

## ATTUALITÀ

### *Il diritto in equilibrio: il mestiere dei giudici e le 'scelte tragiche' di ogni giorno*

Stefano Rossi

SOMMARIO: 1. Il declino della certezza, l'esigenza di equilibrio. – 2. Il ruolo della giurisdizione: il mito del giudice legislatore. – 3. L'amministrazione di sostegno come strumento di un diritto mite. – 4. La linea d'ombra: il giudice tra scelte tragiche e vita quotidiana. – 5. Conclusioni minime.

1. *Il declino della certezza, l'esigenza di equilibrio.* – Ancor oggi, scorrendo un qualsiasi manuale di diritto (sia esso inerente al diritto costituzionale, amministrativo, penale o europeo) o un massimario di giurisprudenza, si potrà scorgere il costante riferimento alla rilevanza e necessità di garantire la certezza del diritto, intesa prevalentemente come prevedibilità delle conseguenze giuridiche dei comportamenti degli individui, ovvero, nell'accezione del giuspositivismo di orientamento normativista, concepita come possibilità di conoscere *ex ante* i limiti dell'esercizio legale del potere coercitivo dello Stato<sup>1</sup>.

In verità, il riferimento alla «certezza del diritto» rappresenta una metonimia giuridica, che si riferisce al contenitore anziché al suo contenuto, il quale, da ultimo, appare composito e difficilmente componibile ad unità, se non in maniera forzata<sup>2</sup>.

Difatti al concetto di «certezza del diritto» sono riferibili aspetti della vita giuridica tra loro solo parzialmente connessi, dotati, altresì, di una propria fisionomia e autonomia concettuale: dalla stabilità della regolamentazione giuridica nel tempo, all'efficacia dell'ordinamento, passando per l'accessibilità alla conoscenza da parte degli interessati delle prescrizioni, l'univocità delle qualificazioni giuridiche, la possibilità di prevedere l'esito delle decisioni degli organi giurisdizionali, l'inviolabilità dei diritti quesiti e, infine, la presenza nel sistema giuridico di alcuni istituti specifici, quali, ad esempio, l'irretroattività della legge, il principio di legalità e la separazione dei poteri<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Per un recente saggio G. GOMETZ, *Indici di certezza del diritto*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, 2012, 12, 309 ss.

<sup>2</sup> G. PALOMBELLA, *Dopo la certezza. Il diritto in equilibrio tra giustizia e democrazia*, Bari 2006, 9.

<sup>3</sup> Sul significato del concetto si potrà far riferimento a: M.S. GIANNINI, *Certezza pubblica*, in *Enc. dir.*, VI, Milano 1960, 769 ss.; F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, Milano 1968, 15 ss.;

Sicchè, proprio in ragione della pluralità dell'enunciato linguistico significante il concetto, si può (o meglio poteva) sostenere che la *certezza è diritto*, così come, circolarmente, il *diritto è certezza*, nella misura in cui il diritto, nella sua accezione normativa, inteso cioè come *regola* (o insieme di *regole*), si propone il fine specifico di dare certezza alle relazioni sociali<sup>4</sup>.

Tuttavia, a partire dalla seconda metà del secolo scorso, i rapidi mutamenti politici e sociali, il processo di globalizzazione dell'economia, accompagnato dalla crisi della sovranità statale, ed infine, il progresso scientifico e tecnologico, hanno ampliato la zona di confine tra il certo e l'incerto, espandendo la penombra<sup>5</sup> che avvolge il linguaggio, i principi e le regole (anche, ma non solo) del diritto, in cui pertanto l'incertezza domina evidente ed esplicita.

Così «nelle società contemporanee, il diritto appare smarrire progressivamente i caratteri e le prerogative che aveva acquisito stabilmente nei due secoli trascorsi, l'Ottocento e il Novecento. Le principali pretese e le prestazioni tradizionali che ad esso erano ricondotte appaiono sfocate ed indebolite. Solo in senso debole e forse marginale, il diritto pretende di esprimere oggi la voce dello Stato, quale detentore unico ed autocratico del potere e dispensatore della giustizia (...). Lo sviluppo della complessità sociale costringe il diritto "legale" e statuito, in margini sempre più invasi da logiche di equità, al richiamo a fonti "esterne" o "moralì", permeate dall'elasticità della *soft law*, dalla funzione riequilibratrice dei principi giuridici»<sup>6</sup>.

Il problema, peraltro, non è esclusivamente riducibile all'alternativa tra un diritto *certo* e uno *incerto*, bensì piuttosto nella definizione di uno *standard* di certezza di cui il diritto ha bisogno per costituirsi e trasmettersi. Ma anche considerando la questione in tale prospettiva, ne risulta evidente la parzialità, dato che ridurre la certezza entro schemi puramente quantitativi, ne elide l'essenziale profilo qualitativo, specie quando ad essa è sottesa la garanzia di pretese e bisogni che sono, al tempo stesso, valori (prestandosi ad essere giuridicamente qualificati in prospettiva assiologicamente orientata). Quantità e qualità infatti, da un lato, non rappresentano 'misure' comparabili, specie in termini intrinseci, dall'altro, esse non hanno carattere uniforme, rimanendo dunque sempre identiche a sé stesse, ma piuttosto variano in ragione dei casi della vita, delle esigenze

L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano 1975, 575-601; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari 1989, 94 ss.; A. RUGGERI, *La certezza del diritto al crocevia tra dinamiche della normazione ed esperienze di giustizia costituzionale*, in *www.costituzionalismo.it*, 2005, 2, 1 ss. nota come sia «stato più volte, non a torto, fatto notare che non v'è, forse, concetto più (...) oscuro di quello della certezza del diritto. In realtà, più che oscuro il nostro "bene" – ché di questo, a conti fatti, si tratta – è impalpabile: un pò come l'aria, che non la vediamo ma di cui abbiamo un disperato bisogno per sopravvivere».

<sup>4</sup> N. BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1951, 150 ss.

<sup>5</sup> H. HART, *Il concetto di diritto*, Torino 1965, 146.

<sup>6</sup> G. PALOMBELLA, *Dopo la certezza. Il diritto in equilibrio tra giustizia e democrazia*, cit., 6.

complessive da essi espresse, dei campi di esperienza giuridica in cui se ne ha riscontro, dei fini o ancora degli effetti di volta in volta in rilievo<sup>7</sup>.

La certezza non può essere dunque riguardata, seppure sia più rassicurante, nella sola dimensione statica (o sincronica), che ha riguardo al modo strutturale di essere delle norme, bensì, per vagliarne la “sostenibilità”, è indispensabile anche (e soprattutto) osservarne la dinamica, in prospettiva diacronica, al fine di adeguare gli strumenti dell’ordinamento (limitandone i margini di incertezza) alle aspettative della comunità sociale.

In questa prospettiva, la qualità della normazione, per essere tale, si confronta con l’effettività del diritto (che abbiamo visto essere uno dei riflessi della certezza) e, al contempo, deve essere intrisa di fattualità, in quanto la mancata rispondenza del tessuto normativo alla concretezza del “diritto vivente”<sup>8</sup> ne compromette irrimediabilmente la certezza, determinandone la crisi.

Ciò si traduce in «crisi della legge [ovvero] di quella invenzione paralizzante per lo spontaneo sviluppo del diritto che è il moderno sistema rigidamente gerarchico delle fonti. La fonte *legge* si dimostra, ogni giorno di più, incapace di disciplinare il movimento/mutamento, come è dimostrato dall’estremo rarefarsi della odierna produzione legislativa in Italia e dall’allarmante non coincidenza tra la dimensione della validità e quella dell’effettività»<sup>9</sup>.

Sul piano contenutistico, poi, tale fenomeno è stato favorito dalla complessiva irragionevolezza e improvvisazione del processo di produzione normativa che determina diffuse e ormai pressoché sistematiche o endemiche incertezze<sup>10</sup>. La disorganicità è correlata ad un uso disinvolto della prosa che evidenzia con-

<sup>7</sup> «La fissità, che è un aspetto della certezza, non è dunque più un elemento portante degli attuali sistemi giuridici e al deficit di certezza che ne deriva non si potrebbe porre rimedio con una più adeguata teoria dell’interpretazione. Semmai (...) si deve pensare di organizzare questa tendenza alla trasformazione, intrinseca nell’ordinamento, in modo da non renderla distruttiva di altri valori, come l’uguaglianza giuridica, la prevedibilità, l’imparzialità e il carattere non arbitrario dell’azione amministrativa e giudiziaria» (G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino 1992, 202).

<sup>8</sup> E. RESTA, *Diritto vivente*, Roma-Bari 2008.

<sup>9</sup> P. GROSSI, *Crisi del diritto, oggi?*, in *Dir. soc.*, 2011, 1, 44.

<sup>10</sup> «Accanto ai fenomeni di cattiva o erronea formulazione del testo della legge, a rendere l’operazione di individuazione-ricostruzione delle regole ancor più complessa e a volte impossibile, ci sono le difficoltà che si incontrano nell’identificare i collegamenti fra le diverse parti del sistema normativo. La tecnica, ormai radicata nella pratica legislativa, di abrogare tutte le disposizioni “incompatibili” con l’ultimo atto normativo prodotto rende spesso opinabile addirittura l’esistenza di un gran numero di regole o frammenti di esse; l’uso di rinvii “aperti” accresce l’incertezza in ordine alla ricomposizione delle diverse frazioni di regola in un precetto unitario; l’utilizzazione poco rigorosa di strumenti di delegificazione introduce elementi di frizione all’interno del sistema delle fonti, complicando anche la relativamente semplice operazione dell’individuazione della regola prevalente. Gli esempi potrebbero continuare ancora, ma quel che preme evidenziare in questa fase è la difficoltà, che spesso si traduce in pratica impossibilità, di ricondurre la complessità del sistema ad un ordine di regole all’interno del quale le incompatibilità siano sempre risolvibili in base al principio di “non contraddizione”» (A. PIOGGIA, *Un’analisi del linguaggio della legge per conoscere il sistema normativo*, in *Pol. dir.*, 2001, 273).

fusione concettuale, sciatteria o, peggio, ignoranza, il che costringe gli interpreti a vere e proprie acrobazie al fine di dare un senso ad un prodotto normativo che, spesso, ne è oggettivamente e strutturalmente privo.

A ciò si affianca, aggravando la patologia del sistema, la lentezza (o l'omissione colposa) del legislatore nell'affrontare e tentare di dare 'armonia' ai nuovi fenomeni sociali e alle rivendicazioni più varie (convivenza *more uxorio*, matrimonio tra persone omosessuali, revisione della cittadinanza, educazione multietnica, questioni 'eticamente sensibili'), il che ha determinato una fuga dalla legislazione e la ricerca nelle aule giudiziarie di soluzioni immediatamente spendibili<sup>11</sup>.

È necessario quindi prendere atto della transizione che stiamo ancora vivendo, nel passaggio da un sistema di conformazione del diritto, formale e gerarchico, ad uno "a rete", più consono alla «fattualità dei nostri giorni [che] si connota per rapidità, mutevolezza, complessità. È un tessuto indocile, recalcitrante a ogni irretimento, tanto più ad una gabbia legislativa, che è per sua natura tarda e lenta a formarsi, che si sottrae ad ogni variazione o che assorbe con difficoltà ogni variazione, che è vocata a permanere nel tempo. Il diritto, realtà complessa, pluri-dimensionale, che è in perenne ascolto delle richieste del corpo sociale, respinge la sua dimensione ufficiale, legislativa, perché non serve, e recupera su altri piani; per esempio valorizzando al massimo il piano dell'interpretazione/applicazione, fonte duttile, versatile, disponibile alle variazioni; fonte insomma dalla intensa storicità. Una interpretazione/applicazione che si muove in due direzioni: quella della mediazione tra vecchia legge e fatti nuovi; quella della supplenza nel colmare vuoti non sopportabili dalla coscienza collettiva»<sup>12</sup>.

In tale quadro la giurisdizione è, di conseguenza, divenuta da tempo il canale principale, all'interno del quale far confluire conflitti di nuova matrice e bisogni sociali ancora in via di maturazione, con il fine di ottenere, se non giustizia, perlomeno visibilità e legittimazione sul piano politico e sociale<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> L.M. FRIEDMAN, *Total Justice*, New York 1985.

<sup>12</sup> P. GROSSI, *Crisi del diritto, oggi?*, cit., 45.

<sup>13</sup> In tal senso «la legislazione (...) perde centralità e l'assunzione di decisioni di varia natura su questioni di pubblico rilievo si affida anche a istituzioni diverse, capaci di corrispondere a un maggior decentramento. Le modalità contrattuali e giudiziarie hanno proprio questa capacità: possono staccarsi dalla misura unica dello stato e funzionare con unità di misura diverse e variabili. Guardate da questa prospettiva, queste istituzioni sono chiamate a rimediare alla crescente incapacità del legislativo di dare risposte più articolate alla complessa rete di bisogni degli individui, della società, di piccoli gruppi e di minoranze di vario tipo, piuttosto che di maggioranze o collettività coese e gruppi omogenei ed estesi di soggetti. Inoltre, queste modalità si sono imposte anche per la loro capacità di assecondare la crescente propensione della cultura globale verso la privatizzazione. Non si tratta tanto del fatto che queste modalità prevedano, se pure in forme e misure diverse, il concorso dei privati nel processo di decisione. Si tratta piuttosto del fatto che prendano in carico la gestione diretta degli interessi. Oggi, in gran parte, la trasposizione del "linguaggio degli interessi" in ambito giuridico, che appare una tendenza tipica dell'epoca globale, avviene proprio attraverso la crescita di peso del diritto contrattuale e del diritto di fonte giudiziaria, che chiamano entrambi in causa aper-

Questo è il contesto in cui matura quel mutamento di paradigma che esprime essenzialmente un'esigenza di equilibrio.

Svanita la chimera di un ordinamento come *corpus* razionale e conoscibile di dati normativi<sup>14</sup>, «il diritto tende oggi, forse meno ambiziosamente, all'equilibrio, a svolgere una funzione di "resistenza" e di garanzia, che in realtà assume richiamandosi a un'idea minima, ma non vuota, essenziale, ma non eticamente unilaterale, di ciò che è giusto nelle relazioni tra gli individui, arbitrando, quanto è possibile, tra la giustizia e le deliberazioni collettive, tra diritti e decisioni democratiche, tra scelte e condizioni di coesistenza giuridica»<sup>15</sup>.

In tale ottica, il «diritto in equilibrio» presuppone che l'applicazione del disposto normativo ai casi particolari sia coerente coi principi fondamentali dell'ordinamento giuridico, ricavati in accordo con una procedura razionalmente fondata e almeno in larga parte giustificabili alla luce dei parametri di razionalità condivisi da una data società. Il bilanciamento, quale strumento che concreta l'esigenza di equilibrio, consiste, quindi, nella possibilità di dimostrare che, all'interno di un sistema giuridico, le decisioni applicative non sono arbitrarie, ma costituiscono il risultato dell'utilizzo di procedure argomentative razionalmente fondate e predeterminate in modo non eccessivamente vago.

Di per sé il concetto di equilibrio appare quindi più ricco di quello di certezza, anzi si può asserire che il primo offra una maggiore garanzia di certezza e di effettività dell'ordinamento.

Se ne trae conferma dalla circolarità dinamica/statica che convive nella condizione di equilibrio, laddove il suo aspetto statico descrive l'approdo del bilanciamento, quale forma di «tolleranza tra principi»<sup>16</sup>, che rappresenta la proiezione giuridica del pluralismo sociale; mentre il suo profilo dinamico consente un processo di costante adattamento del sistema giuridico, in virtù di una dinamica endogena allo stesso che viene a temperare le incoerenze tra i contenuti della produzione normativa e le evoluzioni della vita sociale<sup>17</sup>.

tamente una dinamica interattiva e una comunicazione improntata agli interessi» (M.R. FERRARESE, *La governance tra politica e diritto*, Bologna 2010, 114-115).

<sup>14</sup> Così C. FARALLI, *Certezza del diritto o diritto alla certezza?*, in *Materiali di storia della cultura giuridica*, 1997, 89 ss.; anche R. BIN, *L'ultima fortezza*, Milano 1996, 113 secondo cui «ogni tentativo di postulare, anche da parte del legislatore costituzionale, le prerogative della coerenza è assoluto indebito. Vale proprio il contrario: ogni principio viene predicato assieme al suo limite, ogni regola è posta con la sua eccezione, ogni potere è attribuito assieme al suo contropotere».

<sup>15</sup> G. PALOMBELLA, *Dopo la certezza. Il diritto in equilibrio tra giustizia e democrazia*, cit., 7.

<sup>16</sup> G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna 2008, 281.

<sup>17</sup> In questo senso «si deve concepire l'ordinamento giuridico non come pura sommatoria di singoli precetti chiusi in loro stessi, o come mera accozzaglia di norme, ma come sistema coerente, ordinato secondo il principio di non contraddizione. Nella sentenza n. 204 del 1982, la Corte costituzionale ha affermato, con un'immagine, che «la coerenza tra parti è valore essenziale dell'ordinamento giuridico di un paese civile, in dispregio del quale le norme che ne fan parte degradano al livello di gregge senza pastore» (G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., 242).

Il «diritto in equilibrio» definisce un momento di quiete delle variabili di un sistema altrimenti dinamico o, in altre parole, individua i momenti di staticità della dinamica endogena al sistema normativo, consentendo di rispondere ad una naturale esigenza di coerenza sistematica.

