legittimità costituzionale¹⁰⁷, che però ancora una volta sfocia in una sentenza di inammissibilità¹⁰⁸: la Corte costituzionale, pur riconoscendo obsoleto il criterio adottato dal nostro sistema giuridico, reputa l'intervento richiesto esulante dai propri poteri, in quanto la modifica della regola fino a quel momento operante avrebbe comportato la scelta tra una serie di alternative possibili, coinvolgendo di necessità la discrezionalità legislativa.

Esauriti tutti i possibili rimedi interni, non resta ai coniugi che intraprendere la strada del ricorso internazionale dinanzi alla Corte edu, conseguendo per la prima volta un esito più proficuo per la loro pretesa. I giudici di Strasburgo riscontrano precisamente nel difetto di tutela lamentato dai ricorrenti una violazione degli artt. 8 e 14 Cedu, emettendo conseguentemente una sentenza di condanna a carico del nostro Paese¹⁰⁹. Essi chiamano in causa specificamente tanto il divieto di discriminazioni – nella specie, tra coniugi – prive di giustificazione oggettiva e ragionevole quanto il doveroso rispetto della vita privata e familiare, considerando quest'ultima comprensiva del diritto ad una vita relazionale e dunque connessa anche alla questione dell'attribuzione del cognome.

Se la vicenda personale dei ricorrenti si conclude così con un esito soddisfacente, non tarda ad arrivare una soluzione di portata generale alla questione: con la sent. n. 286/2016, il giudice delle leggi annulla il combinato disposto degli articoli del codice civile (e di altre norme correlate), dai quali è desumibile la regola censurata, nella parte in cui non consentono ai coniugi di comune accordo di trasmettere ai figli, al momento della nascita, anche il cognome materno¹¹⁰. Difficile non intravedere nella decisione sovrastatuale, che fotografa il grado di maturazione nella portata minima dei diritti fondamentali, comune a livello europeo, la spinta propulsiva del *revirement* costituzionale,

¹⁰⁴ V. Trib. Milano, 6 giu. 2001, *Cusan e Fazzo*.

¹⁰⁵ V. Corte d'App. Milano, 24 mag. 2002, *Cusan e Fazzo*.

¹⁰⁶ Espresso nelle ordd. nn. 176 e 586 del 1988, in cui la Corte costituzionale riconosceva consentanea all'evoluzione della coscienza sociale la sostituzione a quello vigente di un differente criterio di attribuzione del cognome, reputandola tuttavia un'opzione di politica legislativa di competenza del Parlamento.

¹⁰⁷ V. Corte Cass., ord. 17 lug. 2004.

¹⁰⁸ V. Corte cost., sent. n. 61/2006.

¹⁰⁹ Corte edu, 7 gen. 2014, *Cusan e Fazzo c. Italia*.

¹¹⁰ La sentenza estende la dichiarazione di incostituzionalità, in via consequenziale, al caso del figlio naturale nato fuori dal matrimonio e riconosciuto e al figlio adottivo).

con cui si rivede la precedente posizione espressa circa i limiti derivanti dal rispetto della discrezionalità del legislatore¹¹¹.

Lo snodarsi della vicenda mostra come i giudici comuni non abbiano, in questa occasione, ritenuto di poter introdurre un'innovazione profonda, rimediando all'assenza di una regolamentazione legislativa, in relazione ad un aspetto della vita familiare solidamente radicato nella tradizione pur in presenza di sensibili mutamenti nel costume sociale e nell'intendimento del principio costituzionale di uguaglianza nei rapporti endofamiliari.

5. Il diritto di rifiutare le cure e il diritto ad una morte dignitosa

Come si è visto in apertura con riguardo al caso della dignità umana evocata dalle scelte di fine-vita, nel silenzio del legislatore sul testamento biologico, l'alternativa che si pone all'organo giudiziario è la seguente: ravvisare nel silenzio della legge un ostacolo al riconoscimento della richiesta di eutanasia avanzata in giudizio respingendola *tout court* (come fa il tribunale civile di Roma nel caso W.) ovvero estendere il giudizio alla concretizzazione dei principi costituzionali evocati dal caso di specie. Emblematica del secondo *modus decidendi* è la sentenza della Corte di Cassazione che chiude il caso Englaro, dopo i ripetuti respingimenti dell'istanza da parte del tribunale di Lecco e della Corte d'Appello di Milano, per due volte rispettivamente aditi dal padre della donna, in qualità di tutore¹¹². Essa sviluppa l'argomentazione sulla base del triplice combinato disposto degli artt. 2, 13 e 32 Cost., facendone discendere la centralità del principio di autodeterminazione in relazione alle cure e articolando tale assunto in riferimento alla peculiare condizione dell'incapace.

La somministrazione di cure per la persona in grado di intendere e di volere è rimessa all'autodeterminazione del paziente: ne consegue che, se l'individuo può rifiutare le cure (tranne quando il comportamento metta a rischio la salute altrui, come nel caso dei trattamenti sanitari obbligatori), può anche respingere la prospettiva di essere tenuto in vita artificialmente, che integrerebbe una forma di violenza privata. Grande attenzione viene rivolta dai giudici di legittimità ai propri precedenti ed a quelli della Corte costituzionale, per ribadire i contorni del criterio-guida del consenso informato, libero, autentico ed

¹¹¹ Sul punto v. S. SCAGLIARINI, *Dubbie certezze e sicure incertezze in tema di cognome dei figli e C. INGENITO, L'epilogo dell'automatica attribuzione del cognome paterno al figlio (Nota a C. cost. sent. n. 286/2016)*, entrambi in *Osservatorio AIC*, 2/2017; A. FUSCO, «Chi fuor li maggior tui?»: *la nuova risposta del Giudice delle leggi alla questione sull'attribuzione automatica del cognome paterno. Riflessioni a margine di C. cost. sent. n. 286 del 2016*, *ivi*, 3/2017; A. RUGGERI, *Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi, tutela del preminente interesse del minore*, in *Diritti comparati*, 1/2017 e *Id.*, *Eguaglianza, solidarietà e tecniche decisorie nelle più salienti esperienze della giustizia costituzionale*, in *RivistaAIC*, 2/2017.

¹¹² La stessa Corte di Cassazione (Corte Cass., sez. I, sent. 16 ott. 2007, n. 21748, cit.) è al suo terzo pronunciamento, avendo rilevato nel primo caso un vizio di forma della domanda ed essendosi limitata nel secondo al rinvio al giudice di secondo grado.

attuale, come premessa del rifiuto di cure¹¹³. In presenza dei suddetti assunti e precisamente del diritto a rifiutare le cure – anche se necessarie per il mantenimento in vita – quando non vi siano esigenze di tutela della salute collettiva, non occorre invocare alcuna esplicita regolamentazione, per cui semmai la legge mancante sarebbe quella che dettasse la disciplina dell’obiezione di coscienza su cui il medico rifiutatosi di praticare il distacco fondasse la propria eccezione¹¹⁴. I principi, infatti, si irradiano nell’ordinamento, come già il dettato dell’art. 12 Prel. conferma (e, nel contesto dell’ordinamento costituzionale, ben al di là della circoscritta ipotesi delle *lacunae legis*). L’apparente ambiguità del divieto del *non liquet* si dissolve, considerando che al giudice è precluso di denegare (non una qualsivoglia sentenza, bensì) giustizia, esito che consiste proprio nel non dare effettiva tutela “con il pretesto del silenzio, dell’oscurità o dell’insufficienza della legge” a una domanda fondata sui principi generali dell’ordinamento: fare «giustizia secondo diritto» è il compito e il «dramma» del giudice¹¹⁵.