In questa direzione tale dispositivo consente di affrontare ogni fattore di variabilità, instabilità e contingenza che caratterizza le società contemporanee, dando accesso a soluzioni che conciliano le esigenze di tutela della dignità della persona senza precludere le opportunità che la scienza, la tecnologia e l'evoluzione sociale sembrano offrire, dando vita ad un «diritto omeostatico», capace di autoadattamento.

Questa prospettiva non può essere considerata come una sorta di resa del diritto di fronte all'innovazione, di cui subirebbe tempi e contenuti, dato che un diritto rigido, costruito su di una disciplina affidata a fattispecie chiuse, rischia di rivelare uno scarto tra regola e dati della realtà, determinando un'impossibilità regolatrice. Al contrario un diritto strutturato attraverso clausole generali e *sunset rules*<sup>18</sup>, in modo da conservare ai suoi principi l'attitudine ad operare anche in situazioni mutate, potrebbe dimostrarsi la migliore garanzia contro il dominio della tecnica o del mercato. Laddove infatti vi è un diritto «duro» nei principi, ma capace di farli filtrare attraverso clausole generali e un'interpretazione teleologicamente indirizzata all'attuazione degli stessi, vi è anche la possibilità di rimettere in discussione i confini tra diritto e *policy*, dando rilievo alle diversità e innovazioni culturali e sociali attraverso l'azione creativa del giudice, e quindi attribuendo all'ordinamento quegli strumenti in grado di rispondere, con rapidità, alle sfide lanciate da «nemici» insidiosi e camaleontici.

Proprio per rispondere alle emergenze del presente, il diritto in equilibrio, per sua natura, deve pertanto incorporare il futuro, farsi «prospettico»<sup>19</sup>, mettendo a fuoco le reciproche ibridazioni tra saperi che si generano dal mescolarsi e stratificarsi di significati scientifici, sociali e giuridici producendo nuove categorie e concetti, con cui la società pensa e discute se stessa e le direzioni dei propri cambiamenti<sup>20</sup>.

Più in generale l'esigenza di equilibrio, che caratterizza l'interpretazione e applicazione delle disposizioni, si proietta anche sulle istituzioni e sui poteri: vi

<sup>18</sup> V. VELLUZZI, *Le clausole generali: semantica e politica del diritto*, Milano 2010. In tal senso la clausola generale non viene concepita come strumento per integrare il diritto positivo in base ad autonome valutazioni del giudice o a *standard* sociali, ma come strumento elastico di risoluzione dei conflitti mediante l'applicazione dei principi generali dell'ordinamento giuridico.

<sup>19</sup> S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano 2006, 28-30.

<sup>20</sup> Così «se la certezza del diritto dipende da una priorità di semplificazione, l'equilibrio è concetto che risponde alla complessità delle «scelte tragiche», senza poterla ridurre o ignorare. Se la certezza rimanda ad un paradigma di autosufficienza del diritto, l'equilibrio riconosce la dipendenza del diritto dal mondo esterno e, rinunciando a ogni onnipotenza, gli affida il compito di tracciare linee guida, piuttosto che definire in proprio i risultati finali» (G. PALOMBELLA, *Dopo la certezza. Il diritto in equilibrio tra giustizia e democrazia*, cit., 12).

è infatti «il bisogno, profondamente e diffusamente avvertito ad ogni livello di esperienza, di un complessivo riequilibrio nel sistema e dei sistemi, nei loro reciproci rapporti: tra legislatore e legislatore (rispettivamente, costituzionale e comune) e, ancora, tra legislatore sovranazionale e legislatore nazionale e, quindi, tra legislatore e giudici e, infine, tra giudici e giudici (comuni e costituzionali, come pure tra questi ultimi *inter se*). All'appagamento di questo bisogno tutti sono chiamati a concorrere, dunque anche – per ciò che qui specificamente interessa – le Corti; e, invero, possono farvi luogo, sia pure alle difficili condizioni del tempo presente, (...) aspirando a far valere quel *primato culturale* (...) che ha proprio nella disponibilità al reciproco ascolto il modo più adeguato per affermarsi, al servizio dell'uomo, dei suoi diritti, della sua dignità»<sup>21</sup>.

Cosicchè solo un rapporto equilibrato tra le varie istituzioni, poteri e soggetti portatori di interessi può garantire la certezza del diritto, laddove le continue tensioni, i conflitti latenti sfibrano la funzione del diritto quale patto sociale; ove vi è squilibrio – sembra quasi lapalissiano – ne soffre il sistema complessivo delle relazioni interistituzionali, ma ne soffrono soprattutto i diritti, obbligati a riduzioni o deformazioni complessive di senso, nel loro modo d'inverarsi nell'esperienza.

2. *Il ruolo della giurisdizione: il mito del giudice legislatore.* – Le Costituzioni moderne non sono riducibili ad un unico ed omogeneo sistema di principi a causa della loro natura intimamente pluralista, di corpi normativi compositi e mai ridotti ad unità. In esse trovano espressione le istanze e le aspirazioni di forze diverse e contrapposte tra le quali si è stretto un patto volto a porre a riparo i rispettivi valori o interessi dalle future vicende politiche, rendendo quei valori e quegli interessi “rigidi”, nel senso di non intaccabili da decisioni delle maggioranze future<sup>22</sup>.

La tutela dei principi sanciti in Costituzione, il cui ruolo super-primario appare ormai incontestato anche alla luce del ruolo di garanzia svolto dalla Corte costituzionale, hanno come presupposto, peraltro, non soltanto un diverso atteggiarsi della funzione della giurisdizione ma, prima ancora, una diversa idea di legislazione, nella convinzione che l'adattamento del diritto alle nuove esigenze sociali non possa spettare in via esclusiva al legislatore.

L'emergere di nuove istanze ha chiamato in causa l'esercizio della facoltà di *agency*, di scelta etica conforme alla tavola di valori iscritti in Costituzione, il che

<sup>21</sup> A. RUGGERI, *La certezza del diritto al crocevia tra dinamiche della normazione ed esperienze di giustizia costituzionale*, cit., 13.

<sup>22</sup> R. BIN, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in M. LA TORRE, A. SPADARO (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Torino 2002, 62 ss. Ancora di recente R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine una prospettiva “quantistica”*, Milano 2013, 69 ss.

si realizza solo attraverso una concezione dell'equilibrio *istituzionale* che, per essere coerente, implica l'impossibilità di attribuire l'ultima parola a qualcuno dei protagonisti, a qualcuno dei «poteri»: né ai cittadini né ai giudici, né al parlamento né al potere esecutivo (nelle sue varie forme). Il che non toglie che la giurisdizione assuma, in ogni caso, in tale contesto una posizione privilegiata.

In tal senso, l'accresciuto rilievo della giurisdizione nelle democrazie contemporanee è stato prevalentemente interpretato come un processo di compensazione ad un'incapacità delle istituzioni rappresentative e delle forze politiche di recepire e dare risposte soddisfacenti alle domande sempre più complesse, mutevoli e differenziate che le società pongono<sup>23</sup>.

Appare pertanto anacronistico il richiamo a espressioni metaforiche quali quelle del giudice come «*bouche qui prononce les paroles de la loi*»<sup>24</sup>, nella misura in cui è stata proprio l'espansione della funzione legislativa, secondo un modello incrementale e in una forma oscura<sup>25</sup>, che ha paradossalmente posto le premesse per una maggiore incisività del potere giurisdizionale<sup>26</sup>, tanto meno controllabile in quanto l'equilibrio che fino a quel momento aveva retto i rapporti tra *gubernaculum* e *iurisdictio* era ormai venuto meno<sup>27</sup>.

<sup>23</sup> Così M. FIORAVANTI, *Fine o metamorfosi?*, in P. ROSSI (a cura di), *Fine del diritto?*, Bologna 2010, 58 secondo cui «oggi nessuno si attende più che la legge, per il fatto stesso di esistere, produca eguaglianza, come si pensava nel tempo del dominio del grande mito della "volontà generale", poiché ciò è vero solo per la legge conforme alla Costituzione, soltanto dopo che la Corte costituzionale ha rilevato il suo contenuto non discriminatorio, e perfino la sua intrinseca ragionevolezza, che in una recente sentenza della nostra Corte è definita come la "coerenza tra la regola introdotta e la causa normativa che la deve assistere". Che equivale a dire: noi non rinunciamo all'idea della legge come fattore di razionalità, ma sappiamo che quella razionalità è da scoprire, sindacare, valutare, correggere, con un intervento della giurisprudenza in proposito decisivo, e certo non compreso nei modelli della tradizione». Sul punto C. GUARNIERI, P. PEDERZOLI, *La democrazia giudiziaria*, Bologna 1997.

<sup>24</sup> C. MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, Milano 1951, 404. Tale visione si accompagna di regola ad una teoria del processo di interpretazione delle norme che si basa essenzialmente su due assunti erronei: «che in qualche senso 'esiste' un significato proprio, o vero, delle norme, preconstituito rispetto a, e del tutto indipendente da, i processi nei quali e coi quali gli operatori giuridici impiegano le norme; che la natura stessa della norma imponga taluni criteri o canoni per la scoperta di tale significato, per cui si possa discriminare tra un'interpretazione vera e un'interpretazione falsa» (G. TARELLO, *Diritto, enunciati, usi*, Bologna 1974, 393).

<sup>25</sup> In tal senso M. AINIS, *La legge oscura*, Bari 1997, 144 ss., secondo il quale la legge è oscura quando non consente l'estrazione di una norma vincolante, in genere perché afflitta da ambiguità, irrazionalità o incoerenza. In senso conforme G. CALABRESI, *Incentives, Regulation and the Problem of Legal Obsolescence*, in AA.VV., *New Perspectives for a Common Law of Europe*, Leyden 1978, 300, che notava come negli Stati Uniti l'aumento di *judicial activism* fosse imputabile a un'«orgia di legislazione indecifrabile». Peraltro di fronte a «oscurità e (...) lacune normative», anche «l'operato del giudice rischia di diventare inane, se non vuole essere arbitrario», dovendosi necessariamente arrestare «quando incontra contraddizioni logiche o disposizioni irragionevoli che corrompono la coerenza dell'ordinamento» (così G. AZZARITI, *Alla ricerca della legalità*, in ID., *Forme e soggetti della democrazia pluralista*, Torino 2000, 51; E. OLIVITO, *Giudici e legislatori di fronte alla multiculturalità*, in [www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it), 2011, 4 ss.).

<sup>26</sup> M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Milano 1984, 8.

<sup>27</sup> C.H. MCILWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno*, Bologna 1990, 99 ss.

All'incapacità della legge di fungere da efficace mezzo di regolazione della vita sociale, si è infatti sommata la revisione dei meccanismi di produzione della norma giudiziaria, che, mentre nel passato si formava in modo statico (applicando una data norma ad uno specifico caso), ora, nella complessificazione delle società contemporanee, si realizza in modo interattivo, dovendo il magistrato sempre più confrontare la norma con altri referenti normativi (anche straordinari)<sup>28</sup>.

Si delinea, in tal senso, «una nuova tappa della funzione di garanzia giurisdizionale: in un tempo di regole complesse, essa diventa elemento di “semplificazione” interpretativa della “complicazione” legislativa, fattore di innovazione e “sviluppo” del sistema, garanzia di realizzazione dei diritti di cittadinanza sociale e di libertà, anche economica, in un sistema multilivello, su cui incidono i processi di globalizzazione»<sup>29</sup>.

Questa diversa strutturazione del sistema di decisione giurisdizionale si fonda su pilastri corrispondenti alle tre “dimensioni” – costituzionale, transnazionale e sociale – che Cappelletti indicava come tipiche della giustizia nelle società europee contemporanee<sup>30</sup>. In primo luogo il processo di “costituzionalizzazione”, che presuppone una concezione della costituzione come “progetto”: le norme costituzionali non sono state più considerate (solo) come un baluardo a tutela di beni fondamentali e intangibili, ma come un insieme di principi capaci di penetrare in tutti i settori del diritto, e di rimodellare le categorie giuridiche ricevute<sup>31</sup>, dando fiato alla rivendicazione di diritti vecchi e nuovi<sup>32</sup>.

<sup>28</sup> In tal senso si è rilevato come «lo sviluppo di un binario *giurisprudenziale* di normazione “parallelo” a quello, classico, della legislazione sia almeno in parte figlio della globalizzazione. I rivolgimenti connessi a tale fenomeno, infatti, hanno inciso significativamente sulla *dimensione spazio temporale* dell'esperienza giuridica. Come giustamente osservato, l'odierna realtà del diritto appare capovolta rispetto all'epoca precedente: ad un diritto spazialmente differenziato (da Stato a Stato) e dotato di una tendenziale stabilità temporale (la codificazione nei singoli ordinamenti) si viene sostituendo un diritto sempre più uniforme/omogeneo nello spazio e sempre più in rapida evoluzione nel tempo. E naturale, quindi, che lo strumento di regolazione privilegiato nella disciplina dei rapporti meta-nazionali finisca per coincidere con la giurisprudenza, per sua natura duttile, flessibile, rapidamente adattabile» (C. PANZERA, *Tutela dei diritti fondamentali, tecniche di formazione e tipologia delle pronunce costituzionali (la “rivoluzione della flessibilità”)*, in L. D'ANDREA, A. RUGGERI, A. SAIITA, G. SORRENTI (a cura di), *Tecniche di formazione e tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali*, Torino 2007, 289-311; F. GALGANO, *La globalizzazione e le fonti del diritto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2006, 2, 320).

<sup>29</sup> V. CARBONE, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2007* (25 gennaio 2008), [www.altalex.com](http://www.altalex.com), 2008, 10.

<sup>30</sup> M. CAPPELLETTI (a cura di), *Access to justice and the Welfare State*, Alphen aan den Rijn-Bruelles-Stuttgart-Firenze 1981.

<sup>31</sup> G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano 1980, 331-338.

<sup>32</sup> Sicchè «l'introduzione del controllo di costituzionalità delle leggi nei paesi di *civil law*, soprattutto laddove si è sviluppata in forme tali da favorire la collaborazione tra corte costituzionale e giudici ordinari ed amministrativi, ha determinato un consistente recupero del diritto giurisprudenziale» (A. PIZZORUSSO, *Cultura e politica nella produzione ed applicazione del diritto*, in *Quad. cost.*, 1990, 1, 10).

Tale impostazione si riverbera anche sulla possibilità per i giudici comuni di fare appello a principi costituzionali, dandone applicazione diretta, pressoché in ogni possibile contesto della vita sociale, al fine di ridurre o forse eliminare gli spazi costituzionalmente “vuoti”: infatti «pressoché ogni conflitto giuridico si trova in un immaginario spazio giuridico nel quale si sovrappongono le aree di protezione di due o più diritti o interessi costituzionali (...) Qualsiasi conflitto di interessi che non abbia una persuasiva composizione nelle leggi ordinarie ha altissime probabilità di essere tematizzato come conflitto tra interessi costituzionalmente rilevanti»<sup>33</sup>.

In secondo luogo il riferimento, amplificato dal novellato comma primo dell'art. 117 Cost., al diritto europeo e internazionale, così come interpretato dai rispettivi organi di giustizia (in particolare la Corte di giustizia e la Corte europea dei diritti dell'uomo), dà anch'esso luogo a processi interattivi nella decisione giudiziaria<sup>34</sup>, aumentando gli spazi del diritto giurisprudenziale.

In un sistema multilivello ai giudici comuni, anche a seguito delle sentenze “gemelle” del 2007, viene difatti attribuito un cruciale ruolo di interpretazione conforme del diritto della Cedu nell'ambito dell'ordinamento interno, oltre al già acquisito potere di disapplicazione (o meglio in-applicazione) del diritto europeo dotato di *primatè* ed efficacia diretta, il che ne ha fatto gli artefici primi dell'inveramento della giurisprudenza europea in ambito interno, malgrado la loro minore “visibilità” rispetto al giudice costituzionale.

Vi è poi il profilo sociale, strettamente correlato alla giustiziabilità dei diritti sociali e dei “nuovi” diritti, i quali si sono venuti affermando nel contesto giuridico attraverso una serie di “ondate” riformatrici che hanno reso «accessibile la tutela giurisdizionale di quei diritti e interessi che sono emersi come particolarmente importanti, e specialmente vulnerabili, nelle società moderne, quali quelli dei consumatori, quelli attinenti alla protezione contro l'inquinamento dell'ambiente, e in generale quelli di collettività, categorie e gruppi non organizzati o difficilmente organizzabili»<sup>35</sup>.

In tal senso nuove domande sociali hanno cominciato a farsi strada attraverso la giurisdizione, che è riuscita a offrire loro un primo momento di emersione. Ciò è stato determinato, peraltro, da una progressiva “corporativizzazione” del processo legislativo, dovuta alla contrattazione dei contenuti solo con gruppi e soggetti abbastanza forti da far valere i loro interessi all'interno delle

<sup>33</sup> R. BIN, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in M. LA TORRE, A. SPADARO (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, cit., 62 ss., in particolare 123 ss.

<sup>34</sup> Il processo di interpretazione convenzionalmente conforme dei giudici comuni e sul ruolo essenziali delle Corti sovranazionali si veda E. GIANFRANCESCO, *Incroci pericolosi: Cedu, Carta dei diritti fondamentali e Costituzione italiana tra Corte costituzionale, Corte di Giustizia e Corte di Strasburgo*, in M. PEDRAZZA GORLERO (a cura di), *Corti costituzionali e Corti europee dopo il Trattato di Lisbona*, Napoli 2010, 152 ss.

<sup>35</sup> M. CAPPELLETTI, *Giustizia (accesso alla)*, in *Enc. scienze soc.*, I, Roma 1994, 396.

normali sedi di rappresentanza. Per sottrazione, quindi, interessi minoritari, o ancora non sufficientemente rappresentati, hanno dovuto ripiegare su altre sedi istituzionali per ottenere riconoscimento.

È evidente allora come la dimensione dell'effettività di tali diritti – che si delinea come trasversale – trovi spesso esclusiva ed estrema garanzia nella giurisdizione, che viene a svolgere un ruolo delicato negli ordinamenti costituzionali pluralisti contemporanei e nella società di individui in tempi di «modernità liquida», poiché maggiori possono essere le condizioni – determinate dalla rapida evoluzione socio-economica e dai pericoli che l'accrescimento del progresso scientifico può determinare sulla vita, sulla sicurezza, sulla libertà – in grado di minarla, mettendo in discussione la dignità sociale e la reale libertà ed eguaglianza degli individui.

Peraltro la prospettiva personalistica che trova sintesi «nell'idea-forza della centralità e del primato della persona umana considerata come soggetto di diritti in certo senso anteriori a qualsiasi riconoscimento da parte dello Stato e quindi non condizionati a finalità collettive di qualsiasi genere»<sup>36</sup> rovescia la tradizionale prospettiva che vedeva il diritto esclusivamente nella prospettiva dei “produttori” e del loro “prodotto” (il legislatore e la legge, la pubblica amministrazione e l'atto amministrativo, il giudice e il provvedimento giudiziale), ponendo attenzione all'«individuo, ai gruppi, alla società insomma, e così ai bisogni, alle istanze e alle aspirazioni di individui, gruppi e società e soprattutto agli ostacoli di varia natura — economici, culturali, psicologici — che si frappongono fra il diritto inteso come “prodotto” e il cittadino che a tale “prodotto” chiede di avere accesso»<sup>37</sup>.

In tale quadro, seppure sommariamente tracciato, possono essere individuate le ragioni della costante ascesa del potere giudiziario, che, in un contesto sociale frammentato, ha fatto sì che domande e soggetti nuovi intravedessero nell'arena giudiziaria un possibile canale di legittimazione. Ciò è valso soprattutto per minoranze e gruppi marginali, ossia per quei gruppi che, trovando ostacoli nell'accedere all'agone politico, hanno riversato istanze di tutela e aspirazioni di riconoscimento sui giudici<sup>38</sup>.

<sup>36</sup> V. ONIDA, *Costituzione italiana*, in *Digesto, Disc. pubbl.*, IV, Torino 1989, 329.

<sup>37</sup> M. CAPPELLETTI, *Giustizia (accesso alla)*, in *Enc. scienze soc.*, cit., 100.

<sup>38</sup> Dal punto di vista istituzionale viene messa in risalto l'istituzione giudiziaria come istituzione di “prossimità” rispetto alle altre, poiché è al giudice che si domanda il riconoscimento immediato dei diritti e non ai tempi lunghi del potere politico. Viene così valorizzato, in netta controtendenza rispetto al passato, il momento applicativo piuttosto che quello genetico delle norme, con la conseguenza che non solo l'equilibrio tra i poteri appare drasticamente ridisegnato sotto le spinte della contingenza, ma è la funzione stessa del giudice a subire una trasformazione, finendo per diventare una sorta di *factotum* istituzionale al quale rivolgersi non solo per dirimere controversie, ma anche e soprattutto per risolvere problemi che le altre istituzioni sociali non riescono ad affrontare (Cfr. M.R. FERRARESE, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna 2002, 187 ss.).

La creatività, costituzionalmente vincolata, dei giudici può quindi considerarsi un elemento di legittimazione del sistema, consentendo l'integrazione al suo interno di gruppi sino ad allora esclusi<sup>39</sup>, e, al tempo stesso, un connotato inevitabile dell'attività interpretativa, la sua essenza e non certo un indice di sviamento<sup>40</sup>, nella misura in cui al momento in cui il diritto si confronta con il fatto la linea di separazione fra produzione e applicazione del diritto – sorvegliata, per quanto riguarda il nostro ordinamento, dall'art. 101 Cost. – perde di pratica rilevanza.

In ciò si esprime la contraddizione fondamentale che alberga nel cuore della cultura giuridica degli ultimi due secoli consistente appunto in questo: il giudice non deve creare diritto, eppure non può non crearlo<sup>41</sup>.

Tale contraddizione si fa concreta pur nel limite in cui «il giudice (ordinario), interpretando o integrando la legislazione, crea o produce norme generali: norme generali, però, che esauriscono la loro funzione nella motivazione della sentenza, nella giustificazione deduttiva della norma individuale formulata nel dispositivo; anche la decisione giudiziale più “creativa”, in un sistema di *civil law*, può al massimo “fare giurisprudenza”, e non produrre norme generali efficaci *erga omnes*»<sup>42</sup>.

In concreto tale processo presuppone che il giudice, prima di applicare la norma, ne vada alla ricerca al fine di “scoprirla” (*Rechtsfindung*), scavando nel magma delle disposizioni, fino a rinvenire un dato normativo da adattare al caso, eventualmente dandone un'applicazione analogica, integrandolo o correggendolo, attraverso operazioni ermeneutiche più o meno sofisticate.

Quando nemmeno tale percorso si mostra efficace, allora il giudice – che in

<sup>39</sup> Difatti mentre la scelta legislativa «non chiude il conflitto ma lo enfatizza, dal momento che uno dei valori in campo è radicalmente delegittimato. Invece la decisione giudiziaria, laddove è possibile, non implica mai una delegittimazione completa: nel senso che la parte perdente può sempre sperare che, nella prossima occasione, ci sarà una decisione giudiziaria, se non di segno opposto, certamente non così radicale come la precedente» (S. RODOTÀ, *Il potere giudiziario nelle moderne democrazie: ruolo, limiti e controlli*, in AA.VV., *Giudici e democrazia. La magistratura progressista nel mutamento istituzionale*, Milano 1994, 198).

<sup>40</sup> In tal senso Autorevole dottrina per cui «l'interpretazione non è tale se non è politicamente creativa, (...) [la legge] contiene quello che i giudici ci mettono dentro, a cominciare dal fatto come verità, per finire con la valutazione del fatto, cioè con tutti i valori che il giudice ha ritrovato dentro e fuori di sé (...) e che sono i valori dello Stato, costituiscono la politica dello Stato» (S. SATTÀ, *Il giudice e la legge negli interni contrasti della magistratura italiana*, in UMI, II° Congresso nazionale, 21-24 settembre 1968, Milano 1968, 16-17).

<sup>41</sup> In tal senso M. BARBERIS, *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione*, in P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 2004*, Torino 2005, 2. Detto altrimenti, il legislatore si limiterebbe a produrre disposizioni, ossia una sorta di *law in books*, mentre il diritto propriamente detto, ossia il *law in action*, sarebbe prodotto dagli organi dell'applicazione (Cfr. G. TARRELLI, *L'interpretazione della legge*, cit., 63-64; R. GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*, Torino 1990, 86).

<sup>42</sup> M. BARBERIS, *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione*, in P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 2004*, cit., 18.

un sistema di *civil law* non è “creatore” di regole – è costretto a divenirlo, facendo di necessità virtù: spesso, infatti, per risolvere controversie, dovrà colmare lacune, ricavare una regola da un testo ambiguo o stratificato in rinvii ad altre disposizioni, o ancora adattare un tessuto normativo spesso obsoleto, con disposizioni introdotte in un momento temporale contingente, a tempi storici e contesti socio-economici del tutto diversi. Insomma, il giudice deve trasformare una “disposizione di carta” in una “norma”, in una regola, in un precetto giuridico applicabile al caso concreto e prossimo alla sensibilità del suo tempo, non potendo arrestarsi «a rievocare il senso originario della norma come se si trattasse (...) di un fatto del passato (...) ma deve fare “un passo avanti”. La norma, infatti, lungi dall’esaurirsi nella sua primitiva formulazione, ha vigore attuale, in una con l’ordinamento di cui fa parte integrante ed è destinata (...) a trasfondersi nella vita sociale alla cui disciplina deve servire»<sup>43</sup>.

Vi è poi un ultimo profilo da considerare, seppure solo d’accenno, ossia il rapporto circolare che si viene a creare tra legittimazione da parte dei giudici di nuove istanze e legittimazione che con tale attivismo giudiziale<sup>44</sup> i giudici stessi acquisiscono sul piano istituzionale e sociale. Non si tratta di una tendenza rozza catalogabile come una sorta di forma obliqua di gestione della domanda politica, o un modo per aggirare o manipolare la determinazione delle politiche pubbliche da parte degli organi rappresentativi, in quanto il tema della legittimazione della magistratura va anch’esso analizzato e «aggiornato alla luce della crisi della rappresentanza politica e in relazione alle trasformazioni della democrazia»<sup>45</sup>, a causa delle quali si assiste a un crescente impoverimento dei tradizionali circuiti della rappresentanza e a una conseguente fuga dalla responsabilità politica.

In tal senso, le deficienze dei canali rappresentativi giustificano la ricerca di sedi alternative per l’espressione e la composizione delle diversità sociali, illuminando, al contempo, i mutamenti nei rapporti tra giudici e legislatore.

La crisi, ossia la frammentazione del “rappresentato”<sup>46</sup>, ha infatti determinato un desolante arretramento delle istituzioni rappresentative e, in particolare, una quasi completa abdicazione del legislatore su temi e questioni legati al plu-

<sup>43</sup> E. BETTI, *L’interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano 1949, 17 ss.

<sup>44</sup> Da intendersi come tendenza dell’interprete a intervenire innovativamente sulla realtà, spingendo il diritto verso soluzioni inedite e mutando gli equilibri fissati tra pretese, interessi e valori (S.D. SMITH, *Moral realism, pluralistic community, and the judicial imposition of principle: a comment on Perry*, in *Northwestern University Law Review*, 1993, 88, 183 ss.).

<sup>45</sup> C. PINELLI, *Il dibattito sulla legittimazione della Corte suprema*, in AA.VV., *La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa. Annuario 2006* (Atti del XXI Convegno annuale dell’Associazione italiana dei costituzionalisti, Roma, 27-28 ottobre 2006), Napoli 2007, 58.

<sup>46</sup> M. LUCIANI, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in N. ZANON, F. BIONDI (a cura di), *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, Milano 2001, 109 ss.

ralismo sociale. L'afasia del legislatore, che rappresenta una risacca rispetto all'ondata di iper-regolamentazione che ha caratterizzato buona parte del secolo scorso, si proietta inevitabilmente sui significati e sull'effettività del diritto, nei limiti in cui esso viene ad essere plasmato nell'integrazione tra sfere pubbliche, sfere istituzionali, poteri politici e poteri giudiziari, individui e comunità: la conformazione del diritto, quale esito della razionalità sociale disponibile, rimane quindi parzialmente incompiuta.

Forse anche per tale motivo si è suggerito di poggiare l'attività giudicante su *incompletely theorized agreements*, ossia su decisioni condivise e raggiunte proprio evitando teorizzazioni o giustificazioni astratte e impegnative, sulle quali facilmente non si raggiungerebbe un accordo. In tale prospettiva il giudice sarebbe tenuto a raggiungere una soluzione, ossia convergere sul risultato (*what*), non anche sulle sue basi teoretiche o filosofiche (*why*), dovendo la decisione essere diretta «a rendere possibile ottenere accordo dove l'accordo è necessario, e rendere inutile l'accordo dove esso è impossibile»<sup>47</sup>. Attraverso un appropriato richiamo ai principi costituzionali il giudice potrebbe quindi rendere in sentenza ciò che costituisce l'oggetto minimo dell'accordo sociale, il quale diviene possibile convergendo su particolari decisioni senza risolvere preliminarmente questioni di largo raggio sul giusto e sul bene. In tal modo, sostanzialmente, «la gente può decidere cosa fare anche quando non è d'accordo su come esattamente pensare. Per i giudici, questa è una virtù importante»<sup>48</sup>.

Così l'attività giurisdizionale, abbia essa ad oggetto la Costituzione, una legge ordinaria, un atto amministrativo o una fattispecie concreta sprovvista di specifica disciplina legislativa, contribuisce, sotto forma o di dichiarazione di incostituzionalità o di applicazione di una legge o di annullamento di un atto amministrativo o di risoluzione di una fattispecie nuova, all'avveramento di un ordine che si manifesta di volta in volta sotto forma di *rationes* composte da elementi etici, sociali ed economici. La «ragionevolezza» della decisione assume, in quest'ottica, non soltanto l'aspetto di un elemento imprescindibile di ogni interpretazione, ma anche quello di un passaggio irrinunciabile nel processo di edificazione del diritto<sup>49</sup>.

Conclusivamente, nel complesso romanzo del diritto, secondo l'immagine usata da Dworkin<sup>50</sup> il giudice, nell'operare il bilanciamento tra principi si trova nella posizione di colui che ha il compito di completare uno scritto lasciato a metà. Così, astretto tra i molti capitoli già scritti e un nuovo capitolo da scrivere, il giudice si trova nella posizione di chi è determinato dal proprio passato, ma

<sup>47</sup> C. SUNSTEIN, *Incompletely Theorized Agreements*, in *Harvard Law Review*, 1995, 108, 7, 1742.

<sup>48</sup> C. SUNSTEIN, *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford 1996, 9.

<sup>49</sup> F. MAZZARELLA, *Brevi note in margine al caso Englaro: a proposito di interpretazione "giurisdizionale" e di dimensione storico-sociale del diritto*, in *Diritto&Questioni pubbliche*, 2009, 9, 579.

<sup>50</sup> R. DWORKIN, *Law as Interpretation*, in *Texas Law Review*, 1982, 60, 527.

che pure, sulla base di esso, deve scrivere qualche nuova riga: non può semplicemente «scoprirla» dunque, ma non può in verità neppure totalmente «inventarla», condizionato com'è dalla trama del romanzo sin'ora scritto.

Il giudice, dunque, non può essere costretto a scrivere la sentenza sotto dettatura del testo (sia esso legislativo o costituzionale), che tuttavia gli è impossibile ignorare e deve quindi cercare soluzioni interpretative in armonia con le ragioni espressive l'identità costituzionale e con i valori che in essa sono custoditi<sup>51</sup>. Per tale motivo, nel contesto dello Stato democratico di diritto, si può lasciare ai giudici la decisione purché essi si muovano, come è necessario, nel rispetto di quei valori: un assetto condiviso, che contiene priorità liberali e democratiche, e che consente all'individuo di riconoscerlo come proprio<sup>52</sup>.

In questi termini la ricerca dell'equilibrio possibile, nell'esperienza della giurisdizione, è oggetto costante di una riflessione che viene necessariamente a coinvolgere i profili costituzionalistici propri del bilanciamento tra diritti contrapposti, il che poi si traduce nell'esercizio della funzione dei giudici a decidere del caso concreto sulla base delle reali esigenze di giustizia nascenti dalla controversia.

Nella prassi giurisdizionale queste esigenze hanno trovato nuovi percorsi di emersione nell'applicazione di istituti giuridici, come l'amministrazione di sostegno, che si connotano per la capacità di valorizzare la dimensione sociale dell'uomo, di mettersi in presa con la vita, ponendo quindi anche i giudici di fronte alla necessità di tener conto – nell'assumere decisioni – di quella “cultura dei bisogni e delle risorse”<sup>53</sup>, sulla quale oggi si vanno formando, non solo nuovi equilibri, ma anche criteri inediti di cittadinanza nel rapporto con le istituzioni. L'amministrazione di sostegno, a quasi dieci anni dalla sua introduzione nel nostro ordinamento, appare pertanto un utile paradigma sul quale testare la capacità dei giudici di preservare i valori costituzionali e, al contempo, la sfera di sovranità dei cittadini, mantenendo vive le condizioni grammaticali<sup>54</sup> della giustizia tra gli individui<sup>55</sup>.

<sup>51</sup> F.I. MICHELMAN, *La democrazia e il potere giudiziario. Il dilemma costituzionale e il giudice Brennan*, Bari 2004, 55.

<sup>52</sup> Sul ruolo attivo del giudice comune in presenza di una Costituzione pluralista R. ROMBOLI, *Il ruolo del giudice in rapporto all'evoluzione del sistema delle fonti ed alla disciplina dell'ordinamento giudiziario*, Quaderni Associazione Studi e ricerche parlamentari, Torino 2006, 75 ss.; contra M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2006, 1661 ss.

<sup>53</sup> F. ROTELLI, O. DE LEONARDIS, D. MAURI, *Deistituzionalizzazione, un'altra via (La riforma psichiatrica italiana nel contesto dell'Europa occidentale e dei “paesi avanzati”)*, in AA.VV., *Salute mentale. Pragmatica e complessità*, Centro Studi e ricerche regionale per la salute mentale, Regione Friuli Venezia Giulia, Trieste, 1992, II, 597 ss.

<sup>54</sup> J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt am Main 1992; trad. it., *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano 1996, 27 ss.

<sup>55</sup> In questi termini, anche nell'applicazione dell'istituto dell'amministrazione di sostegno che

3. *L'amministrazione di sostegno come strumento di un diritto mite*. – L'istituto dell'amministrazione di sostegno, introdotto con legge n. 6/2004, nasce da oltre un decennio di riflessioni e studi multidisciplinari<sup>56</sup>, ponendosi quale obiettivo quello di superare le rilevanti contraddizioni ancora persistenti nel nostro ordinamento con riguardo alla capacità della persona e alla tutela dei soggetti deboli. La disciplina è infatti stata pensata ed elaborata in un'ottica di promozionalità dei diritti di tali soggetti, non restringendo il campo d'intervento ai soli infermi di mente, anzi provando ad intervenire su una vasta gamma di disagi esistenziali di ordine più complesso.