Proseguendo nella motivazione la Cassazione rileva come, nella specifica situazione dell’incapace, la pratica terapeutica rientri in una sfera rispetto alla quale il medico deve ritenersi autolegittimato, sia pure sotto il controllo dell’autorità giudiziaria (essendo coinvolto il principio dell’*habeas corpus* ex art. 13 Cost.). Ravvisata la centralità in materia del principio del consenso informato e dato il carattere personalissimo del diritto alla salute e con esso del diritto di rifiutare le cure, è ritenuto doveroso dal giudice di legittimità addentrarsi nella questione della determinazione dei limiti dell’attività del tutore, che deve agire nell’esclusivo interesse dell’incapace ed anche *insieme* con esso, nel senso che egli deve adottare a unico criterio orientativo la ricostruzione della sua presunta volontà¹¹⁶. In via rafforzativa del ragionamento seguito il vertice della giurisdizione ordinaria annovera anche il codice di deontologia medica e l’esperienza giuridica anglosassone e francese, oltre a richiamare la Carta dei diritti dell’uomo dell’UE ed a riconoscere alla convenzione di Oviedo, pur non ancora ratificata dallo Stato italiano, il ruolo di ausilio interpretativo per gli organi dell’applicazione del diritto.

Esso tiene invece il ragionamento giuridico rigorosamente al riparo dalla definizione di “vita degna”, che evocherebbe complesse assunzioni sul piano filosofico ed etico¹¹⁷, precisando che «(n)on è la vita in sé, che è un dono, a potere essere mai indegna;

¹¹³ «Ma allorché il rifiuto abbia tali connotati non c’è possibilità di disattenderlo in nome di un dovere di curarsi come principio di ordine pubblico. Lo si ricava dallo stesso testo dell’art. 32 della Costituzione, per il quale i trattamenti sanitari sono obbligatori nei soli casi espressamente previsti dalla legge, sempre che il provvedimento che li impone sia volto ad impedire che la salute del singolo possa arrecare danno alla salute degli altri e che l’intervento previsto non danneggi, ma sia anzi utile alla salute di chi vi è sottoposto (Corte cost., sentenze n. 258 del 1994 e n. 118 del 1996)» (punto 6.1. mot.).

¹¹⁴ Così, critico rispetto al precedente rappresentato dal caso *W.*, A. PIZZORUSSO, *Il caso Welby: il divieto di non liquet*, in *Quad. cost.*, fasc. 2, giu. 2007, 356 s.

¹¹⁵ G. SCACCIA, *Valori e diritto giurisprudenziale*, in *Dir. soc.*, 2011, 154. Per una riflessione trasversale sulle implicazioni della tutela della dignità v. R. DWORKIN, *Il dominio della vita: aborto, eutanasia e libertà individuale*, Ed. Comunità, Milano 1994, *passim*.

¹¹⁶ Punto 7.2. mot.

¹¹⁷ Punto 2 mot.

ad essere indegno può essere solo il protrarre artificialmente il vivere, oltre quel che altrimenti avverrebbe, solo grazie all'intervento del medico o comunque di un altro, che non è la persona che si costringe alla vita». È innegabile che nella trama del ragionamento le assunzioni di fatto e di valore (quelle che nella terminologia esseriana determinerebbero la *Vorverständnis*) sul delicato rapporto tra natura e scienza abbiano un peso: si potrebbe infatti dare rilievo alla differenza tra comportamento omissivo – il rifiuto di cure – richiesto al medico, lecito, e comportamento commissivo – distacco del sondino – che non potrebbe non integrare la fattispecie di omicidio del consenziente. La Corte supera l'obiezione in quanto pare ritenere che l'unica distinzione ammissibile nel caso di specie sia «tra un'azione o un'omissione che permette a una causa di produrre i suoi effetti e l'introduzione di un agente esterno che causa la morte»¹¹⁸.

Non va infine sottaciuto che, con la sent. n. 4460/2014, lo stesso Consiglio di Stato – respingendo il ricorso della Regione Lombardia avverso la decisione del T.a.r. che sanciva l'illegittimità del rifiuto delle strutture sanitarie pubbliche ad eseguire il provvedimento giurisdizionale emesso a garanzia del diritto al rifiuto di cure e, conseguentemente, condannava al risarcimento del danno – si allinea ai contenuti della motivazione del vertice della giurisdizione ordinaria. Ad avviso della suprema giurisdizione speciale, l'assenza della legge non esclude una gamma di veri e propri obblighi di *facere* facenti capo all'amministrazione, che discendono direttamente dalla natura e dai caratteri del diritto identificato alla luce dei principi costituzionali direttamente applicabili.

5.1. *La protezione giuridica delle le scelte di fine-vita come esemplare della conversione dell'attività di integrazione giuridica in interpretazione restrittiva delle ipotesi di responsabilità penale*

Dal resoconto delle vicende giudiziarie appena fatto non sarà sfuggito un aspetto notevole della materia. Le carenze di disciplina si atteggiavano come un Giano bifronte, che impone al potere giudiziario, laddove non abbia consentito in prima battuta alla pretesa emergente di realizzarsi conformemente al diritto, l'onere di accertare le responsabilità collegate alla sua spontanea soddisfazione. In altri termini, a fronte di un'inedita pretesa che non trova soddisfazione in sede giudiziaria, si pone il problema della reazione giuridica alla “via di fatto” ugualmente praticata dagli interessati e dell'adeguatezza delle norme – il più delle volte, segnatamente, penali – che eventualmente comminano per tale azione una responsabilità: sicché il confronto con il peso dei principi costituzionali che la nuova istanza di tutela evoca in campo si rivela in definitiva ineludibile. La tensione cui l'ordinamento è sottoposto al fine di fornire una soluzione appagante a istanze non legalmente disciplinate raggiunge in tale momento il suo massimo livello, dato che si

¹¹⁸ G. ZAGREBELSKY, *Il giudice la legge e i diritti di Welby*, cit.

varcano le soglie di un settore – quello del diritto penale – retto da canoni di stretta legalità. Nella valutazione di ogni manifestazione di “creatività giudiziaria” si impone pertanto qui la più rigorosa cautela.

In proposito, un ennesimo banco di prova dell’adeguatezza di fattispecie penali classiche promette di essere offerto da una recente vicenda giudiziaria, ancora alle sue primissime fasi: quella relativa a Fabiano Antoniani (noto alla cronaca come dj Fabo), cieco e tetraplegico in seguito a seguito di incidente stradale, il quale, non risultando la relativa pratica ammessa in Italia, si reca in Svizzera (uno dei soli tre Paesi, con Belgio e Lussemburgo, dove essa è consentito) dove il 27 febbraio 2017 mette in atto il suo proposito suicida¹¹⁹. Diversamente che nei casi W. ed E., nei quali era in discussione il diritto a lasciarsi morire tramite l’interruzione di un trattamento, l’attuale vicenda pone il diritto dinanzi all’estrema frontiera delle scelte di fine-vita, rappresentata dall’eutanasia attiva: il discrimine, com’è noto, risiede nella distinzione naturalistica che separa la condotta di chi lascia che la natura faccia il suo corso – adottando al più terapie palliative e antidolorifiche – da quella di chi attivamente anticipa il momento del decesso, ponendo la questione dell’esistenza di un “diritto ad una morte degna”.