La legge n. 6/2004 ha, in tale prospettiva, realizzato una rivoluzione "copernicana", ponendo la persona – e non più la malattia fisica o mentale – al centro dell'universo della disabilità, della vecchiaia, della depressione e di tutte le altre forme e manifestazioni della fragilità umana.

Il percorso culturale che ha portato all'approvazione della normativa in oggetto ha avuto il suo inizio tra la fine degli anni Sessanta e l'inizio degli anni Ottanta, periodo storico che ha visto realizzarsi importanti riforme legislative nel campo del lavoro, della famiglia, dei rapporti di genere e delle politiche del *welfare*<sup>57</sup>.

In tale contesto ha sicuramente rivestito un'importanza centrale la legge 13 maggio 1978, n. 180 (cd. "legge Basaglia", poi confluita nella legge 23 dicembre 1978, n. 833), irrinunciabile conquista della nostra civiltà giuridica, che ha proposto un nuovo modo di intendere la patologia psichica, liberando i malati di mente dai manicomi e reinserendoli nel loro ambiente familiare e sociale.

Il cambio di paradigma è lampante se si pensa che la previgente legge 14 febbraio 1904, n. 36 (*Disposizioni sui manicomi e sugli alienati. Custodia e cura degli alienati*) ed il suo regolamento di attuazione (r.d. 16 agosto 1909 n. 615) consegnavano assoluta centralità all'istituzione manicomiale<sup>58</sup>, quale luogo di

comunque incide sulla sfera di autonomia del singolo, la ricerca di equilibrio è compiuta dal giudice: è infatti il giudice che deve preservare la corrispondenza tra l'identità comune (costituzionale), la dignità individuale (la libertà) e le decisioni della maggioranza (la legge), sul presupposto che rispettare identità e dignità coincida con una piena tutela dei diritti fondamentali.

<sup>56</sup> Per alcuni riferimenti G. FERRANDO, G. VISINTINI (a cura di), *Follia e diritto*, Milano 2003; G. CAMPESE, *L'istituzione dell'amministrazione di sostegno e le modifiche in materia di interdizione e inabilitazione*, in *Fam. dir.*, 2004, 2, 126; G. FERRANDO, P. LENTI (a cura di), *Soggetti deboli e misure di protezione. Amministrazione di sostegno e interdizione*, Torino 2006.

<sup>57</sup> R. PESCARA, *Tecniche privatistiche e istituti di salvaguardia dei disabili psichici*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di Diritto privato*, 4, III, Torino 1997, 756 secondo cui «Il quadro effervescente e inquieto di quegli anni, pervaso da istanze umanitarie e libertarie, dalla forte tonalità utopica, [ha] fomenta[to] infatti l'emergere di un dibattito che [ha] assu[nto] i temi legati alla follia come terreno emblematico da cui muovere un'analisi critica e una denuncia intransigente delle diverse istituzioni-simbolo dei meccanismi sociali diretti a realizzare forme di esclusione violenta e di mortificante emarginazione nei confronti dei soggetti deboli».

<sup>58</sup> Valga ricordare come art. 1 della legge n. 36/1904 affermava che: «Debbono essere custodite e curate nei manicomi le persone affette per qualunque causa da alienazione mentale, quando siano pericolose a sé o ad altri o rescano di pubblico scandalo».

contenimento asilare del soggetto, affetto da un disturbo mentale, e quindi di per sé organicamente “diverso”, con la finalità ultima di difendere la società dalla presunta pericolosità sociale della follia da questi incarnata<sup>59</sup>.

Questo schema paradetentivo è stato minato alle fondamenta dallo spirito e dalla lettera della Costituzione repubblicana<sup>60</sup> e, infine, è stato sovvertito dalle istanze libertarie, propugnate dal movimento anti-psichiatrico, degli anni Settanta<sup>61</sup>.

Il legislatore ha compiuto un passo decisivo nel definitivo superamento del sistema tradizionale, con la legge 13 maggio 1978, n. 180, rubricata *Accertamenti e trattamenti sanitari volontari e obbligatori*, che ha sancito – tra l’altro – l’abolizione degli istituti manicomiali<sup>62</sup>, accogliendo l’idea della recuperabilità del malato agli interessi sociali e al contesto della cittadinanza<sup>63</sup>.

<sup>59</sup> M. VECCHIETTI, *Evoluzione della legislazione psichiatrica italiana dalla l. n. 36 del 1904 alla l. n. 833 del 1978*, in *Riv. it. med. leg.*, 1981, 115 ss.; S. MERLINI, *Libertà personale e tutela della salute mentale: profili costituzionali*, in *Dem. dir.*, 1970, 55 ss.

<sup>60</sup> Ne sono conferma le sentenze della Corte costituzionale che hanno dichiarato l’illegittimità degli aspetti più aberranti della disciplina giolittiana: Corte cost., 27 giugno 1968, n. 74, in *Giur. cost.*, 1968, I, 1080 ss., con nota di V. ANDRIOLI, *Gli infermi di mente avanti la Corte Costituzionale*; Corte cost., 3 agosto 1976, n. 223, in *Giur. cost.*, 1976, I, 1401 ss.; Corte cost., 20 gennaio 1977, n. 39, in *Giur. cost.*, 1977, I, 136 ss. in cui la Corte non esitò a definire «auspicabile l’ammodernamento della legislazione vigente dal 1904 in questa delicatissima materia».

<sup>61</sup> Il rilievo assunto da tale movimento è tale da porre l’Italia all’avanguardia nel campo psichiatrico. Così V. BABINI, *Liberi tutti. Manicomi e psichiatri in Italia: una storia del Novecento*, Bologna 2009, 177 per cui «L’Italia degli anni Settanta è “il paese di Basaglia”. Anche per questo la legge con cui si chiude quel decennio, il compromesso storico e le battaglie psichiatriche, viene erroneamente chiamata “legge Basaglia”. Ma lo è, paese di Basaglia, soprattutto per chi non è italiano: il mondo, infatti, sta guardando all’Italia per la sua esperienza anti-istituzionale, che non sembra avere eguali in nessun’altra parte del globo. Il rinnovamento psichiatrico che si è messo in moto un pò ovunque ha toccato in Italia una radicalità di posizione e un tale coinvolgimento sociale e politico da rendere quell’esperienza mitica, al di sopra di ogni altra: un modello, o meglio una traccia cui la maggior parte degli altri paesi, a partire dagli anni Ottanta, non potrà non fare riferimento».

<sup>62</sup> P. CENDON, *La tutela civilistica dell’infermo di mente*, in S. PATTI (a cura di), *La riforma dell’interdizione e dell’inabilitazione*, Quaderni di Famiglia, Milano 2002, 36 secondo cui «La n. 180 del 1978, rovesciando completamente l’ottica di gestione del problema della sofferenza psichica, apre le porte dei manicomi e fa uscire i malati di mente, li reintroduce nella famiglia, nel quartiere, nelle strade. Da quel momento si è reso indispensabile domandarsi se il malato di mente abbia uno statuto giuridico coerente con il tipo di scommessa liberatoria che è stata fatta sul terreno psichiatrico».

<sup>63</sup> Il superamento della segregazione comporta il reinserimento nella cittadinanza attiva e nel traffico giuridico, come nota P. CENDON, *Profili dell’infermità di mente nel diritto privato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 34: «Quale interesse può in effetti suscitare, nello studioso del diritto civile un tema come l’infermità di mente fintantoché l’ospedale psichiatrico esiste ancora, e rimane anzi la sola risposta escogitata per gestire i problemi del disagio mentale? (...) Tutto invece cambia sostanzialmente con l’approvazione di una legge che, come la 180/78, smantella l’ospedale psichiatrico, e immette o trattiene l’infermo nel suo ambiente sociale. Da quel momento, infatti, anche i soggetti sofferenti di disturbi psichici si trovano ormai ad operare in un tessuto quotidiano che è intrecciato di rapporti patrimoniali grandi e piccoli, di problemi continui di lavoro, di iniziative economiche da assumere o da fronteggiare, di contatti familiari e associativi, di possibili danni da risarcire». Così anche C.M. MAZZONI, *Libertà e salvaguardia nella disciplina dell’infermità mentale*, in P. CENDON (a cura di), *Un altro diritto per il malato di mente*, Napoli 1988, 489, riferendosi alla l. n. 180/1978 af-

Non meno rilevante, con riguardo alla capacità di agire del soggetto infermo, è stata l'abrogazione, disposta con l'art. 13 della legge n. 180/1978, dell'art. 420 c.c., compendiante l'automatica pronuncia di interdizione per i soggetti sottoposti ad internamento definitivo, con lo stesso provvedimento col quale si autorizzava la custodia in un manicomio o in un altro istituto di cura o in una casa privata. Il che prefigura il superamento anche delle barriere formalistiche che "ingessavano" l'infermo di mente entro le mura strette dell'interdizione, sganciando, sull'esempio della coeva esperienza francese<sup>64</sup>, il legame tra protezione (o, nel caso di specie, segregazione) e incapacità, ponendo quindi le premesse per una graduazione della capacità in grado di correlarsi con gli strumenti di sostegno del sofferente psichico che ne preservassero le esperienze di possibile autonomia contemperandole con le esigenze di garanzia dello stesso e dei terzi.

L'autodeterminazione, da sempre esclusa dall'universo della salute mentale, vi fa ingresso come riflesso dei principi costituzionali (ex artt. 13 e 32 Cost.), affermando la volontarietà della cura, con la sola eccezione dei trattamenti sanitari obbligatori (TSO) sottoposti a limiti tassativi (ovvero da realizzarsi nel rispetto, in ogni caso, «della dignità della persona, dei diritti civili e politici, compreso per quanto possibile il diritto alla libera scelta del medico e del luogo di cura», così l'art. 1, 2° comma, l. n. 180/1978).

Tuttavia, soppressi i manicomi, il legislatore non è riuscito (o non ha voluto) liberare i malati psichici anche dall'altra prigione, quella legale caratterizzata dalla privazione di vari diritti e libertà, in cui continuavano a rimanere ristretti a causa dell'immutato regime delle incapacità.

In tal senso la dottrina ha evidenziato come la legge n. 180/1978 abbia rappresentato una premessa fondamentale di civilizzazione del sistema delle tutele che ha trovato il suo completamento (provvisorio e perfettibile<sup>65</sup>) con l'introduzione dell'amministrazione di sostegno, nella misura in cui tale istituto ha fatto emergere l'esigenza di portare a termine la riforma iniziata con l'abolizione della segregazione fisica inflitta all'infermo di mente attraverso l'abrogazione della «segregazione civile» inflitta dal diritto privato attraverso i vetusti istituti dell'interdizione e inabilitazione<sup>66</sup>.

ferma che: «Il giurista si trova all'improvviso, di colpo, obbligato a trattare un argomento che aveva da sempre poco approfondito. (...) La legge obbliga il giurista ad occuparsi dell'infermo di mente. Introduce, come mai era avvenuto da secoli, l'infermo di mente nella società civile, costringendolo a rapporti sociali con tutti gli altri soggetti della comunità. Essa obbliga a rivedere per intero il rapporto tra infermo di mente e società».

<sup>64</sup> E.V. NAPOLI, *Il sistema francese dell'incapacità d'agire quale modello per una riforma in Italia*, in S. PATTI (a cura di), *La riforma dell'interdizione e dell'inabilitazione*, cit., 90.

<sup>65</sup> «In altre parole, l'attuazione delle norme costituzionali è sempre parziale ed è sempre provvisoria, esprime una tensione che non può mai riuscire del tutto soddisfatta, che non può mai risolversi in una vicenda normativa in sé conclusa, perché se ciò avvenisse vorrebbe dire che la Costituzione è morta, che ha esaurito la sua spinta propulsiva» (M. AINIS, *I soggetti deboli nella giurisprudenza costituzionale*, in *Pol. dir.*, 1999, 36).

<sup>66</sup> In tal senso P. CENDON, *Infermi di mente e altri disabili in una proposta di riforma del codice*

Alla luce dell'evoluzione legislativa, pur sinteticamente analizzata, in materia di infermità mentale e di tutela delle persone incapaci, si può dunque comprendere la portata innovativa che caratterizza l'amministrazione di sostegno, istituto che differisce dai precedenti sia in considerazione delle diverse modalità con le quali concretamente attua la tutela, sia per una mutata visione di fondo dell'assistenza alla persona non autonoma, riflessa nella novità dei principi che la informano.

È da notare, preliminarmente, come la legge n. 6/2004 sia andata a modificare la rubrica del titolo XII del libro primo del codice civile: alla precedente dizione «*Dell'infermità di mente, dell'interdizione e dell'inabilitazione*» si è sostituito il più incisivo riferimento «*Delle misure di protezione delle persone in tutto o in parte prive di autonomia*». Questa novella non è irrilevante, rappresentando il segno di un ripensamento, prima sociale e poi giuridico, della figura del soggetto debole, che si è concretato nell'allargamento dello spettro soggettivo di applicazione delle misure di protezione e nel riferimento esplicito alla 'persona', quale soggetto di tutela, anziché alla malattia (infermità mentale), che ne rappresenta solo uno degli aspetti<sup>67</sup>.

Tale esigenza di ricentrare gli strumenti di protezione sulla persona emerge anche dalla lettera dell'art. 1 della legge che ne esplicita la «finalità di tutelare, con la minore limitazione possibile della capacità di agire, le persone prive in tutto o in parte di autonomia nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana, mediante interventi di sostegno temporaneo o permanente». Viene in tal modo superata la logica totalizzante propria dell'interdizione, che deprivava il soggetto della capacità di agire, quale strumento attraverso cui l'individuo si afferma nei rapporti sociali nella veste di soggetto autonomo, per assumere, invece, come fine primario la capacità dell'ordinamento di farsi flessibile, morbido e accogliente rispetto alle caleidoscopiche realtà in cui si esprime il disagio e la debolezza umana.

Con perfetta sintesi, l'amministrazione di sostegno è stata pertanto descritta come «una forma di tutela ampia, non meramente patrimoniale<sup>68</sup>, ma spiccata-

*civile*, in *Pol. dir.*, 1987, 118-119 per cui: «Le critiche da muovere al sistema accolto nel codice civile del 1942, e tuttora in vigore, sono allora soprattutto le seguenti: a) l'interdizione costituisce una risposta eccessivamente severa frutto di concezioni ormai superate in sede psichiatrica (...) che finisce per comprimere o per annullare alcuni tra i diritti fondamentali della persona; b) l'inabilitazione rappresenta anch'essa un istituto di stampo punitivo e appare comunque di scarsa utilità (...) soprattutto perché il suo intervento non risolve i problemi che si pongono nell'ipotesi in cui sia necessario assicurare in favore del disabile il compimento di atti che quest'ultimo – nello specifico frangente – non possa o non voglia effettuare».

<sup>67</sup> In tal senso emerge il carattere innovativo dell'amministrazione di sostegno che, superando il riferimento all'incapacità nell'enunciazione dei presupposti per l'applicazione della misura, pone quale condizione subordinata la sussistenza di una malattia o di una menomazione, le quali vengono in rilievo nella misura in cui cagionano una impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi.

<sup>68</sup> Trib. Modena, ord. 24 novembre 2004, in *Giur. it.*, 2005, 714 per cui «mentre le misure tra-

mente personale; propositiva e non interdittiva, espansiva e non inibitoria, personalizzata e non astratta, modulabile e non standardizzata, “frutto di una concezione dei diritti delle fasce deboli orientata ai fini costituzionali di promozione di *pieno sviluppo della persona umana*”<sup>69</sup>.

La disciplina degli artt. 404 e ss. c.c., infatti, nell’infrangere la monoliticità di un impianto normativo che sopravviveva in maniera anacronistica, delinea una protezione *ad acta* nell’ambito di un più ampio processo volto a garantire, attraverso il rifiuto dei concetti di alienazione, di incapacità e di pericolosità sociale, la piena protezione – temporanea o permanente – dei diritti dei soggetti deboli e il loro recupero nella vita di relazione; e ciò mediante la valorizzazione dei residui spazi di autonomia della persona, alla quale viene consentito di esprimere al massimo le possibilità di autodeterminazione<sup>70</sup>.

A conferma si richiama la giurisprudenza consolidata da cui traspare come la finalità dell’istituto in oggetto sia quella di assicurare «la massima salvaguardia possibile dell’autodeterminazione del soggetto in difficoltà, attraverso il superamento concettuale del momento autoritativo, consistente nel divieto, tradizionalmente posto a suo carico, del compimento di una serie, più o meno ampia, di attività, in correlazione al grado di incapacità, a favore di una effettiva protezione della sua persona, che si svolge prestando la massima attenzione alla sua sfera volitiva, alle sue esigenze, in conformità al principio costituzionale del rispetto dei diritti inviolabili dell’uomo»<sup>71</sup>.

L’attuazione di tale disegno è garantita attraverso un approccio gradualistico nell’applicazione delle misure di protezione – in forza del quale il giudice deve scegliere tra gli strumenti di protezione offerti dall’ordinamento quello che realizzi la funzione di protezione apportando la minore limitazione possibile della capacità del soggetto interessato – e conformando la decisione del giudice al principio di flessibilità della risposta protettiva<sup>72</sup>, per cui allo stesso è attri-

dizionali tutelavano più che altro i creditori (e perciò, *lato sensu*, la sicurezza dei traffici giuridici), ovvero la famiglia dell’infermo, in tale secondo caso, impedendo la dilapidazione del patrimonio dell’inabile; la disciplina normativa era quindi rivolta a tutelare il patrimonio del soggetto; viceversa, l’amministrazione di sostegno tende a spostare la prospettiva e l’attenzione, da ragioni di conservazione del patrimonio della persona, alla tutela ed alla protezione di quest’ultima».

<sup>69</sup> E. MONSERRAT PAPPALLETTERE, *L’amministrazione di sostegno come espansione delle facoltà delle persone deboli*, in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 37 ss.

<sup>70</sup> Corte cost., 9 dicembre 2005, n. 440, in *Famiglia*, 2006, II, 361, che tende, con un’interpretativa di rigetto, a massimizzare l’autodeterminazione del beneficiario della misura di sostegno, non solo con riguardo allo svolgimento delle attività di amministrazione, ma anche in sede di applicazione della misura di sostegno.

<sup>71</sup> Cass. civ., sez. I, 12 giugno 2006, n. 13584, in *Giur. civ. mass.*, 2006.

<sup>72</sup> Il carattere individualizzato della risposta protettiva, speculare alla peculiarità delle specifiche esigenze di protezione di ciascuno, si completa nella previsione per cui al beneficiario dell’amministrazione di sostegno non si applichino gli ulteriori effetti, limitazioni o decadenze che contribuiscono a delineare il regime giuridico dell’*incapace*, con ciò sancendo anche formalmente il superamento del paradigma bipolare (capacità/incapacità).

buito il potere di definire l'oggetto dell'amministrazione di sostegno in considerazione degli specifici bisogni dell'interessato.

Si può sostenere quindi che con la legge n. 6/2004 si sia cercato di trovare (specie attraverso una delega alla valutazione in concreto del giudice tutelare) un nuovo punto di equilibrio tra le istanze di libertà e di protezione, tale «da assicurare – all'infermo tutta la libertà che è possibile e indispensabile, e – quanto alla protezione – dargli in più tutta quella che è necessaria, [togliendogli invece] quella che è superflua, dannosa o ingiusta»<sup>73</sup>. Sicchè, in tale prospettiva, l'amministrazione di sostegno concreta un procedimento idoneo a garantire assistenza a chi sia nell'impossibilità di gestire autonomamente i propri interessi, con il fine ultimo di rimuovere gli ostacoli che si frappongono alla piena realizzazione della sua personalità<sup>74</sup>.

Se il nuovo istituto, dunque, sostituendo l'ottica custodialistica e di difesa sociale con quella promozionale, si pone nel solco degli interventi normativi volti a dare concreta attuazione alla Carta costituzionale, tuttavia si deve notare come, al di là del dato testuale<sup>75</sup>, certamente innovativo, stia agli interpreti eliminare i chiaroscuri che ancora adombrano la completa affrancazione della nuova disciplina dai retaggi del passato, consentendone l'esplicazione delle reali potenzialità applicative. Non a caso, infatti, la miglior dottrina ha rilevato come siano proprio i giudici (quelli tutelari nella specie) i grandi protagonisti della ri-

<sup>73</sup> P. CENDON, *Infermi di mente e altri disabili in una proposta di riforma del codice civile*, in *Pol. dir.*, 1987, 118. In questo senso Corte cost., 9 dicembre 2005, n. 440, *cit.*, 361; Corte cost., 19 gennaio 2007, n. 4, in *Giur. cost.*, 2007, 3, 2277 ss.; Cass. civ., sez. I, 12 giugno 2006, n. 13584, in *Corr. giur.*, 2006, 1519, la quale, nel sancire il carattere residuale dell'interdizione – misura da applicare solo in mancanza di altro e diverso strumento idoneo a garantire adeguata tutela al soggetto debole – indica quale profilo di differenziazione tra amministrazione di sostegno e interdizione la maggiore capacità della prima di «adeguarsi alle esigenze del soggetto, in relazione alla sua flessibilità ed alla maggiore agilità relativa alla procedura applicativa»; Cass. civ., sez. I, 22 aprile 2009, n. 9628, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, 10,1, 963.

<sup>74</sup> A. CIOCCA, M.R. MARELLA, *I beneficiari dell'amministrazione di sostegno*, in G. FERRANDO, P. LENTI (a cura di), *Soggetti deboli e misure di protezione. Amministrazione di sostegno e interdizione*, Torino 2006, 105, secondo cui il perseguimento di tale fine che presuppone il raggiungimento di un equilibrio tra il «prendersi cura dell'altro, e, ove ciò sia possibile, il favorire l'autonomia e l'assunzione di responsabilità di quest'ultimo nella costruzione della sua propria [identità], in modo da far emergere l'unicità e la genialità di ciascuno»

<sup>75</sup> Dentro ai nuovi articoli sull'amministrazione di sostegno incontriamo, in effetti, verbi e sostantivi in larga parte estranei al testo primigenio del codice civile. Per certi versi formule bizzarre – termini alquanto sociologizzanti, più o meno avvolgenti ed eretici. Espressioni come: «richieste», «interessi ed esigenze di protezione della persona», «aspirazioni», «con la minore limitazione possibile», «esplicitamento delle funzioni della vita quotidiana». Oppure: «bisogni», «interventi di sostegno temporaneo o permanente», «responsabili dei servizi sanitari e sociali», «necessario per assicurare la loro adeguata protezione». E ancora: «condizioni di vita personale e sociale», «atti necessari a soddisfare le esigenze della propria vita quotidiana», «autonomia», «interessi morali e patrimoniali del minore o del beneficiario» (Cfr. P. CENDON, *Un altro diritto per i soggetti deboli. L'amministrazione di sostegno e la vita di tutti i giorni*, in G. FERRANDO (a cura di), *L'amministrazione di sostegno*, Milano 2005, 29).

forma dell'incapacità, accanto al soggetto debole di cui devono recepire i bisogni, seguire le vicissitudini e interpretare le esigenze<sup>76</sup>.

4. *La linea d'ombra: il giudice tra scelte tragiche e vita quotidiana.* – La linea d'ombra è una fase di passaggio, una terra di nessuno in cui si può raggiungere un equilibrio riflessivo<sup>77</sup>, è la condizione in cui si trova il giudice, solo con la sua coscienza, nel momento in cui deve assumere una scelta tragica<sup>78</sup>, rendendo giustizia attraverso una ricerca di equilibrio tra principi e interessi contrapposti.

Il giudice<sup>79</sup>, nel suo ruolo di motore di integrazione delle istanze del pluralismo sociale entro i confini del diritto, si trova, più spesso di quanto si creda, a dover risolvere dei casi tragici. Nel mare aperto della pratica infatti non esistono approdi sicuri né limiti invalicabili<sup>80</sup>, ed è in queste navigazioni che la giurisdizione deve farsi carico delle scelte tragiche, in cui il bilanciamento delle contrapposte ragioni non permette di raggiungere una soluzione soddisfacente, ovvero una soluzione che non comporti il sacrificio di nessun valore considerato fondamentale da un punto di vista giuridico e/o morale<sup>81</sup>.

In questi ultimi anni, in particolare, è attraverso l'opera del formante giurisprudenziale che si è tentato di comporre il conflitto tra diritti individuali e doveri sociali, tra le istanze del singolo ed esigenze del collettivo, tra l'autodeterminazione e il diritto alla vita, dilemmi che hanno trovato concreta espressione nei casi 'Welby' ed 'Englaro', quest'ultimo giustamente definito come uno dei «*leading cases* che, passo dopo passo, punteggiano la storia del diritto costituzionale e ne consentono l'avanzamento»<sup>82</sup>. Tuttavia, al di là delle vicende esemplari, è nella minuta attività quotidiana di applicazione del diritto che si sviluppa – pur

<sup>76</sup> P. STANZIONE, *Amministrazione di sostegno, interdizione ed inabilitazione: rapporti e interazione*, in *www.comparazioneediritto.civile.it*, 2010, 4; G. SAVORANI, *Le mobili frontiere dell'amministrazione di sostegno: spunti per una revisione del sistema di protezione della persona*, in *Pol. dir.*, 2006, 129.

<sup>77</sup> Concetto ripreso dall'analisi di Rawls per indicare l'impresa volta ad individuare i principi generali che riescano a dare conto dei singoli giudizi in cui si esprime il nostro senso di giustizia.

<sup>78</sup> G. CALABRESI, P. BOBBIT, *Tragic choice*, New York, Norton, 1978 (trad. it. *Scelte tragiche*, Milano 1986).

<sup>79</sup> Il giudice si ritrova in ciò che Gillian Rose chiama «il punto di mezzo» (G. ROSE, *The broken middle: out of our ancient society*, Oxford 1992). Tale luogo può essere visto come la soglia tra universale e particolare; tra la razionalità della legge e la contingenza del resto, tra il diritto e l'incontro esistenziale che è la sua applicazione. Si tratta di un luogo in cui le dicotomie sopra menzionate s'incontrano in un modo mutuamente dipendente e costitutivo.

<sup>80</sup> V. NITRATO IZZO, *Il giudice di fronte ai casi tragici*, in U. POMARICI (a cura di), *Il diritto come prassi. I diritti fondamentali nello stato costituzionale*, Napoli 2011, 171.

<sup>81</sup> M. ATIENZA, *I limiti dell'interpretazione costituzionale. Di nuovo sui casi tragici*, in *Ars Interpretandi. Annuario di Ermeneutica giuridica*, 1999, 303; G. LARIGUET, *Conflictos Trágicos y derecho. Posibles desafíos*, in *Doxa*, 2004, 27, 317-348.

<sup>82</sup> T. GROPPI, *Il "caso Englaro": un viaggio alle origini dello Stato di diritto e ritorno*, in *Pol. dir.*, 2009, 3, 483 ss.

in modo carsico – quel processo di riequilibrio capace di determinare i confini di giustizia, attraverso un processo di accumulazione del sapere e della consapevolezza dell'effettività dei principi costituzionali all'interno della comunità degli interpreti.

In questo contesto la giurisprudenza in materia di amministrazione di sostegno assume un valore paradigmatico, avendo attraversato, da tempo, quella linea d'ombra, come dimostrano gli ormai consolidati indirizzi interpretativi sviluppatasi intorno a casi (inerenti l'autodeterminazione, la limitazione della capacità di agire, il rifiuto delle cure o l'ammissibilità delle direttive anticipate di fine vita) che, nel conformare la persona quale 'soggetto morale', vanno al cuore del concetto di libertà nell'ambito di uno Stato costituzionale di diritto.

Si propone quindi una lettura guidata delle principali tematiche affrontate dai giudici tutelari nell'ambito delle ordinanze in materia, avendo particolare riguardo a quei provvedimenti in cui sono state discusse la controversa ammissibilità dell'istituto dell'amministrazione di sostegno quale succedaneo delle direttive anticipate di fine vita e il rifiuto di cure ad esso correlato, la libertà di coscienza riguardo a determinati trattamenti terapeutici (in specie emotrasfusioni) ed infine quei casi in cui si è negata la disposizione dell'amministrazione di sostegno a salvaguardia della piena autonomia del soggetto.

L'evoluzione della giurisprudenza relativa al rifiuto ai trattamenti sanitari da parte del paziente e alla possibilità di nomina da parte di quest'ultimo di un amministratore di sostegno che lo rappresenti laddove sopravvenga uno stato d'incoscienza o comunque d'incapacità a esprimere ai medici la volontà d'interrompere un trattamento sanitario, ha trovato espressione in una nutrita<sup>83</sup>, seppure non unanimemente condivisa<sup>84</sup>, corrente giurisprudenziale.

In particolare è attraverso una serie di provvedimenti del Tribunale di Modena che si è andata strutturando una originale forma di interazione tra la disciplina civilistica dell'amministratore di sostegno, così come interpretata in sede

<sup>83</sup> *Ex pluris* Cass. civ., sez. I, 20 dicembre 2012, n. 23707, in *www.personaedanno.it*, 2012 che richiede l'attualità dell'incapacità; Trib. Varese, decr. 5 marzo 2012, in *Fam. dir.*, 2012, 5, 492 relativo alla nomina di amministratore di sostegno a favore di un beneficiario in stato vegetativo permanente; Trib. Verona, decr. 4 gennaio 2011, in *Corr. giur.*, 2011, 9, p. 1289; Trib. Firenze, decr. 22 dicembre 2010, in *Foro it.*, 2011, 2, 1, 608; Trib. Palermo, decr. 9 dicembre 2009, in *Fam. dir.*, 2010, 5, 492; Trib. Cagliari, decr. 22 ottobre 2009, in *Fam. dir.*, 2010, 2, 161; Trib. Genova, decr. 6 marzo 2009, n. 6058, in *Banca dati De Jure*, 2009; Trib. Modena, decr. 23 febbraio 2009, in *Resp. civ.*, 2009, 5, 473; Trib. Modena, decr. 26 gennaio 2009, in *Notariato*, 2009, 3, 250; App. Cagliari, 16 gennaio 2009, in *Guida dir.*, 2009, 55; Trib. Parma, decr. 2 aprile 2004, in *Giur. it.*, 2005, 1839.

<sup>84</sup> Trib. Sassari, decr. 16 luglio 2007, in *Foro it.*, 2007, I, 3025; Trib. Mantova, decr. 24 luglio 2008, in *www.ilcaso.it*, 2008; Trib. Genova, decr. 6 marzo 2009, in *Fam. dir.*, 2010, 2, 187; Trib. Roma, decr. 1° aprile 2009, in *www.personaedanno.it*, 2009; Trib. Pistoia, decr. 1° aprile 2009, in *Fam. dir.*, 2010, 1, 51; Trib. Firenze, decr. 8 aprile 2009, in *www.personaedanno.it*, 2009; Trib. Cagliari, decr. 14 dicembre 2009, in *Fam. dir.*, 2010, 2, 161; Trib. Varese, decr. 25 agosto 2010, in *Giur. it.*, 2011, 8-9, 1805; Trib. Reggio Emilia, decr. 24 luglio 2012, in *www.personaedanno.it*, 2012.

curiale, con le disposizioni costituzionali relative al diritto di autodeterminazione terapeutica.

In tal senso appare ineludibile affrontare l'analisi di tre decreti emanati dal giudice tutelare modenese, datati 13 maggio 2008, 5 novembre 2008 e 27 febbraio 2009, quali esempi di una sempre più diffusa pratica di *law in action* in campo bioetico e sanitario.

Il primo caso ha riguardato una signora di settant'anni affetta da sclerosi laterale amiotrofica con grave insufficienza respiratoria in ventilazione meccanica non invasiva continua. La paziente, che aveva conservato integre le proprie capacità cognitive, si era chiaramente espressa più volte, alla presenza dei figli e del marito, nel senso del rifiuto di qualsiasi trattamento salvavita, in particolare della ventilazione forzata attraverso tracheotomia. Come in altri casi analoghi, l'esistenza del rischio che l'aggravarsi delle condizioni cliniche della paziente le impedissero di ribadire il suo dissenso terapeutico, ha imposto la necessità della nomina di un amministratore di sostegno.

Il giudice, dopo aver proceduto all'audizione della ricorrente e accertata la sua reale volontà, nominava il marito amministratore di sostegno conferendogli il potere di «negare il consenso ai sanitari coinvolti a praticare ventilazione forzata e tracheotomia all'atto in cui, senza che sia manifestata contraria volontà della persona, l'evolversi della malattia imponesse la specifica terapia salvifica».

In questo caso, quindi, il giudice ha fatto proprie nel decreto le indicazioni rilasciate preventivamente dalla stessa paziente, affidando all'amministratore di sostegno un ruolo meramente attuativo, ovvero di semplice *nuncius*, nei confronti dei sanitari, dell'esistenza di specifiche direttive rilasciate dal beneficiario.

Il giudice rammenta, nell'argomentare la sua decisione, che la relazione medico-paziente, il rapporto terapeutico, si fondano e trovano il loro elemento di legittimazione nel consenso informato del soggetto malato «che si concretizza in un diritto fondamentale di quest'ultimo sotto il triplice e tutelato profilo di accettare la terapia, di rifiutarla nonché di interromperla».

È quindi il tessuto dei diritti costituzionali a sostenere la pronuncia, laddove il giudice rammenta il percorso di progressivo riconoscimento del diritto all'autodeterminazione richiamando le statuizioni della Corte di cassazione sul caso 'Englaro' (Cass. n. 21748/2007, punto 6.1), per cui il diritto alla salute «ha come correlato la facoltà (...) anche di eventualmente rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale. Ciò è conforme al principio personalistico che anima la nostra Costituzione, la quale vede nella persona umana un valore etico in sé, vieta ogni strumentalizzazione della medesima per alcun fine eteronomo ed assorbente, concepisce l'intervento solidaristico e sociale in funzione della persona e del suo sviluppo e non viceversa, e guarda al limite del "rispetto della persona umana" in riferimento al singolo individuo, in qualsiasi momento della sua vita e nell'integralità della sua persona, in considerazione del fascio di convinzioni

etiche, religiose, culturali e filosofiche che orientano le sue determinazioni volitive»<sup>85</sup>.