La verifica processuale attualmente incombe sulla liceità della condotta di Marco Cappato, colui che accompagnò in auto F.A. fino alla clinica d’oltralpe e per il quale il G.I.P. di Milano¹²⁰ ha ordinato la formulazione d’imputazione coattiva per avere rafforzato il proposito suicida ed averne agevolato l’esecuzione (art. 580 cod. pen.), nonostante la richiesta di archiviazione avanzata dai PM. Sin dalle primissime battute giudiziarie della vicenda, si dispiega il pluralismo etico che connota la tematica: nella richiesta di archiviazione e nel rinvio a giudizio si fronteggiano infatti due diverse visioni della fattispecie. Per la pubblica accusa, dato che l’indisponibilità del bene della vita non ha nel nostro ordinamento carattere assoluto, acquista rilievo l’autodeterminazione del singolo in circostanze eccezionali come nel caso di malati terminali o con patologie gravissime e irreversibili. Sulla scorta delle coordinate normative costituzionali e convenzionali – rispettivamente, artt. 2, 3, 13, 32, co. 2, Cost. e 3, 8 Cedu – e della giurisprudenza della Corte costituzionale e dei giudici di Strasburgo, il diritto alla vita, pur riconosciuto come bene inviolabile¹²¹, riceverebbe una tutela che, come qualsiasi altro bene di rango superprimario, non può essere intesa come assoluta, incontrando precisamente un limite nel rispetto della dignità e della individualità della persona umana. Per il giudice invece prevale il timore che, in nome di una concezione soggettiva della dignità umana, la tutela della vita, bene giuridico sotteso alle fattispecie di reato rilevanti in giudizio, finirebbe con

¹¹⁹ Per un diverso caso v. C. SILVA, *Suicidio assistito in Svizzera. Riflessioni in ordine alla rilevanza penale della condotta di agevolazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2017, 308 ss. Sui viaggi dell’“estrema” speranza oltralpe, v. A. DI CARLO, *La scelta di non legiferare in materia di eutanasia: il caso della Svizzera*, in AA.VV., *Il diritto alla fine della vita. Principi, decisioni, casi*, a cura di A. D’Aloia, ESI, Napoli 2012, 638 ss.

¹²⁰ G.I.P. Trib. di Milano, ord. 10 lug. 2017, allegato in *Dir. pen. cont.*, 18 lug. 2017.

¹²¹ Nella giurisprudenza della Corte edu, v. la sent. 19 giu. 2012, *Koch c. Germania*, § 51, che parla di “principio di sacralità (*sanctity*) della vita umana”.

il «dipendere dalla volontà di vivere»¹²². Nella prima impostazione predomina il ragionamento per principi per sottrarre il caso di specie alle maglie di una regolamentazione legislativa che appare iniqua negli esiti, nella seconda è proprio l'applicazione della fattispecie legale ad essere reputata più consona a difendere il valore della vita contro percezioni soggettive e mutevoli della dignità.

Né l'una né l'altra impostazione sono immuni da prese di posizione sul campo assiologico, circostanza che non vale di per sé a proiettare l'argomentare del giurista nel campo del puro decisionismo, arbitrario, irrazionale e per ciò stesso incontrollabile¹²³: tutto sta nel vedere quali di queste assunzioni di fondo siano convogliabili nella maniera più pertinente entro l'alveo delle categorie giuridiche penalistiche.

Secondo autorevole dottrina¹²⁴, corrisponde alla conformazione costituzionale del diritto penale l'indirizzo volto a circoscrivere l'ambito di applicazione di fattispecie incriminatrici non nate per le specifiche condotte *sub iudice*. A questo scopo tende l'*iter* argomentativo della pubblica accusa nel caso Cappato, che esclude la rilevanza penale diretta delle azioni prodromiche (come l'accompagnamento in auto) alla condotta propriamente descritta dalla fattispecie, limitando l'"aiuto" – quale partecipazione materiale al suicidio altrui – alla sola azione che si espliciti nella fase esecutiva del reato¹²⁵. Dopo aver ipotizzato anche, con l'affidamento alla struttura svizzera, un'interruzione del nesso di causalità ed esclusa la responsabilità a titolo di concorso, alla luce dei principi di materialità e di offensività, i PM concludono che «sembra più conforme a criteri interpretativi costituzionalmente orientati, anche al fine di evitare la criminalizzazione di condotte che solo marginalmente ledono il bene giuridico protetto dalla norma, che solo la condotta di chi abbia agevolato in senso stretto la fase esecutiva del suicidio, fornendo i mezzi o partecipando all'esecuzione dello stesso, possa essere oggetto di rimprovero penale». In tal modo l'azione diverrebbe persino non perseguibile per la legge italiana, dal momento che l'art. 6 cod. pen. pretende a tal fine che almeno una parte dell'azione criminosa si sia svolta sul territorio italiano, requisito questo che cade se il comportamento

¹²² A questo argomento si affiancano alcune considerazioni discutibili, come quella per cui il consenso a morire sarebbe imputabile a «persone evidentemente deboli» e quella secondo cui per tutelare la dignità si finisce con l'elidere il suo presupposto, ovvero la vita stessa (conclusione questa che implica una concezione della vita identificata con il suo mero sostrato biologico): G.I.P. Trib. di Milano, ord. 10 lug. 2017, cit., 32.

¹²³ Non è possibile in questa sede nemmeno accennare alla complessa tematica: si rimanda pertanto alle dense pagine di G. Silvestri, secondo cui i disillusi sui principi sono i neovolontaristi di turno (G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi*, cit., 34). L'A. osserva come non a caso si debba al padre del decisionismo C. SCHMITT (*La tirannia dei valori*, 1967, ed. it. a cura di G. Accame, Pellicani, Roma 1987, 60 ss.) una delle più violente critiche a Nicolai HARTMANN e alla sua teoria dei valori (*Etica*, 1949, trad. it. a cura di V. Filippone Thaulero, Guida, Napoli 1970, vol. II, *Assiologia dei costumi*).

¹²⁴ L. RISICATO, *La dignità del morire tra principi costituzionali, norme penali obsolete e legislatore renitente: una ricognizione laica dei confini artificiali della vita*, in *paper*.

¹²⁵ Una diversa interpretazione restrittiva era stata in precedenza proposta da Corte d'Assise di Messina, sent. 10 giu. 1997, *Munaò*, in *Giur. mer.*, 1998, fasc. 4-5, 731 ss., ma non aveva ricevuto l'avallo dei giudici di legittimità: v. C. Cass., sez. I, 6 feb. 1998, n. 3147, *Munaò*, in *Riv. pen.*, 1998, 466 ss.

posto in essere è considerato assolutamente irrilevante ai fini della configurazione della fattispecie.

I requirenti sono consapevoli del carattere innovativo della proposta interpretativa avanzata nell'intento di evitare – nell'attesa del reclamato intervento del legislatore – che una norma «non più rispondente ai principi oggi operanti» rischi di far assoggettare a sanzione penale «condotte che non sono percepite dal sentire comune come meritevoli di sanzione», in quanto «frutto di una visione paternalistica e fortemente pubblicistica della vita del singolo, assoggettata al soddisfacimento degli interessi della collettività»¹²⁶. Tanto che essi rivolgono al G.I.P. la richiesta di sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 cod. pen., nell'ipotesi in cui la lettura prospettata non avesse trovato accoglimento, richiesta poi respinta dal G.I.P., per il quale non sarebbe possibile rinvenire alcun fondamento costituzionale di un ipotizzato diritto al suicidio. È questo infatti il punto più debole del ragionamento della procura, che dalla configurabilità di limiti in casi eccezionali al bene indisponibile della vita, sembra desumere un corrispondente diritto al suicidio nelle stesse circoscritte ipotesi.

La neutralizzazione di disposizioni incriminatrici che vengono disattivate in relazione a situazioni peculiari o anomale rispetto alle quali entrano in gioco principi che esulano dal consueto campo d'azione della fattispecie è operazione sempre più frequente nei giudizi penali. Si pensi ai tragici casi di bambini dimenticati in macchina dai genitori mentre si recavano al lavoro, conseguentemente morti per il troppo caldo o il troppo freddo patito, laddove i tribunali penali hanno ritenuto di non comminare alcuna condanna per il reato di omicidio involontario. L'apparato motivazionale fa leva sulla considerazione – scientificamente accreditata – secondo cui la ripetitività delle azioni routinarie minerebbe fino ad annullarla la capacità d'intendere e di volere¹²⁷, mentre l'inflizione della pena, davanti al dolore cui i familiari sono già inevitabilmente condannati per il resto dei loro giorni, perde un qualsivoglia ruolo general- o special-preventivo. Analogamente gli organi giudicanti hanno deciso nel caso del marito di una donna versante in coma profondo e le cui condizioni appaiono disperate, il quale minaccia con la pistola il medico, intimandogli di staccare il respiratore artificiale che tiene in vita la moglie. In questa ipotesi è la figura argomentativa del ragionevole dubbio a sostenere la decisione della Corte d'Assise d'Appello di escludere la condanna, facendo leva sul fatto che, avvenendo la verifica dell'eventuale avvenuto decesso ad intervalli di tempi regolari, non v'era la possibilità di provare che la morte non fosse già avvenuta nel lasso di tempo intercorrente tra l'ultimo

¹²⁶ R.E. OMODEI, *Istigazione e aiuto al suicidio tra utilitarismo e paternalismo: una visione costituzionalmente orientata dell'art. 580 c.p.*, in *Dir. pen. cont.*, 10/2017, risp. 161 e 145; adde M. DONINI, *La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite all'intervento penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2/2016, 555 ss.

¹²⁷ Nel linguaggio tecnico-psichiatrico, esse determinerebbero una sorta di “amnesia dissociativa” in grado di escludere l'imputabilità: v. C. SOTIS, *Rapport italien de Droit penal*, in *Concepts, intérêts et valeurs dans l'interprétation du droit positif*, Journées italiennes, Turin et Côme, 22 au 26 mai 2017, in *paper*.

controllo e il distacco del ventilatore: era possibile supporre – di qui l’insinuarsi del ragionevole dubbio – che la donna non fosse ancora in vita in quell’istante.

Si è mostrato come, in questi ed in altri esempi che si potrebbero addurre, il giudice pervenga a soluzioni equitative, nel settore del diritto più rigorosamente permeato dalla riserva di legge, ricorrendo ad una torsione mirata e calibrata delle categorie generali del diritto penale (di volta in volta dolo intenzionale, colpa, azione, nesso di causalità, ragionevole dubbio)¹²⁸. Ciò è avvenuto, a ben vedere, anche nelle decisioni giudiziarie relative alla trascrivibilità dell’atto di nascita di minore nato da GPA a favore dei genitori intenzionali ed alla sottrazione di questi ultimi alla responsabilità penale per reato di falso in atto pubblico: in questa, come in altre circostanze in cui la fattispecie penale include elementi normativi, è l’adeguata integrazione di questi ultimi che rende più agevole l’attualizzazione della norma incriminatrice.

Il parallelo in chiave analogica¹²⁹ tra il diverso grado di rispondenza al modello sovralegale dell’applicazione dell’effetto prescritto da una norma alla fattispecie tipica rispetto a quello offerto dall’applicazione della stessa prescrizione ad una situazione-limite fa scattare meccanismi di adeguamento interpretativo che impediscano la sussunzione del caso peculiare in quella determinata fattispecie legale. Il congelamento, nella situazione eccezionale, della norma di legge astrattamente applicabile è perseguito dai giudici perché quest’ultima produrrebbe un effetto giuridico inconciliabile con i principi di giustizia incorporati nell’ordinamento ovvero con criteri materiali di *equitas*. Risulterebbero integrati cioè gli estremi di una lacuna assiologica, sia pure non per tutti i casi rientranti nel raggio di estensione della disposizione, ma solo per quelli che cadono nella sua area liminale, la *penumbra hartiana*.

Questa casistica, che potrebbe essere molto ampia, mostra come il confine tra la categoria della lacuna quale assoluta carenza di regolamentazione e la categoria della lacuna assiologica – laddove la disciplina esiste ma è insoddisfacente al cospetto dei principi costituzionali – e come esse, quanto alle tecniche di regolamentazione dei giuristi, trascinino l’una nell’altra. V’è infatti simmetria tra le ultime ipotesi considerate e quelle in cui siano ravvisabili lacune normative *tout court*: lì i giudici spesso non ritengono di potersi rassegnare ad un *non liquet* che non renderebbe giustizia sostanziale nel caso non previsto dalla legge, poiché ometterebbe di considerare i principi dell’ordinamento, qui la presenza della regolamentazione espressa della fattispecie in cui ricade il singolo episodio della vita *sub iudice* non basta a giustificare il sillogismo, cui valutazioni esterne alla disciplina legale impongono di sfuggire.

¹²⁸ V. *ibidem*.

¹²⁹ Merita di essere menzionata la posizione di quanti oggi osservano come qualsiasi attività interpretativa assuma un andamento analogico: è la nota tesi di Kaufmann, su cui v. G. ZACCARIA, *L’analogia come ragionamento giuridico. Sul fondamento ermeneutico del procedimento analogico*, cit., 39 ss.

6. Un limite all'integrazione delle lacune in tema di diritti sociali?

L'esame della giurisprudenza comune rivela che l'attività con cui il giudice colma le lacune non conosce "zone franche" predeterminabili in astratto, per categorie di diritti o tipologie di intervento. Ne è riprova la vicenda giudiziaria che trae origine dal mancato accoglimento della richiesta di concessione edilizia per la "creazione" di un alloggio al piano terreno di un fabbricato urbano, finalizzato ad accogliere una persona affetta da invalidità totale e permanente e costituito, in particolare, da una stanza con servizi igienici e piccola palestra.

Il diniego della concessione edilizia da parte del piccolo comune toscano si fondava sull'impossibilità di rinvenire nella legge in materia (l. n. 104/1992) una specifica disposizione che prendesse in esame l'eventualità di opere edilizie preordinate all'utilizzo da parte di una persona versante in condizione di disabilità totale e permanente da realizzare in un fabbricato di civile abitazione ad uso privato.

Ciò tuttavia non impedisce al tribunale¹³⁰ di annullare il diniego basandosi sulle disposizioni della stessa legge che garantiscono la dignità, autonomia e l'integrazione del portatore di handicap e che impegnano gli enti pubblici alla rimozione degli ostacoli che si frappongono a tali obiettivi, precetti a loro volta attuativi (e quasi ripetitivi) dei principi di cui agli artt. 2 e 3 Cost. Tali norme di principio vengono reputate prevalenti sull'assenza di disposizioni che autorizzino specificamente la realizzazione di opere del genere di quelle richieste. Cosicché, sulla scorta di «finalità umanitarie» espressamente richiamate dall'autorità decidente, è sembrato che si travalicasse il «perimetro» dei significati consentiti dalle regole legislative, dando luogo ad un «aggiramento del vincolo di soggezione alla legge e ad una mortificazione del significato proprio del controllo incidentale di legittimità costituzionale»¹³¹.