Elaborazione questa che presuppone l'espansione del diritto alla salute in termini soggettivi, ovvero «in relazione alla percezione che ciascuno ha di sé», e che, nel ribadire la tutela del suo risvolto negativo («il diritto di perdere la salute, di ammalarsi, di non curarsi, di vivere le fasi finali della propria esistenza secondo canoni di dignità umana propri dell'interessato, finanche di lasciarsi morire»), porta la Corte di legittimità ad escludere che «il diritto alla autodeterminazione terapeutica del paziente incontri un limite allorché da esso consegua il sacrificio del bene della vita». Sicché, come autorevolmente sostenuto<sup>86</sup>, «il consenso della persona consente una disponibilità di sé che copre l'intero arco dell'esistenza e diviene così anche la regola fondamentale del morire».

Principi che hanno ulteriore forza nel *dictum* della sentenza n. 438/2008<sup>87</sup> della Corte costituzionale – con cui si è dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 3 della legge della Regione Piemonte 6 novembre 2007, n. 21 (*Norme in materia di uso di sostanze psicotrope su bambini ed adolescenti*) – che ha consacrato il consenso informato<sup>88</sup> quale principio fondamentale in virtù della sua

<sup>85</sup> Cass. civ., sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Guida dir.*, 2007, 43.

<sup>86</sup> S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, cit., 250.

<sup>87</sup> Corte cost., 15 dicembre 2008, n. 438, in *Giur. cost.*, 2008, 4945 ss.

<sup>88</sup> Il riconoscimento del consenso informato esprime una scelta di valore nel modo di concepire il rapporto tra medico e paziente, nel senso che detto rapporto appare fondato prima sui diritti del paziente e sulla sua libertà di autodeterminazione terapeutica che sui doveri del medico. Il principio di autodeterminazione – che è il riflesso del consenso informato – deve escludersi che incontri un limite allorché da esso consegua il sacrificio del bene della vita. Benché manchi nel sistema una espressa regolamentazione del consenso informato, si ritiene che esso trovi il proprio fondamento in diverse fonti normative, come confermato da una serie di pronunce giurisprudenziali (Cass. 14 marzo 2006 n. 5444; Cass. 15 gennaio 1997 n. 364). Innanzitutto negli artt. 2 (riconoscimento e garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo), 13 (inviolabilità della libertà personale) e 32 (tutela della salute come fondamentale diritto dell'individuo) della Costituzione, considerati quale punto di partenza anche dal decreto in esame. Poi in una serie di disposizioni normative di rango ordinario, come ad esempio l'art. 33 della legge 23 dicembre 1978 n. 833 (istitutiva del Servizio sanitario nazionale) che stabilisce il carattere di norma volontario degli accertamenti e dei trattamenti sanitari, oppure l'art. 6, 1° comma della legge 19 febbraio 2004, n. 40 che descrive il processo formativo della volontà consapevole e consapevolmente espressa della donna e dell'uomo in ordine agli eventuali problemi derivanti dalle tecniche di fecondazione assistita. Sul punto G. FERRANDO, *Consenso informato del paziente e responsabilità del medico, principi, problemi e linee di tendenza*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, 48 ss.; R. BALDUZZI, D. PARIS, *Corte costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*, in *Giur. cost.*, 2008, 6, 4963 ss.; G.U. RESCIGNO, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario secondo l'art. 32, co. 2, Cost., al principio di autodeterminazione intorno alla propria vita*, in *Dir. pubbl.*, 2008, 1, 105 ss.; A. PIOGGIA, *Consenso informato ai trattamenti sanitari e amministrazione della salute*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2011, 1, 127 ss.; S. ROSSI, *Consenso informato (II)*, in *Digesto. Disc. priv., sez. civ.*, Agg. VII, Torino 2012, 177 ss.; G. GRASSO, *Consenso informato, libertà di scelta e disponibilità del proprio corpo*, in G. COCCO (a cura di), *Lo statuto giuridico delle informazioni*, Milano 2012, 19 ss.; E. ROSSI, *Profili giuridici del consenso informato: i fondamenti costituzionali e gli ambiti di applicazione*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Il diritto alla fine della vita. Principi, decisioni, casi*, Napoli 2012, 77 ss.; S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione. II. Le scelte esistenziali di fine vita*, Milano 2012.

funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute.

Il riconoscimento della piena operatività di questo principio è insieme un punto di arrivo ed un punto di partenza. È un punto di arrivo perché comporta l'affermazione, nell'ambito dell'ordinamento, della regola generale della disponibilità del diritto alla salute, dal che consegue, nel conflitto tra autonomia e coercizione, la prevalenza della libertà dell'individuo.

È, inoltre, un punto di partenza, nella misura in cui è dal riconoscimento del principio di autodeterminazione che si può delineare un diritto soggettivo assoluto alla salute non soltanto negli aspetti positivi (o pretensivi), ma anche nei suoi riflessi negativi, ovvero come diritto di libertà, il che «implica (...) il diritto di perdere la salute, di ammalarsi, di non curarsi, di vivere le fasi finali della propria esistenza secondo canoni di dignità umana propri dell'interessato, finanche di lasciarsi morire»<sup>89</sup>.

Sul punto, anche il giudice tutelare tiene a precisare la netta distinzione tra rifiuto delle cure ed eutanasia, nella misura in cui, anche nei casi 'estremi', se è ben vero che la scelta del dissenso terapeutico può comportare, e di fatto determina (più o meno direttamente e rapidamente), una progressione del decorso mortale della malattia o della condizione patologica, tale naturale svolgersi della vita non può essere comunque sovrapposto o confuso con la rivendicazione di un preteso 'diritto di morire', seppure in modo dolce.

Da ultimo, nell'ambito di un *obiter dictum*, il giudicante si fa portavoce di una precisa scelta di politica del diritto, sostenendo l'inutilità dell'intervento del legislatore volto a disciplinare il testamento biologico, dal momento che «già esistono il diritto sostanziale (artt. 2, 13 e 32 Cost.), lo strumento a mezzo del quale dare espressione alle proprie volontà (l'atto pubblico o la scrittura privata autenticata, art. 408, 2° comma, c.c.) e, infine, l'istituto processuale di cui avvalersi (l'amministrazione di sostegno, legge n. 6/2004)» per garantire il rispetto delle volontà in fase di fine vita<sup>90</sup>.

<sup>89</sup> Cass. civ., sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748, cit., 43.

<sup>90</sup> Tale considerazione ha suscitato pesanti critiche: G. GENNARI, *La via giurisprudenziale al testamento biologico?*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 9, 1825 ss. per cui «La tesi di fondo è che l'articolo 408 c.c., che consente al beneficiario di designare lui stesso l'amministratore di sostegno in previsione della futura incapacità, letto alla luce di una normativa complessiva la cui *ratio* sarebbe quella di privilegiare la persona, permetterebbe altresì di impartire direttive vincolanti in materia di trattamenti sanitari. L'argomento interpretativo così articolato quantomeno per le modalità con cui è espresso sembra superare con difficoltà il valore di una dichiarazione in forma ottativa (...) E in un sistema di diritto scritto si prova quasi imbarazzo a precisarlo nessuna pretesa *ratio* legislativa può fare dire ad un testo di legge quello che non è compreso entro la portata semantica delle parole in esso utilizzate. Così come sembra atteggiamento estremamente frettoloso quello che, attraverso la deformazione di un istituto giuridico vigente, pretende di accantonare un vasto dibattito parlamentare e una serie di iniziative legislative volte a dare veste giuridica a uno strumento che, piaccia o non piaccia, ancora non è contemplato dal nostro ordinamento»; F. GAZZONI, *Continua la crociata parametafisica dei giudici-missionari della cd. 'morte dignitosa'*, in *Dir. fam.*, 2009, 1, 288 ss.; *contra* G. FERRANDO,

Tale considerazione rappresenta, per il giudice, solo una premessa per compiere un ulteriore passo in avanti nell'interpretazione innovativa della disciplina dell'amministrazione di sostegno come mezzo per l'affermazione dell'autodeterminazione nel campo delle *end-life decisions*.

La novità del provvedimento del 5 novembre 2008 risiede proprio nella previsione di un amministratore di sostegno nominato ora, per far fronte a vicissitudini in materia di salute eventuali e future, come rafforzativo di quanto già predisposto in una scrittura privata autenticata e depositata presso un notaio.

Nel caso di specie, il ricorrente adiva il giudice tutelare avanzando richiesta di nomina di amministratore di sostegno e designando con scrittura privata a tale *munus* la moglie e, in via subordinata, nel caso di impossibilità di quest'ultima, la figlia; nel ricorso, inoltre, venivano indicate specifiche direttive<sup>91</sup> a cui l'amministratore avrebbe dovuto attenersi nell'espletamento dell'incarico.

Il ricorrente chiedeva però – e qui emerge il profilo di innovazione rispetto al precedente provvedimento – che la nomina avvenisse immediatamente nonostante la sua inequivocabile condizione di integrità funzionale, intellettuale e fisica, e nonostante la non imminenza di una circostanza tale da condurre alla situazione necessitante l'attivazione della misura protettiva<sup>92</sup>. La nomina sarebbe stata quindi immediatamente efficace ai sensi dell'art. 405 c.c., pur essendo sottoposta ad una sorta di condizione sospensiva, per cui il verificarsi di una specifica circostanza (la patologia e la contestuale incapacità di esprimere autonomamente la propria volontà) avrebbe dato effettivamente inizio allo svolgimento di un incarico teoricamente già avviato con il decreto di nomina.

L'esigenza della nomina dell'amministratore di sostegno in via preventiva nasceva proprio dalla ragionevole probabilità che, qualora la persona avesse atteso il sopraggiungere dell'incapacità per chiederla, il proprio fondamentale diritto di autodeterminazione terapeutica sarebbe stato paradossalmente violato proprio dai tempi e dagli adempimenti processuali richiesti e concessi dalle norme che disciplinano l'istituto in questione.

*Diritto di rifiutare le cure, amministrazione di sostegno e testamento biologico*, in *Fam. dir.*, 2008, 10, 923 ss. secondo cui «Questo provvedimento dimostra, una volta di più, che già esistono nel nostro sistema gli strumenti per dare attuazione ai diritti fondamentali della persona. Il fatto che il Parlamento non riesca a fare (buone) leggi sulle questioni di vita non impedisce ai giudici di utilizzare le risorse già disponibili»; M. PICCINNI, *Chi decide per il paziente incapace? Amministrazione di sostegno e scelte di fine vita*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 9, 1299 ss.

<sup>91</sup> In questo caso, veniva richiesto che l'amministratore di sostegno garantisse la volontà già espressa nella direttiva anticipata di trattamento volta a far sì che il beneficiario non fosse sottoposto ad alcun trattamento terapeutico comprese idratazione o alimentazione forzata e artificiale in caso di malattia allo stato terminale, malattia o lesione traumatica cerebrale irreversibile e invalidante, impediante una normale vita di relazione. Il beneficiario richiedeva che fosse richiesto ai sanitari di fare ricorso alle cure palliative più efficaci, compresi gli oppiacei, anche se ciò avrebbe comportato un'anticipazione della fine della vita, per lenirne le sofferenze con tempestività e sollecitudine.

<sup>92</sup> B. VIMERCATI, *Amministrazione di sostegno e consenso informato: scelte di politica legislativa e case law a raffronto (Parte I)*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, 1, 134 ss.

Il giudice, nel decreto in commento, sottolinea, per giustificare il superamento del requisito dell'attualità, intesa in senso cronologico, l'incidenza probabilistica di eventi immediati ed irreversibili tali da condurre il paziente fino allo stato vegetativo permanente (ad es., per infarto del miocardio, infortunio sul lavoro, sinistro stradale), preclusivi, data l'imprevedibilità dell'insorgenza, all'espressione di alcuna volontà in materia di cure e terapie mediche. Si rileva, infatti, come, in mancanza della nomina dell'amministratore di sostegno, «in tutte queste situazioni la mera esistenza di una scrittura confezionata ai sensi del secondo comma dell'art. 408 c.c. potrebbe essere inidonea, in concreto, a fornire effettiva tutela al diritto, primario e assoluto, della persona che rischierebbe di trovarsi sottoposta, per impossibilità del mandatario di ottenere in tempo reale il decreto di nomina dell'amministratore, alle terapie non volute ma doverosamente praticate dai sanitari, in esecuzione dei propri obblighi professionali e deontologici, in presenza di una situazione di pericolo per la vita».

Peraltro si annota come un'interpretazione in termini di contestualità con l'atto terapeutico cui sottoporsi del requisito dell'attualità avrebbe l'effetto di negare rilievo alle determinazioni del paziente ogni qualvolta l'atto medico dovesse essere eseguito sotto sedazione generale. Ancora prima, negli stessi termini, dovrebbe essere considerata illegittima e irrilevante la prassi seguita in numerose strutture ospedaliere di assumere il consenso ad atti chirurgici nel corso di visite preoperatorie condotte anche a significativa distanza di tempo dal successivo ricovero.

Conseguentemente, come sottolineato da autorevole dottrina<sup>93</sup>, «non vi sono valide ragioni per intendere il concetto di attualità della volontà in senso meramente e necessariamente cronologico, ovvero come sinonimo di contestualità, salvo che, così opinando, non si intenda contenere aprioristicamente l'ambito operativo del consenso informato. Tanto precisato, l'attualità del consenso va affermata piuttosto in senso logico [piuttosto che cronologico]: attuale, cioè, sarà la volontà che, manifestata per valere al sopraggiungere di una condizione di incoscienza, non sia stata revocata prima del verificarsi di una siffatta situazione».

Nella sua essenza, infatti, la scelta terapeutica è basata su un giudizio di compatibilità e coerenza della proposta medica con la struttura morale del paziente, con la rappresentazione della sua umanità, con l'immagine che ha di sé e che vuole lasciare: in sintesi con la sua dignità<sup>94</sup>. Pensare quindi che la sola volontà espressa *'in flagranza'* sia effettiva e vincolante, significherebbe privare il

<sup>93</sup> F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 108 ss.; ID., *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, *ibidem*, 2001, 380 ss.

<sup>94</sup> C. CASONATO, *Il malato preso sul serio: consenso e rifiuto delle cure in una recente sentenza della Corte di cassazione*, in *Quad. cost.*, 2008, 3, 546.

soggetto della propria identità biografica, in quanto l'espressione del dissenso terapeutico rappresenta comunque il frutto di un percorso di vita, fatto di esperienze, ricerche, dolore e amore, che portano l'individuo a fare determinate scelte, le quali non possono essere messe tra parentesi in quanto non manifestate in modo attuale.

Sul piano ermeneutico, la parte maggiormente innovativa del provvedimento si ritrova laddove il decreto fornisce una lettura espansiva della normativa di riferimento costituita dal combinato disposto tra gli artt. 404, 406 e 408 c.c.: in particolare si sostiene che il tenore letterale dell'art. 404 c.c. dovrebbe suggerire all'interprete che l'attualità dello stato di incapacità di intendere e di volere sia presupposto per la produzione degli effetti dello strumento protettivo ma non anche requisito per la sua istituzione, venendo tale interpretazione confermata non solo dal dispositivo dell'art. 406 c.c., che attribuisce la legittimazione attiva allo stesso beneficiario, pur se dotato di piena capacità di agire, ma anche dall'art. 408, 1° comma, c.c., che espressamente prevede la facoltà del beneficiario di designare, con atto pubblico o scrittura privata autenticata, l'amministratore di sostegno «in previsione della propria eventuale futura incapacità»<sup>95</sup>.

Il giudice ha così accolto il ricorso, e, argomentando proprio a partire dall'apparente situazione di inattualità dell'impossibilità di cura dei propri interessi da parte del beneficiario, ha fornito del requisito in parola una lettura inconsueta<sup>96</sup>,

<sup>95</sup> In senso analogo si era pronunciato il giudice tutelare del Tribunale di Siena che, con decreto 18 giugno 2007 (in *www.personaedanno.it*, 2007), ha accolto il ricorso proposto da una signora che stava per sottoporsi ad un intervento medico-chirurgico, nominando, in via d'urgenza, la figlia quale amministratore di sostegno, col compito di esprimere «il consenso ad eventuali trattamenti sanitari o medico-chirurgici ove l'interessata non sia in grado di prestarlo, secondo le indicazioni date dalla medesima in relazione ad intervento di espianto e reimpianto di protesi al ginocchio, nel documento 'direttive anticipate relative alle cure mediche' sottoscritto dall'interessata in data 30 maggio 2007». Il giudice tutelare del Tribunale di Bologna, sez. dist. Imola, con decreto 4 giugno 2008 (in *www.personaedanno.it*, 2008) ha affermato che: «per il combinato disposto dell'art. 404 c.c. e dell'art. 6 della Convenzione di Oviedo, può provvedersi alla nomina di un amministratore di sostegno per un paziente che non sia in grado di prestare consapevolmente il proprio consenso ai trattamenti sanitari. Allorché l'interessato chieda la nomina di un amministratore di sostegno, dal medesimo designato all'udienza di comparizione avanti al giudice tutelare, al fine di dare attuazione alle direttive anticipate per cure mediche precedentemente redatte e sottoscritte, l'incarico vicariale dovrà essere affidato alla persona designata dall'amministrando, sempreché risulti idonea all'incarico, con il compito specifico di compiere gli atti indicati nelle direttive mediche predisposte e confermate in udienza».

<sup>96</sup> Si vedano Trib. Pistoia, decr. 8 giugno 2009, in *Corr. merito*, 8-9, 2009, 841; Trib. Pistoia, decr. 1° aprile 2009, in *Fam. dir.*, I, 2010, 52; tali pronunce approssimano il tema lungo un percorso logico differente rispetto a quello dei decreti modenesi, sostenendo, nonostante la presenza di dichiarazioni anticipate di trattamento, l'applicazione del principio di diritto espresso nella sentenza della Cassazione civile n. 23676/2008 e quindi la necessaria intermediazione del giudice che dovrà valutare, oltre al requisito oggettivo della irreversibilità della condizione clinica, la sussistenza della attualità della volontà precedentemente espressa. Questo accertamento renderebbe pertanto inidonea o quanto meno superflua l'investitura anticipata dell'amministratore di sostegno.