Simili provvedimenti giudiziari mostrano come il campo dei diritti di seconda generazione non costituisca di per sé un terreno precluso all'intervento integrativo delle lacune di previsione ad opera del giudice. È vero che i diritti sociali presentano per loro natura problemi di azionabilità, perché il giudice «solo in misura esigua» può predisporre le «strutture di appoggio» richieste dalla natura di tali situazioni giuridiche soggettive, non disponendo delle necessarie coperture finanziaria e amministrativa¹³². Tuttavia, ad avviso di chi scrive, tale difficoltà non è argomento idoneo a far escludere il ruolo giudiziario in funzione integrativa delle lacune. In primo luogo, infatti, così come i classici diritti di libertà presentano profili che comportano pretese a prestazioni positive da parte dello Stato, vale anche l'opposto, per cui i c.d. "diritti che costano" non mancano di includere anche profili che non implicano un *facere*, ma solo provvedimenti concessori o autorizzativi (come la vicenda surrichiamata in relazione al diritto di abitazione del portatore di

¹³⁰ T.a.r. Toscana, sez. III, 9 giu. 2000, 1151.

¹³¹ G. SCACCIA, *Valori e diritto*, cit., 153 s.

¹³² A. CERRI, *Relazione*, in AIC, *Annuario 2002. Diritto costituzionale e diritto giurisprudenziale*, cit., 110.

handicap testimonia)¹³³. In secondo luogo, sembra metodologicamente inappropriato convertire *a priori* la tradizionale debolezza dei diritti “a prestazione” in un’ulteriore limitazione delle possibilità di tutela giuridica cui essi possono accedere. Sta di fatto che, anche nel settore dei diritti sociali, il potere giudiziario ha ricavato in numerosissime occasioni dalle enunciazioni costituzionali situazioni soggettive tutelabili alla stregua di diritti soggettivi¹³⁴ (così nel campo della salute, dei diritti a prestazioni sanitarie, etc.).

7. La prestazione giurisprudenziale tra moltiplicarsi delle fonti e pluralismo etico

La frantumazione delle fonti¹³⁵, il pluralismo sociale ed etico, la crisi della politica, la perdita di prescrittività del linguaggio normativo amplificano la gamma delle oscillazioni giurisprudenziali e riducono sensibilmente la prevedibilità del diritto. La crisi della legge è fenomeno ben noto: un cenno a parte merita il crescente riferimento alla giurisprudenza delle Corti straordinarie.

Come conseguenza della precedenza teorica dei diritti rispetto a qualsiasi atto statale si apre la via all’ammissibilità dei riferimenti alle esperienze normative e giurisprudenziali di altri ordinamenti nelle argomentazioni sui principi (basti pensare alla sentenza con cui la Corte di Cassazione chiude il caso Englaro, che riporta pronunce della Corte edu, della Corte Suprema degli Stati Uniti insieme a quella di singole Corti di Stati federati e si rifà alla Convenzione di Oviedo ratificata dall’Italia con l. n. 145/2001, o all’ordinanza della Corte d’Appello di Milano che solleva questione di legittimità costituzionale sull’azione di disconoscimento della maternità del minore o ancora al provvedimento con cui i PM richiedono l’archiviazione del procedimento a carico di Cappato, per riferirsi solo a provvedimenti qui citati). Tali frequenti richiami¹³⁶ sono un esempio di quel fenomeno di *cross-fertilization* che, adottato con i dovuti accorgimenti imposti da ogni operazione di comparazione giuridica che non voglia tradursi in una

¹³³ V. M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Diritti sociali*, in *Enc. dir.*, XII (1964), 802 e C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, Giappichelli, Torino 2000, 12 ss.

¹³⁴ P. CARETTI, *Il rapporto tra giudice e legislatore nella tutela dei diritti verso un nuovo equilibrio*, in AA.VV., *Il rapporto tra giudice e legislatore nella tutela dei diritti*, cit., 19.

¹³⁵ Sul tema, oggetto di una sterminata letteratura, v. utilmente G. ITCOVICH, *Ordinamento giuridico, pluralismo giuridico, principi fondamentali. L’Europa e il suo diritto in tre concetti*, in *DPCE*, 2009, 34 ss., che propone i principi come terreno unificante per risolvere le antinomie tra ordinamenti giuridici e F. OST - M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, *Publications des Facultés universitaires Saint-Louis*, Bruxelles, 2002, i quali avanzano come chiave di lettura delle trasformazioni contemporanee del diritto il passaggio da un modello, verticale, individuato nella *pyramide*, ad un modello, orizzontale, reso dalla *rete*.

¹³⁶ Che hanno attirato gli strali di pur accreditata dottrina: v. per tutti F. GAZZONI, *Sancho Panza in Cassazione*, cit., 111 s.

trasposizione infruttuosa di esperienze comunicabili, diviene tecnica familiare nel linguaggio giuridico relativo alla tutela dei diritti inviolabili¹³⁷.

Spesso le Corti esterne forniscono anche un impulso più diretto alla protezione di nuovi diritti, specie quelle, come la Corte edu, che operano in un sistema internazionale regionale mirante a garantire una piattaforma di salvaguardia minima comune dei diritti. L'interazione reciproca tra i giudici extranazionali e i giudici domestici hanno assunto forme e dinamiche tali da indurre a pensare, secondo l'osservazione di A. Ruggeri, ad un farsi progressivo della giurisdizione per gradi discendenti di generalità¹³⁸. Le esperienze della salvaguardia e dell'evoluzione dei diritti nei vari ordinamenti tendono ad acquistare di conseguenza reciproco rilievo e a risultare interconnesse, come vasi comunicanti, senza che per questo ne risultino annientate le specificità della tutela legate alle precondizioni culturali ad essa sottese nei singoli Paesi. Che tale comunicazione sia dialettica e non tendente alla piatta omologazione risulta tra l'altro dalla posizione assunta dalla Corte edu, quando essa – graduando tecniche complementari come quella del *consensus* e del margine di apprezzamento – guarda alla generalizzazione di un certo livello di tutela tra gli Stati per estenderlo anche all'ordinamento che ne è privo, nel rispetto tuttavia pur sempre delle specificità che quest'ultimo vanta¹³⁹.

La pluralità e l'eterogeneità delle fonti che compongono il materiale normativo e giurisprudenziale a cui ricorre il giurista autorizzano a pensare che la stessa sostenibilità teorica della categoria delle lacune ne esca indebolita¹⁴⁰: un segno di ciò sembra rinvenirsi nel carattere aperto e “poroso” rispetto alle forme di evoluzione della salvaguardia dei

¹³⁷ Su queste reciproche contaminazioni, soprattutto tra il singolo ordinamento nazionale e quello sovranazionale o internazionale, specie regionale, v. A. RUGGERI, *Sovranità dello Stato e sovranità sovranazionale, attraverso i diritti umani, e le prospettive di un diritto europeo “intercostituzionale”*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2/2001, 544 ss.; A. GUSMAI, *Il valore normativo dell'attività interpretativo-applicativa del giudice nello Stato (inter)costituzionale di diritto*, in *RivistaAIC*, 3/2014, spec. al § 4 e L. D'ANDREA, *Brevi riflessioni su governance globale e costituzionalismo interlivello*, in *Consulta OnLine*, 6 ott. 2014.

¹³⁸ A. RUGGERI, *Dal legislatore al giudice, sovranazionale e nazionale: la scrittura delle norme in progress, al servizio dei diritti fondamentali*, in *Forumcostituzionale*, 29 nov. 2014, spec. 16 ss.

¹³⁹ Il c.d. *consensus* tra gli Stati europei è inteso nella giurisprudenza dell'istanza internazionale come una «*communis opinio* derivante dall'analisi comparativa», alla stregua di «un fattore la cui funzione è essenzialmente quella di circoscrivere l'estensione del margine di apprezzamento riservato agli Stati». Tale valenza tuttavia assume solo carattere orientativo e relativo, se si considera che, dinanzi alla posizione isolata di un certo ordinamento nazionale su un istituto o certi profili di disciplina, il *consensus* constatato in senso divergente negli altri Stati non riduce in maniera decisiva l'ampio margine di apprezzamento del primo, soprattutto quando si tratti di campi (nella specie, la concezione del matrimonio e della famiglia) strettamente legati alle tradizioni storiche e culturali di ogni società: G. RAIMONDI, *La controversa nozione di Consensus e le recenti tendenze della giurisprudenza della Corte di Strasburgo in relazione agli artt. 8-11 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in www.europeanrights.eu, spec. 10 (le parole cit. si leggono a p. 3).

¹⁴⁰ «Nel momento stesso in cui il sistema delle fonti si disarticola e a determinare la disciplina di un rapporto concreto concorrono una pluralità di indici normativi (e non solo) di derivazione diversa, non ha evidentemente più senso parlare di lacune di un ordinamento, posto che questo concetto suppone una unitaria fonte di posizione degli enunciati e l'individuazione di un perimetro complessivo rispetto al quale possa parlarsi di un qualunque difetto di previsione o di disciplina»: N. LIPARI, *Morte e trasfigurazione dell'analogia*, in *ID.*, *Il diritto civile*, cit., 73.

diritti sviluppati in altri ordinamenti, acquisito dal concetto di ordine pubblico nella significativa sent. n. 19599/2016 della Cassazione sopra citata.

Accanto all'influenza della dialettica interordinamentale, si osserva pure solitamente che nelle situazioni legalmente non regolate l'elevato tasso di incertezza del diritto non si deve alla particolare tipologia del modulo decisionale impiegato, quello giurisdizionale, in via suppletiva rispetto a quello legislativo, ma alla natura fortemente controversa sul piano etico e sociale di alcune questioni. Se oggi la concretizzazione diretta degli indici normativo-costituzionali in giudizio nell'assenza della legge solleva crescente allarme, ciò si deve essenzialmente al «deperimento di un quadro di principi di senso e valore generalmente condiviso»¹⁴¹. In questo contesto, caratterizzato da distinte *Weltanschauungen* spesso tra loro confliggenti e dall'assenza di riferimenti assiologici unitari e stabilizzati, la decisione giudiziaria non rispecchierà che alcuni dei molteplici indici di valore reperibili, ponendo il giudice stesso al centro di contrastanti orientamenti, che si attenueranno solo quando si sarà affermata nel sentire sociale una posizione prevalente o dominante. Nel frattempo tuttavia il giudice contribuisce «attraverso la motivazione dei provvedimenti che adotta, alla formazione di correnti interpretative plurali in seno alla società, e ciò in particolare quando si tratti di far emergere la “geografia” degli interessi in conflitto in ambiti nei quali manchi un *ethos* condiviso» e ad alimentare in definitiva il «discorso pubblico» su pratiche controverse sul piano etico¹⁴². Il suo compito non si risolve in un «dialogo solitario della coscienza» individuale del giudice con la Costituzione – aprendo la via al puro soggettivismo – né coincide con l'appiattimento sulla percezione del caso della vita e della sua singolarità – alimentando la dissoluzione casistica dell'ordinamento¹⁴³. Il delicato ruolo dell'autorità giudiziaria consiste invece nella ricerca della soluzione orientata ai principi costituzionali, in cui si traspongono convincimenti etici diffusi in seno alla società in quel momento storico, nonché suscettibile di essere generalizzata nella definizione giudiziaria di controversie analoghe: non deve dimenticarsi che l'interpretazione è un «fatto essenzialmente comunitario» e che «la forza autoritativa del precetto discende dal significato che ad esso attribuisce la comunità interpretante»¹⁴⁴. Pur nella consapevolezza dei limiti del giudice, che agisce sempre e solo *inter partes* e che dispone di una discrezionalità che «non è mai assoluta», ma «limitata» da vincoli sia sostanziali che procedurali¹⁴⁵, è innegabile l'utilità che, ai fini della generalizzazione e della prevedibilità dei singoli provvedimenti giudiziari, può assumere il potenziamento dei

¹⁴¹ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Einaudi, Torino 1992, 201.

¹⁴² G. BRUNELLI, *Un giudice a quo consapevole della propria funzione (a proposito dell'ord. n. 273/2016 della Corte d'appello di Milano)*, in *GenIUS*, 2/2017, 44.

¹⁴³ Così A. PROTO PISANI, *op. cit.*,

¹⁴⁴ N. LIPARI, *La giurisprudenza fonte del diritto*, in *Il diritto civile*, cit., 21.

¹⁴⁵ V. A. BARAK, *La discrezionalità giudiziaria* (1989), trad. it. di I. Mattei della versione inglese dell'originale ebraico di Y. Kaufmann, Giuffrè, Milano 1995, 27 ss.

controlli, sotto l'aspetto tanto della congruità quanto della giustezza, della loro motivazione, aspetto sul quale si registra un coro di consensi in letteratura¹⁴⁶.

Che solo in questo apporto stia la prestazione che la giurisdizione può assicurare in termini di certezza del diritto non è tuttavia soluzione soddisfacente. Quella della sicurezza dei rapporti giuridici è infatti una questione di grande rilievo¹⁴⁷, anche a voler rifiutare un concetto di certezza improntato alla razionalità weberiana, come “calcolabilità” del diritto in funzione della stabilità dei traffici economici, e a volerlo “contaminare” con la logica di sviluppo della tutela dei diritti. A tollerare a lungo un tasso di imprevedibilità e di instabilità dei rapporti giuridici, non soltanto soffre il principio di uguaglianza ma, in una visione di lungo periodo, risulta minato anche il principio di legalità.

8. *Certezza e diritto giurisprudenziale: un modello teorico di orientamento per una proposta operativa*

Sulla scorta delle osservazioni di A. Pioggia, in tutte le vicende giurisprudenziali esaminate si può intravedere un riflesso di quanto Martha Nussbaum e Amartya Sen affermano criticando John Rawls e la sua teoria della giustizia: nella società composta da cittadini normali che cooperano alla vita collettiva, la legge, che ne traduce i bisogni in diritti, tralascerà la considerazione delle situazioni minoritarie e anomale¹⁴⁸. Gli stranieri che vogliono integrarsi, gli omosessuali che ambiscono a sposarsi, i *transgender* che chiedono di vedere tutelata l'identità sessuale in cui si riconoscono, i malati che non accolgono l'idea comune di benessere fisico, così come i figli generati da madre diversa da colei che li ha voluti, sono soggetti che non rispecchiano il prototipo di individuo portatore di bisogni secondo la visione collettiva.