«disvelando potenzialità applicative della l. n. 6 del 2004 passate, fino ad oggi, inosservate»<sup>97</sup>.

Pare improprio, se non eccessivo, sostenere che «il decreto del giudice di Modena sia espressione più che di un sereno e umile esercizio della funzione giurisdizionale, di una vera e propria crociata condotta in nome, appunto, di una sorta di religione laica. Il giudice si è così trasformato nel missionario di una causa, basata su un valore, contro altri valori»<sup>98</sup>. Ciò in quanto, nel contesto della logica garantistica che connota l'amministrazione di sostegno quale istituto volto a proteggere l'essere umano e le sue esigenze di vita, salute, rapporti familiari e sociali, «la rilevanza dei diritti costituzionali che verrebbero sacrificati accogliendo l'interpretazione più restrittiva [del requisito dell'attualità dell'impossibilità gestionale] giustifica quella che può apparire una forzatura del testo, ma che va invece piuttosto riguardata come una lettura delle legge aderente al suo spirito ed alle sue finalità»<sup>99</sup>.

Il terzo decreto, datato 27 febbraio 2009, rappresenta un ulteriore sviluppo di quell'orientamento volto a garantire, in modo integrale, la libertà e l'autodeterminazione, facendo dell'amministrazione di sostegno uno strumento di attuazione dei diritti costituzionalmente garantiti dagli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione.

Nel caso *de quo*, utilizzando lo strumento della nomina (ora per allora) dell'amministratore, il giudice tutelare ha cercato di venire incontro alle richieste di un anziano ottantaseienne, ingegnere in pensione, ancora perfettamente cosciente, che rifiutava categoricamente il ricovero ospedaliero, nonché qualsivoglia terapia di sopravvivenza artificiale attuata con strumenti meccanici (ventilazione, alimentazione, idratazione forzata e trasfusioni di sangue), fatta salva la richiesta ai sanitari di prestare cure palliative tempestive al fine di annullare ogni sofferenza<sup>100</sup>.

La particolarità del caso è data dal fatto che l'anziano, come accertato dal magistrato nel corso del colloquio istruttorio, pur essendo perfettamente in grado di redigere un testamento, era deciso a non conferire alcuna delega «a nessuno, nemmeno in caso di emergenza o di incoscienza per la gestione del suo futuro biologico e patrimoniale», richiedendo tuttavia che le sue volontà (ovvero rifiuto di qualsiasi terapia) fossero comunque rispettate<sup>101</sup>.

<sup>97</sup> S. RODOTÀ, *Perché laico*, Roma-Bari 2009, 101.

<sup>98</sup> F. GAZZONI, *Continua la crociata parametafisica dei giudici-missionari della cd. 'morte dignitosa'*, in *Dir. fam.*, 2009, 1, 288 ss.

<sup>99</sup> G. FERRANDO, *Amministrazione di sostegno e rifiuto di cure*, in *Fam. dir.*, 2009, 280 ss.; P. CENDON, R. ROSSI, *Individuato un neo-segno operativo che l'istituto può sostenere a pieno titolo*, in *Guida dir.*, 2009, 11, 35 ss.; ID., *Amministrazione di sostegno. Motivi ispiratori e applicazioni pratiche*, Torino 2009, 345 ss.; R. MASONI, *Amministrazione di sostegno e direttive anticipate di trattamento medico-sanitario: contrasti, nessi e relazioni*, in *Giur. merito*, 2010, 1, 104 ss.

<sup>100</sup> F. BOTTI, *Il pluralismo religioso come antidoto allo Stato etico*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2011, 14 ss.

<sup>101</sup> Per tale motivo il ricorso era stato presentato dalla responsabile dell'ufficio tutele dell'Asl di

Nel decreto si legge che, se si avesse riguardo alla sola capacità di esprimere in modo lucido e critico le proprie volontà, il conferimento dell'incarico ad un amministratore di sostegno non sarebbe necessario, poiché il soggetto, sebbene «affettivamente solo e alla mercé di estranei», risulta essere perfettamente in grado di autodeterminarsi nelle sue scelte in merito ai trattamenti ai quali essere sottoposto, nel pieno rispetto di quanto sancito dal combinato disposto degli artt. 2, 13 e 32 Cost<sup>102</sup>.

Il giudice tuttavia, richiamato il percorso ermeneutico che si snoda tra i principi costituzionali e la giurisprudenza che ne ha dato applicazione, rileva come la nomina dell'amministratore di sostegno (ora per allora) si riveli un mezzo di «tutela doverosa [del] diritto assoluto della persona a che il naturale evento della morte si attui con modalità coerenti all'autocoscienza della propria dignità quale costruita nel corso della vita attraverso le sue ricerche razionali e le sue esperienze emozionali».

Per questi motivi, al fine di tutelare il soggetto nella gestione del patrimonio e per consentire che la volontà di quest'ultimo sia rispettata anche dopo il passaggio della soglia della capacità, il giudice modenese ha disposto la nomina dell'amministratore di sostegno che, nel caso di specie, veniva individuato nella figura del legale del beneficiario, nei confronti del quale lo stesso aveva «mostrato familiarità e fiducia piene nel corso dell'udienza della visita domiciliare».

La casistica, riportata nelle pronunce analizzate, dà conto della complessità dei bisogni e delle aspirazioni che emergono sulla soglia della vita, di cui l'amministratore deve farsi carico in ragione del rapporto (l'affiancamento, il sostegno, l'appoggio) con il soggetto debole: si tratta insomma dei molti modi di esercitare il 'mestiere di vivere', che inevitabilmente si intrecciano alle tematiche, strettamente giuridiche, del consenso informato, del diritto al rifiuto dei trattamenti sanitari, della stessa rivendicazione alla dignità nel momento terminale dell'esistenza.

È in tale contesto che deve essere valorizzata l'ormai consolidata giurisprudenza della Corte costituzionale (penso alle sentenze nn. 253/2009 e 438/2008) che ha inteso recuperare e 'stabilizzare' tutto un complesso di disposizioni normative e di elaborazioni giurisprudenziali all'interno della cornice costituzionale, creando un circolo ermeneutico tra gli artt. 2, 13 e 32 Cost., volto a riaffermare il legame dialettico tra dignità, salute e autodeterminazione.

Ciò comporta la riaffermazione di un concetto unitario di persona, con tutta

Modena, in considerazione, tra l'altro, anche della condizione personale dell'anziano: vedovo, cieco, senza progenie, con parenti con i quali si rifiutava d'intrattenere rapporti, nonché titolare di un patrimonio considerevole che, in caso di sopravvenuta incapacità, non sarebbe stato in grado di gestire.

<sup>102</sup> In modo conforme, in una vicenda analoga, si è espresso Trib. Firenze, decr. 22 dicembre 2010, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, 6, 487.

la sua carica evocativa, quale sintesi verbale della valorialità complessa ed irripetibile di ogni essere umano, che viene declinata differentemente a seconda delle plurime articolazioni di ciascuna esistenza e della concretezza del contesto in cui ogni individuo si trova, in un preciso attimo, a calcare la scena della vita.

Sotto questo profilo l'elaborazione della giurisprudenza di merito viene a dare completezza ad un diritto altrimenti 'monco', privo di istituti e strumenti processuali volti ad affermarne l'effettività: effettività che si esprime attraverso l'amministrazione di sostegno quale viatico per l'affermazione del «diritto alla pianificazione anticipata delle cure che permette di formulare ed esplicitare un progetto di vita grazie al quale l'uomo, proprio in quanto essere capace di progettualità, elabora e rivela il proprio concetto di esistenza e nel quale la salute viene a modellarsi su scelte individuali che riflettono l'idea che il soggetto ha di sé, sia nel presente che in proiezione futura»<sup>103</sup>.

La pianificazione anticipata delle cure diventa pertanto la proiezione nel tempo della libertà di autodeterminazione individuale in ordine alla propria salute, consentendo di apprestare la tutela della persona «non soltanto nel suo essere, per così dire, attuale, ma anche nello sviluppo stesso della sua personalità che si proietta, in prospettiva diacronica, fino a che la persona è – e resta – tale, e quindi anche oltre ai confini della capacità di agire»<sup>104</sup>.

Nel perseguire tale finalità, l'istituto introdotto dalla legge n. 6/2004 consente ai giudici di riaffermare la pari dignità anche dell'incapace, che è soggetto morale, a cui va riconosciuta il rispetto delle proprie volontà, come esplicazione di quell'identità narrativa che – citando Ricoeur – mette in racconto gli eventi e le scelte essenziali di un'esistenza (da qui il riferimento, come criterio per ricostruire tale volontà, allo stile di vita, inclinazioni, valori di riferimento e convinzioni etiche, religiose, culturali, filosofiche dell'individuo)<sup>105</sup>.

In tale prospettiva è il ruolo e il rispetto della volontà del paziente divenuto incapace a venire in rilievo in un recente caso trattato dal Tribunale di Reggio Emilia<sup>106</sup>, una vicenda di particolare drammaticità e delicatezza, dato che la paziente, affetta da sclerosi multipla maligna in fase avanzata, dal punto di vista neurologico, avendo subito una grave compromissione delle capacità di comu-

<sup>103</sup> A. SANTOSUOSSO, F.G. PIZZETTI, *Se il come è tutto: vivere e morire per il diritto*, in *www.lex.it*, 2011, 12, 70.

<sup>104</sup> F.G. PIZZETTI, *Alle frontiere della vita. Il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, Milano 2008, 137 ss.

<sup>105</sup> «Là dove lo schema della consensualità diviene comunque impraticabile [essendo sopravvenuta l'incapacità], si deve valorizzare con propri strumenti il criterio, concorrente e suppletivo, del rispetto assoluto verso l'identità della persona, intesa come convinzioni, concezioni di vita, preferenze comunque manifestate: è più facile per un paziente fare una dichiarazione di identità, che dice in modo semplice qual è il suo criterio di bene e di vita, che non una disposizione anticipata di trattamento» (Cfr. P. ZATTI, *Per un'ecologia del rapporto terapeutico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, 3, 149).

<sup>106</sup> Trib. Reggio Emilia, decr. 24 luglio 2012, cit.

nicazione con il mondo esterno, non era più in grado di esprimere autonomamente le proprie determinazioni in ordine alla alternativa tra il «*procedere con manovre invasive (intubazione o ventilazione meccanica invasiva) o con la sola terapia palliativa*».

Pertanto, a seguito dell'accertamento di tale condizione, il giudice procedeva, in sede di istruttoria, all'audizione dei parenti e delle persone che le erano state maggiormente vicine, allo scopo di ricostruirne la volontà in ordine ai propostati trattamenti sanitari;

Ne emergeva il quadro di una donna forte, piena di vita, con convinzioni radicate e aperta alla speranza (indicativa la sua strenua volontà di avere un figlio nonostante la malattia che le era stata diagnosticata), ma ciò che viene ad illuminare le sue scelte è, nella specie, un episodio di vita che – come nel caso 'Englaro' – dà sostanza alla prova della ricostruita volontà della donna, ossia le circostanze della morte di suo padre.

Secondo quanto dichiarato da un'amica, e confermato dal marito della paziente, in occasione del rapido peggioramento delle condizioni di salute del padre, affetto da carcinoma epatico, la donna aveva avuto modo di esprimere i suoi personali convincimenti circa le cure terminali, dichiarandosi esplicitamente contraria a ogni forma di accanimento terapeutico. Convinzione rafforzata dalla circostanza che, seppure vi fosse stata una certa opposizione degli altri familiari, ella aveva deciso di fare morire il padre a casa sua, in quanto «era contraria ad accanirsi nelle cure».

Seppure in un quadro frastagliato, ma l'esistenza umana è complessa e il 'mestiere di vivere' non può essere standardizzato evolvendo nelle varie stagioni della vita, dall'istruttoria il giudice desume – tenendo conto della volontà espressa dalla paziente prima di cadere in stato di incapacità ovvero dei valori di riferimento e delle convinzioni dalla stessa espresse – che la stessa avrebbe considerato i trattamenti di sostegno vitale artificiale incompatibili con quella rappresentazione di sé sulla quale aveva costruito la sua vita fino a quel momento e contrari al suo modo di intendere il concetto di dignità<sup>107</sup>.

<sup>107</sup> In tal senso, come sottolineato dalla Cassazione n. 21748/2007, «la ricerca della presunta volontà della persona in stato di incoscienza – ricostruita, alla stregua di chiari, univoci e convincenti elementi di prova, non solo alla luce dei precedenti desideri e dichiarazioni dell'interessato, ma anche sulla base dello stile e del carattere della sua vita, del suo senso dell'integrità e dei suoi interessi critici e di esperienza – assicura che la scelta in questione non sia espressione del giudizio sulla qualità della vita proprio del rappresentante, ancorché appartenente alla stessa cerchia familiare del rappresentato, e che non sia in alcun modo condizionata dalla particolare gravosità della situazione, ma sia rivolta, esclusivamente, a dare sostanza e coerenza all'identità complessiva del paziente e al suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona. Il tutore ha quindi il compito di completare questa identità complessiva della vita del paziente, ricostruendo la decisione ipotetica che egli avrebbe assunto ove fosse stato capace; e, in questo compito, umano prima che giuridico, non deve ignorare il passato dello stesso malato, onde far emergere e rappresentare al giudice la sua autentica e più genuina voce».

All'amministratore di sostegno veniva quindi affidato il compito di esprimere un *substituted judgement* (giudizio sostitutivo), in caso di peggioramento ulteriore delle condizioni di salute, volto ad autorizzare le sole cure palliative: laddove, infatti, la beneficiaria è incapace di esercitare il suo diritto, non per questo la sua autodeterminazione deve risultarne svilita o annullata<sup>108</sup>, ma anzi il sostituto, o decisore surrogato (*surrogate decision maker*), si deve far portavoce delle pregresse volontà del paziente, del suo sistema di valori, salvaguardandone l'identità personale e morale<sup>109</sup>.

Ci introducono alla seconda tematica trattata, ossia l'esercizio della libertà di coscienza, due decreti, datati rispettivamente 14 gennaio e 7 giugno 2011<sup>110</sup>, adottati dal Tribunale di Treviso, con riguardo alla vicenda di una signora, aderente alla congregazione dei Testimoni di Geova, affetta da sclerosi multipla. Pur avendo già manifestato nel 2007, attraverso una dichiarazione anticipata di trattamento, il proprio convincimento volto al rifiuto di emotrasfusioni e di trattamenti salva-vita, la signora provvedeva a ricorrere al giudice tutelare affinché il marito fosse nominato quale suo amministratore di sostegno, con l'incarico di far valere la propria volontà nel caso, per lo sviluppo della malattia, fosse divenuta incapace di esprimerla personalmente<sup>111</sup>.

Tale volontà veniva confermata, anche nell'istruttoria procedimentale, nel corso della quale la ricorrente «nonostante le difficoltà espressive che il suo stato di salute comporta, ha confermato (...) la volontà già manifestata con le dichiarazioni anticipate di trattamento, ribadendo il rifiuto delle emotrasfusioni (rifiuto da lei espresso con le parole, ripetute più volte nel corso dell'esame diretto, "niente sangue", "niente sangue")»<sup>112</sup>.

<sup>108</sup> Se non si perseguisse questa opzione, le alternative prospettabili sarebbero quella di affidare la scelta alla discrezionalità del professionista sanitario sulla base del suo apprezzamento oggettivo oppure di considerare indecidibile (in contrasto con il divieto del *non liquet*) la domanda volta ad ottenere l'interruzione o impedire l'esecuzione di determinati trattamenti terapeutici, ponendo, in definitiva, gli incapaci in una sorta di terra di nessuno, in una condizione inafferrabile dal punto di vista giuridico. In dottrina E. PALMERINI, *Cura degli incapaci e tutela dell'identità nelle decisioni mediche*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 3, 374; M. SESTA, *Disposizioni di fine vita: il ruolo degli operatori del diritto*, in *www.personaedanno.it*, 2008; anche A. VALLINI, *Rifiuto di cure "salvavita" e responsabilità del medico: suggestioni e conferme dalla più recente giurisprudenza*, in *Dir. pen. e proc.*, 2008, 68 ss.; A. D'ALOIA, *Decidere sulle cure. Il discorso giuridico al 'limite della vita'*, in *www.biodiritto.it*.

<sup>109</sup> Su tale figura l'accurata analisi critica di L. MINGARDO, *Quinlan, Cruzan ed Englaro. La giurisprudenza americana in tema di substituted judgement attraverso gli occhi di un giudice italiano: la (ri)costruzione della volontà del paziente incapace*, in C. CASONATI, C. PICIOCCHI, P. VERONESI (a cura di), *Forum BioDiritto 2008. Percorsi a confronto. Inizio vita, fine vita e altri problemi*, cit., 432 ss.

<sup>110</sup> Reperibili su *www.personaedanno.it*

<sup>111</sup> F. BOTTI, *Il pluralismo religioso come antidoto allo Stato etico*, cit., 19 ss.