Si apre un divario tra «giustizia come *protezione*» sistematica di beni primari attraverso la quale la società che li ha prodotti in definitiva mira a proteggere se stessa, e la giustizia come «motore di trasformazione» di tale società ed il suo assetto predominante¹⁴⁹. Il giudice *può fare spazio agli esclusi, attenuando le preclusioni*, come ha fatto in riferimento ai *transgender* portatori di esigenze peculiari non riconosciute dalla legge sulla rettifica anagrafica, estendendo agli stranieri diritti tradizionalmente

¹⁴⁶ V., tra i tanti, S. SENESE, *Democrazia, sovranità popolare*, cit., 446 ss. M. BALLISTRERI, *Giudici e legislatori. Intervento al dibattito*, in *Dir. pubbl.*, 2016, 514; P. CIARLO, *ivi*, 539; A. TRAVI, *ivi*, 504; G. CANZIO, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in *Dir. pubbl.*, 1/2017, 25.

¹⁴⁷ Come testimonia anche la recente tesi – avanzata sulla scorta della distinzione tra sistemi di *common law*, incentrati sul vincolo al precedente e sistemi di *civil law*, improntati al diritto promanante dal legislatore – secondo cui «laddove il diritto non viene dal sovrano» (come accade nei primi stabilmente e nei secondi in presenza di lacune legislative) deve presumersi operante la regola dello *stare decisis*», abbinandosi l'istituto del precedente vincolante all'uso delle tecniche raffinate del *distinguishing* e del *limiting*: E. SCODITTI, *Dire il diritto che non viene dal sovrano*, in *Quest. Giust.*, 4/2016 (num. monogr. sul tema *Il giudice e la legge*).

¹⁴⁸ V. A. PIOGGIA, *Giudici e legislatori. Intervento al dibattito*, cit., 541 ss.

¹⁴⁹ *Ibidem*, 542 s.

appartenenti ai cittadini e omologando, laddove possibile, diritti e doveri dei componenti delle coppie omosessuali a quelli dei coniugi.

La magistratura procede invece talvolta *con maggiore cautela* quando si tratterebbe di “creare” diritti *ex nihilo*. La “concretizzazione” dei principi, che ha indubbia legittimazione, non produce, come per reazione chimica, un precipitato definito, ma consente molteplici punti di equilibrio estremamente variabili come frutto della loro composizione¹⁵⁰ (come insegna tutta la giurisprudenza costituzionale sui giudizi di ragionevolezza che, per concretizzare il principio sostanziale invocato, ha sempre bisogno di un *tertium comparationis*). Il punto di equilibrio di volta in volta prescelto e tradotto in forme positive di garanzie, come frutto del bilanciamento e del temperamento tra le istanze confliggenti, non potrà dunque che essere il risultato della scelta discrezionale di natura politica. Può trarsi conferma di ciò dal rilievo per cui la giurisdizione non introduce da sé la possibilità di aggiungere il cognome materno andando contro una tradizione implicita in norme del codice civile, non apre le porte al matrimonio omosessuale in presenza di letture contrapposte del dettato costituzionale, non tutela in prima battuta i diritti del malato che chiede di accedere a forme di eutanasia passiva e quando lo fa, come nel caso E., vi arriva dopo due gradi di giudizio in prima istanza, due in appello e tre ricorsi in Cassazione. L’applicazione diretta dei principi in questa ipotesi è paradigmatica del rilievo che essi assumono per assicurare protezione giuridica a pretese che risultano sprovviste di un’espressa base legale. Essi il più delle volte non assumono la veste di indici assiologici da cui, per via di progressive deduzioni, si ricavano le risposte adeguate ai casi di specie: la “concretizzazione” giudiziale dei principi consiste in qualcosa di ben diverso. Questi fungono precisamente da criteri che indicano *la qualificazione giuridica ovvero il significato normativo da attribuire al silenzio della legge*¹⁵¹: i principi di inviolabilità della persona umana, *ex artt. 13 e 32 Cost.*, esigendo che eventuali provvedimenti limitativi debbano essere previsti *ex lege*, fanno sì che il silenzio del legislatore *equivalg*a a mancanza di ogni legittimo ostacolo alla loro massima espansibilità¹⁵². Parallelamente, anche l’invocazione giudiziaria della normativa concernente l’assistenza, l’integrazione sociale e i diritti delle persone disabili (l. n. 104/1992), il cui contenuto ricalca fedelmente e quasi letteralmente i principi solennemente enunciati negli artt. 2 e 3 Cost., vale ad assegnare al difetto di apposita previsione legale un rilievo non ostativo al rilascio della concessione attinente allo speciale intervento edilizio richiesto dal portatore di handicap. Lo stesso dicasi, infine, per le direttive generali contenute nel T.U. concernente la posizione giuridica dello straniero.

¹⁵⁰ Sul reciproco temperamento come forma di applicazione tipica dei principi, v. R. ALEXI, *Concetto e validità del diritto* (1992), trad. it., Einaudi, Torino 1997, 73.

¹⁵¹ Di non univocità dei silenzi del legislatore e dei criteri per ovviarvi discute anche A. BELFIORE, *L’interpretazione della legge. L’analogia*, in *Studium iuris*, 4/2008, 427 s.

¹⁵² Doverosi i richiami a P. BARILE, *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna 1984, 41 s. e a K. POLANY, *La libertà in una società complessa* (1957), ed. it. a cura di A. Salsano, Bollati Boringhieri, Torino 1987, 184.

Un tenore accentuatamente innovativo ha, peraltro, assunto la giurisprudenza dinanzi ad interessi di soggetti che, coinvolti – in virtù dell’incalzante progresso in campo bioetico e/o tecnologico – in vicende non prefigurabili agli occhi del diritto fino a qualche anno addietro, rimarrebbero vittime di inammissibili vuoti di tutela: simili istanze sembrano costituire il retroterra di coltura di pronunce come quella della Cassazione, più volte citata¹⁵³, in tema di ricostruzione del concetto dell’ordine pubblico, laddove un ruolo preminente è giocato dall’interesse alla continuità di uno *status filiationis*, acquisito all’estero o comunque non corrispondente ai criteri consolidati di validità per il nostro ordinamento, a favore del soggetto “debole” che si identifica con il nuovo nato.

Più delicato si fa il discorso in relazione alla *seconda fase in cui il vuoto di regolamentazione incide sul compito del giudice*, quella cioè in cui, non soddisfatta direttamente in giudizio la pretesa emergente in seno alla società, la sua realizzazione “di fatto” da parte dagli interessati attiva la reazione dell’ordinamento, per il quale il comportamento posto in essere rileva come illecito. Qui, come si è detto, il problema delle lacune si converte nell’*adeguamento delle norme che comminano responsabilità per tali condotte spontaneamente satisfattive o incidono sulla validità di atti formati sulla loro base*. In materia civile, si è visto, per esempio, che sull’impugnazione del riconoscimento di maternità per difetto di veridicità pende attualmente la questione di legittimità costituzionale, per consentire ad una norma ispirata al bene fondamentale della verità della nascita di fare spazio all’interesse del minore in particolari circostanze quali quelle derivanti dal ricorso alla GPA comunque avvenuto.

Nell’ambito penale (quando non si può agire su elementi normativi della fattispecie che ne consentano l’attualizzazione, come nel reato di falsa attestazione di stato per il nato da GPA), il magistrato non può sottrarsi a un serio dilemma, sospeso tra l’applicazione della fattispecie incriminatrice in cui il comportamento ricade ed una risposta che esuli dai confini segnati dal mero brocardo *dura lex sed lex* e che gli imponga di farsi carico della mancata percezione di disvalore penale riguardo a condotte marginali rispetto a quelle per cui la fattispecie era stata dettata. Così, il giudice che non punisce per omicidio del consenziente il medico che stacca la spina risponde ad un dovere simmetrico al diritto a rifiutare le cure ed alla latitudine della sua portata attuale, mentre il giudice che non persegue il falso dell’atto di nascita da GPA estera attualizza, a sua volta, la fattispecie.

Ancor più complessa la questione quando *esiste una previsione normativa ampia, in rispondenza ad una visione non più attuale del bene protetto*, come nell’ipotesi di incriminazione delle forme di partecipazione al suicidio, laddove l’adeguamento dovrà avvenire tramite un tentativo di interpretazione restrittiva della formula penale che soppianti la precedente interpretazione estensiva. In una simile circostanza l’ordinamento giuridico sembra in grado di supportare risposte giudiziarie tra loro antitetiche ed entrambi paradossalmente *optimo iure*: sia l’eventuale condanna che, facendo propria la lettura del G.I.P. inclusiva del comportamento di partecipazione prodromico, si attestasse sul diritto

¹⁵³ V. *retro*, par. 3.

vivente, sia l'assoluzione che (a parte la forzatura nell'ipotizzare un diritto al suicidio) accreditasse l'interpretazione restrittiva dei requirenti. In una condizione in cui le condotte dei cittadini sono passibili di suscitare reazioni giuridiche opposte, *a fortiori* quando esse implicano l'inflizione di una sanzione consistente nella limitazione della libertà personale, si registra un grave *vulnus* per la certezza del diritto ed un serio danno per l'eguaglianza di trattamento, i quali si ripercuotono sul principio stesso di legalità.

Si rende necessario perciò teorizzare un criterio-guida che orienti l'azione verso l'uniformità della giurisprudenza, criterio che non può che essere rinvenuto guardando ai *criteri costituzionali di chiusura che reggono il sistema penale* e che impongono, sulla scorta dello stesso caposaldo della necessità della pena, di optare per l'impostazione che esclude la responsabilità. Si propone cioè di traslare l'asse portante del diritto penale, costituito dal principio di necessità della pena, dal campo della legislazione a quello del diritto giurisprudenziale¹⁵⁴, al fine di governare quelle condizioni di massima incertezza e in definitiva di caos che si dischiudono tutte le volte in cui l'ordinamento contempra due esiti giudiziari di segno opposto sul piano dell'accertamento stesso della responsabilità. È esclusa in ciò una sovrapposizione nelle scelte discrezionali di penalizzazione di competenza parlamentare, dal momento che la soluzione preferita vale ad espungere comportamenti che non rientrano nell'originaria previsione penale, in quanto (esemplificando ancora con riferimento al caso Cappato) riguardanti la situazione di chi, per gli straordinari progressi della medicina, vede prolungarsi pur in condizioni di estrema sofferenza il suo orizzonte di sopravvivenza. Dinanzi ad essi la fattispecie incriminatrice si rivela irrimediabilmente datata: fortemente mutate sono infatti le condizioni di contesto, sia sul piano sociale dove è grandemente scemata la stigmatizzazione del comportamento nel senso del disvalore morale, sia su quello giuridico, data l'ampia articolazione ricevuta progressivamente dall'evoluzione dei principi di autodeterminazione e di dignità della persona, anche per l'influsso della giurisprudenza europea¹⁵⁵.

In tal modo il diritto giurisprudenziale *innovativo* (per la novità stessa della situazione) assolve il compito di accrescere la *determinatezza* della disposizione legale, attraverso una funzione selettiva, che consiste nel discernere tra i comportamenti riconducibili allo spettro della disposizione e quelli ricadenti al di fuori del perimetro di quella, compito che di recente è stato ribadito come quello che è a tale diritto più

¹⁵⁴ Nell'impossibilità di dar conto della sterminata lettura si segnalano almeno L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano 1967; V. CRISAFULLI, *Fonti del diritto (Diritto Costituzionale)*, in *Enc. dir.*, XVII (1968), 925 ss.; G. GORLA, *Giurisprudenza*, in *Enc. dir.*, XIX (1970), 489 ss.; A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, in *Commentario Scialoja Branca*, Bologna-Roma 1977; M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, cit.; L. MENGONI, *Diritto vivente*, in *Dig. disc. priv.*, VI (1990), 445 ss.; A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e "diritto vivente". Genesi, uso, implicazioni*, Giuffrè, Milano 1994; G. ZACCARIA, *La giurisprudenza come fonte di diritto. Un'evoluzione storica e teorica*, ES, Napoli 2007; AA.VV., *Quad. fior.*, 40, *Giudici e giuristi. Il problema del diritto giurisprudenziale*, cit. e L. FERRAJOLI, *Contro il creazionismo giurisprudenziale. Una proposta di revisione dell'approccio ermeneutico alla legalità penale*, in *Ars interpretandi*, V/2016, 23 ss.

¹⁵⁵ Vedine i più significativi contorni ricostruiti da L. RISICATO, *op. ult. cit.*, spec. 12 ss.

confacente¹⁵⁶. Attenendosi a tale criterio, il giudice non rinnega anzi fa uso di quel fattore di specializzazione in cui consiste la sua posizione di separatezza dalla legislazione, senza tuttavia abdicare alla «funzione sociale»¹⁵⁷ svolta in qualità di custode e veicolo dei principi costituzionali, ciò che gli attribuisce un ruolo «ordinante»¹⁵⁸ del diritto nella direzione della realizzazione del quadro politico-costituzionale. È infine appena il caso di ribadire quanto possa concorrere all'effettività di tale ruolo la capacità della scienza giuridica¹⁵⁹ di alimentare quella cultura, elaborando soluzioni conformi ai principi costituzionali in relazione alla molteplice varietà del reale: non dovrebbe infatti essere ignorata l'ammonizione secondo cui, se il clima culturale dovesse continuare a seguire la corrente del nichilismo nicciano, non resterebbe che il decisionismo¹⁶⁰.

¹⁵⁶ V. T.E. EPIDENDIO, *Prescrizione, legalità e diritto giurisprudenziale: la "crisi" del diritto penale tra le Corti*, in *DPC*, 28 set. 2017 e C. SOTIS, "Tra Antigone e Creonte io sto con Porzia", in *DPC*, 3 apr. 2017.

¹⁵⁷ J. LUTHER, *Il mandato sociale del giudice*, in AA.VV., *La ricerca dell'ordine perduto. Scritti scelti di M. Dogliani*, Il Mulino, Bologna 2015, 397.

¹⁵⁸ M. DOGLIANI, *Garanzie d'indipendenza*, cit., 429.

¹⁵⁹ Parla in questo senso, con tono critico, di un «lascito da restaurare» davanti ad un'«inferma» se non «serva» scienza G. ZAGREBELSKY, *Relazione*, in *Annuario AIC 2002. Diritto costituzionale e diritto giurisprudenziale*, Cedam, Padova 2004, 97. Rimarca la «separazione» tra cultura della dottrina e cultura dei giudici A. TRAVI, *op. cit.*, 497 ss., cui adde N. LIPARI, *Dottrina e giurisprudenza quali fonti integrate del diritto*, in *Il diritto civile*, cit., 39 ss.

¹⁶⁰ P. RESCIGNO, *Giudici e legislatori. Intervento al dibattito*, cit., 494.