<sup>112</sup> Si veda Cass. civ., sez. III, 15 settembre 2008, n. 23676, in *Foro it.*, 2009, I, 36 che, nel rigettare la richiesta risarcitoria avanzata dal paziente, ha negato effetto alla dichiarazione "no sangue" consegnata ad un cartoncino che questi, aderente ai Testimoni di Geova, recava con sé, nel momento in cui era stato ricoverato in stato di incoscienza e in pericolo di vita. Per un'analisi si veda G. FACCI, *I medici, i Testimoni di Geova e le trasfusioni di sangue*, in *Resp. civ.*, 11, 2006, 932 ss.; S. ROSSI, "Di

Sulla scorta di tali emergenze processuali, il giudice, richiamata l'ampia elaborazione giurisprudenziale sul dissenso alle cure, ha proceduto alla nomina dell'amministratore di sostegno, quale garante del rispetto delle volontà espresse dalla ricorrente, motivate, in particolare, dai propri convincimenti religiosi.

È indiscusso come, in tale caso, fosse in gioco non solo il diritto all'autodeterminazione, ma anche quello alla libertà di coscienza quale principio creativo che rende possibile la realtà delle libertà fondamentali dell'uomo<sup>113</sup>.

Vi è ormai una evidente prossimità, se non un rapporto di presupposizione, fra libertà di coscienza e libertà religiosa<sup>114</sup>: sebbene non menzionata in Costituzione, la prima è il vero oggetto della tutela, dal momento che l'inserimento della libertà religiosa tra i diritti inviolabili della persona impone logicamente la garanzia di un'eguale protezione anche per la libertà di coscienza, non essendo neppure concepibile che la sfera della coscienza sia inviolabile solo se religiosa o secondo linee di demarcazione stabilite dallo Stato<sup>115</sup>.

Facendo applicazione di tale principio pertanto «lo Stato dovrebbe garantire, ancora prima della manifestazione pubblica della coscienza religiosa o areligiosa, la formazione stessa di tale coscienza: l'opzione spirituale, in cui si esprime la libertà di religione e verso la religione (...) deve rilevare nella fase genetica e dinamica (...), mentre deve passare in seconda linea la considerazione dei risultati a cui conduca nelle cose ogni singola scelta personale. Più che la libertà dei singoli di esternare, nelle forme reputate più appaganti, il proprio sentimento religioso (o areligioso o irreligioso), oggetto primario di tutela e promozione deve essere la loro libertà di formare in concreto entro di sé proprie personali convinzioni nelle materie religiose (...). L'incidenza giuridica della libertà della coscienza [deve] cadere in un momento logicamente anteriore a quello in cui le convinzioni dei soggetti arrivino a palesarsi esteriormente, cosicché anzitutto possa essere salvaguardato l'atteggiamento psicologico interiore dell'individuo, la c.d. 'libertà psicologica', ossia, in definitiva, la possibilità per il singolo di effettuare delle scelte veramente libere, coscienti, meditate e quindi responsabili»<sup>116</sup>.

*una sola voce ne abbiamo sentite due*": nota a Cass. 15 settembre 2008, n. 23676, in *www.forumcostituzionale.it*, 2008.

<sup>113</sup> Corte cost., 19 dicembre 1991, in *Giur. cost.*, 3, 1991, 3805.

<sup>114</sup> La concezione maggiormente condivisibile pare quella che vede nella libertà di coscienza una sorta di momento genetico, di «*caput et fundamentum*» di tutti i diritti connessi con la libertà religiosa, perché grazie alla libertà di coscienza è data al soggetto la facoltà di scegliere se e come schierarsi o non schierarsi in campo religioso, se aderire o meno ad una fede o ad una particolare concezione di vita. Inoltre una simile scelta, prima di dar luogo ad atteggiamenti esteriori, comporta la formazione di un convincimento intimo (Cfr. S. TROILO, *La libertà religiosa a sessant'anni dalla Costituzione*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2007, 11). Più di recente le riflessioni di M. CROCE, *La libertà religiosa nell'ordinamento costituzionale italiano*, Pisa 2012, 83 ss.

<sup>115</sup> C. CARDIA, *Religione (libertà di)*, in *Enc. dir.*, Agg. II, Milano 1998, 89 ss.

<sup>116</sup> V. BELLINI, *Ateismo*, in *Digesto. Disc. pubbl.*, I, Torino, Utet, 1987, 519.

Su questa tematica si sono espressi, valorizzando la funzione dell'amministrazione di sostegno, anche altri giudici tutelari<sup>117</sup>, in particolare in un decreto del Tribunale capitolino<sup>118</sup>, dopo aver sottolineato che «il diritto di professione religiosa e la relativa libertà di culto si manifestano, d'altro canto, anche vivendo ed operando nell'osservanza dei precetti religiosi, così come, per altro verso, la stessa Corte costituzionale (sent. 22 ottobre 1990, n. 471) ha avuto modo di affermare che la libertà di autodeterminarsi in ordine ad atti che coinvolgono il proprio corpo rappresenta espressione della libertà personale inviolabile di cui all'art. 13 della Carta costituzionale», il giudice ha nominato d'urgenza «un amministratore di sostegno provvisorio col compito di manifestare ai sanitari la volontà a suo tempo espressa dal beneficiario in merito ad atti trasfusionali di sangue ed emoderivati ed a prestare il consenso informato ai trattamenti terapeutici necessari per la cura della salute fisica e psichica del beneficiario».

Nel caso di specie, il giudicante è andato alla ricerca della volontà espressa in precedenza dal paziente, in condizione di incapacità al momento del ricorso, e, in assenza di documenti o direttive anticipate di trattamento, procedendo a ricostruire tale volontà mediante l'attività istruttoria consistita nell'assunzione, a sommarie informazioni, della moglie e della figlia dell'uomo, le quali concordemente hanno evidenziato che lo stesso aveva espresso volontà univoca di non soggiacere ad emotrasfusioni anche in caso di pericolo di vita e pur in assenza di cure alternative, data la sua qualità di ministro di culto della Congregazione dei Testimoni di Geova.

In tal senso, il giudice, anticipando l'orientamento espresso dalla Cassazione nel caso 'Englaro', ha inteso tutelare «il diritto al dissenso» anche dell'incapace, adoperandosi, quindi, al fine di individuarne le modalità di espressione o di ricostruzione, facendo applicazione della dottrina del *substituted judgement standard*<sup>119</sup>, definito «our best legal tool to divine individual intent and to protect autonomous choice»<sup>120</sup>.

<sup>117</sup> Trib. Vibo Valentia, sez. dist. Tropea, 30 novembre 2005 e Trib. Roma, 21 dicembre 2005, in *Fam. dir.*, 2006, 523 ss.; Trib. Siena, 18 giugno 2007, in *www.personaedanno.it*, 2007; *contra* Trib. Genova, decr. 6 marzo 2009, n. 6058, in *Fam. dir.*, 1, 2010, 187. Hanno attribuito rilevanza alle dichiarazioni sottoscritte in via anticipata dal testimone di Geova: Trib. Messina, Giudice per le indagini preliminari, 11 luglio 1995, n. 186, in *Dir. pen. e proc.*, 1996, 2, 202-208; Pretura Circondariale di Roma, sez. II, 3 aprile 1997, n. 13163, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1997, 909-910; Trib. Pordenone, 11 gennaio 2002, in *Bioetica*, 2, 2002, 390-395; Trib. Tivoli, sez. dist. Palestrina, 10 ottobre 2007, in *www.personaedanno.it*, 2007.

<sup>118</sup> Trib. Roma, 21 dicembre 2005, *cit.*

<sup>119</sup> L. MINGARDO, *Quinlan, Cruzan ed Englaro. La giurisprudenza americana in tema di substituted judgement attraverso gli occhi di un giudice italiano: la (ri)costruzione della volontà di un paziente incapace*, in C. CASONATO, C. PICCOCCHI, P. VERONESI (a cura di), *Forum Biodiritto 2008. Percorsi a confronto: Inizio vita, fine vita e altri problemi*, *cit.*, 402 ss.

<sup>120</sup> Justice Lynch's dissenting opinion in *Brophy v. New England Sinai Hospital States*, 398 Mass. at 448,497 N.E.2d at 643.

Peraltro, come sottolineato da autorevole dottrina<sup>121</sup>, «nel caso dei Testimoni di Geova il cui rifiuto alla emotrasfusione è saldamente radicato entro profonde e coerenti motivazioni religiose che non è rispettoso ritenere sconfessabili in caso di estremo pericolo di vita (...) alle dichiarazioni rese [si dovrebbe attribuire] un valore vincolante per il medico cui dovrebbe assoggettarsi anche quando il soggetto versi in condizioni di “incompetenza” e non sia più in grado di attualizzare il proprio rifiuto alla trasfusione di sangue, al fine di non incorrere in una violazione indiscriminata dell'altrui diritto di disporre della libertà religiosa e di coscienza»<sup>122</sup>.

Vi sono infine delle ‘zone d'ombra’ anche nell'applicazione dell'istituto qui analizzato, laddove il giudice si fa latore di una propria visione del mondo, definendo quale sia il *best interest* dell'individuo e utilizzando l'amministrazione di sostegno quale strumento coercitivo e limitativo della libertà personale.

Emblematica è una pronuncia del Tribunale di Roma<sup>123</sup> con la quale si provvedeva a nominare un amministratore di sostegno ad una paziente affetta da cancrena alle gambe, la quale preferiva morire piuttosto che essere operata, sostenendo che la stessa non fosse in condizioni di esprimere validamente e consapevolmente un consenso all'intervento chirurgico proposto dai sanitari.

Senonché, senza dover scomodare gli artt. 13 e 32 della Costituzione, tale provvedimento appare in contrasto con l'art. 33 della legge 23 dicembre 1978, n. 833 che sancisce la volontarietà degli accertamenti e trattamenti sanitari, l'art. 35 del Codice di deontologia medica a mente del quale «il medico deve intervenire, in scienza e coscienza, nei confronti del paziente incapace, nel rispetto della dignità della persona e della qualità della vita, evitando ogni accanimento terapeutico, tenendo conto delle precedenti volontà del paziente», principio a sua volta confermato nel successivo art. 36 secondo cui il medico, se il paziente non è in grado di esprimere la propria volontà in caso di grave pericolo di vita, non può non tenere conto di quanto precedentemente manifestato dallo stesso.

<sup>121</sup> M. BARNI, *Diritti-doveri, responsabilità del medico*, Milano 1999, 135; sul caso recente del Trib. Bari, sez. dist. di Putignano, decr. 18 agosto 2011, la nota di M. DI MASI, *Testimoni di Geova e amministrazione di sostegno: nuovi orizzonti del fine-vita*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, 1, 145 ss.

<sup>122</sup> App. Cagliari, 16 gennaio 2009, in *Guida dir.*, 2009, 55 ss. ove si afferma: «È consentito al soggetto che dichiara di professare il credo religioso della confessione denominata Testimoni di Geova, ricoprendo il ruolo di ministro della stessa confessione religiosa, di esprimere anticipatamente un rifiuto per essere sottoposto a trasfusioni di sangue e di emoderivati, anche designando una persona di propria fiducia come suo rappresentante *ad acta* per tale scopo, previa contestuale nomina della stessa persona come amministratore di sostegno del beneficiario. La legge che ha istituito l'amministratore di sostegno, essendo finalizzata a valorizzare la volontà del soggetto nel cui interesse l'amministratore di sostegno è nominato, consente di attribuire rilievo alla direttiva anticipata formulata dal beneficiario, in forma scritta e alla presenza di testimoni, riguardante il non consenso alle emotrasfusioni. L'amministratore di sostegno nominato per attuare la direttiva anticipata del beneficiario che ha negato il consenso per le emotrasfusioni, deve assicurare il rispetto della direttiva conformemente alla volontà manifestata, sino a quando non sia revocata».

<sup>123</sup> Trib. Roma, 19 marzo 2004, in *Notariato*, 2004, 249.

Infine, l'antinomia appare stridente alla semplice lettura della Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, sottoscritta a Oviedo il 4 aprile 1997 e ratificata con legge 28 marzo 2001, n. 145, per la quale: «*Une intervention dans le domaine de la santé ne peut être effectuée qu'après que la personne concernée y a donnée son consentement libre et éclairé. Cette personne reçoit préalablement une information adéquate quant au but et à la nature de l'intervention ainsi que quant à ses conséquences et ses risques. La personne concernée peut, à tout moment, librement rétirer son consentement*» (art. 5).

Appare evidente quindi che il ricorso all'amministrazione di sostegno, non per ampliare o comunque «tutelare, con la minore limitazione possibile della capacità d'agire, le persone prive in tutto o in parte di autonomia» (art. 1 legge n. 6/2004), bensì per determinare in modo paternalistico il loro *best interest*, sovrapponendosi ed elidendo una pregressa volontà contraria, costituisce un precedente che viene a tradire le finalità stesse dell'istituto in commento<sup>124</sup>.

Tuttavia, se, nell'oltrepassare la linea d'ombra, qualche giudice ha perso il senso dell'orientamento, facendosi onnipotente demiurgo delle vite altrui, ciò non significa che, nella maggior parte dei casi, non si sia data applicazione alla legge n. 6/2004 con assoluto rigore e in una prospettiva di tutela della libertà e dell'autonomia del soggetto debole.

Così in un caso trattato dal Tribunale di Venezia<sup>125</sup>, il giudice tutelare si è trovato investito del ricorso, presentato dai servizi psichiatrici dell'azienda sanitaria locale, per la nomina di un amministratore di sostegno a beneficio di un uomo affetto da psicosi con manie di persecuzione, con il compito di imporre fisicamente al soggetto l'assunzione dei farmaci.

Il giudicante ha ravvisato la necessità della nomina, ma non con la finalità richiesta dalla ricorrente Asl, quanto piuttosto al fine di accompagnare l'uomo nell'ambito di un progetto di recupero e di cura<sup>126</sup>.

<sup>124</sup> Sul caso, in senso criticamente caustico, G. GENNARI, *Esiste un consenso informato per l'incapace di intendere e volere?*, in A. FARNETI, M. CUCCI, S. SCARPATI (a cura di), *Problemi di responsabilità sanitaria*, Milano 2007, 85 nota come «D'altronde preferire una morte certa e rapida piuttosto che trascorrere l'autunno della vita senza gambe è notoriamente segno di follia e quindi bene fa il giudice a valutare che chiunque (non trovandosi al posto dell'interessata) avrebbe preferito operarsi»; in senso critico anche C. CALÒ, *L'amministrazione di sostegno al debutto fra istanze nazionali e adeguamenti pratici*, in *Notariato*, 2004, 3, 249 ss.

<sup>125</sup> Trib. Venezia, sez. dist. S. Donà di Piave, decr. 16 maggio 2011, in *www.personaedanno.it*, 2011.

<sup>126</sup> Nella motivazione del decreto «si evidenzia che il beneficiario nega la propria condizione di malato e rifiuta ogni conseguente cura, negando il consenso per l'assunzione di qualsiasi farmaco. Il giudice tutelare ritiene quindi di dover rispettare la volontà del beneficiario in merito alla scelta sul se curarsi o meno, soprattutto in considerazione del fatto che non sussistono pericoli per l'incolumità del beneficiario. Il sig. G. B. ha invero dichiarato che in passato, quando la madre o i medici gli somministravano i farmaci contro la sua volontà, egli li sputava immediatamente. La funzione che i ricorrenti vorrebbero assegnare all'amministrazione di sostegno consisterebbe dunque sostanzialmente nell'imposizione fisica dell'assunzione del farmaco da parte del sig. G. B. e nell'impedimento

In un altrettanto recente questione sottoposta all'attenzione del Tribunale di Busto Arsizio<sup>127</sup>, il giudice tutelare ha rigettato il ricorso, proposto dalla madre di un ragazzo affetto da sindrome di Down, volto alla nomina di un amministratore di sostegno per la riscossione e gestione della pensione di quest'ultimo, la presentazione di istanze presso pubblici uffici nonché della dichiarazione dei redditi.

Il ragazzo infatti, pur parzialmente incapace, aveva il supporto della famiglia ed era inserito in un buon contesto socio-assistenziale, frequentando anche un centro diurno di avviamento al lavoro. Sicchè, sebbene la sindrome di Down sia «tale da renderlo un soggetto sicuramente debole, tuttavia la protezione di cui egli necessita attualmente risulta assicurata in modo idoneo dalla rete familiare e socio assistenziale di riferimento, di talchè non si ritiene necessaria la nomina, allo stato, di un amministratore di sostegno».

Tale conclusione viene giustificata, nel decreto, sulla base di una riflessione che ci riporta alle radici storiche, culturali e ideali di quel percorso che ha condotto all'approvazione della legge n. 6/2004, laddove il giudice rileva che «la necessità di un amministratore di sostegno sempre e in ciascuna situazione di bisogno comporta una necessaria "istituzionalizzazione" di ogni figura di "assistente" e ciò tradisce la lettera e lo spirito della legge»<sup>128</sup>, che ha inteso invece, riespandere nel massimo grado possibile la sfera di libertà e di interazione del 'soggetto fragile' con il mondo. In tal senso – i provvedimenti in rassegna – ci ricordano come non sia possibile ricacciare il soggetto debole, liberato dall'istituzione totale di stampo manicomiale, in una sorta di 'purgatorio', costruito attraverso un uso improprio delle forme morbide dell'amministrazione di sostegno<sup>129</sup>. Al contrario,

a questi di espellere il farmaco fino al suo completo assorbimento. Il giudice ritiene che si tratti di funzioni che non possano essere demandate ad un amministratore di sostegno. È opportuno invece che l'amministratore studi con il Centro di salute mentale un progetto di recupero e di cura per il beneficiario» (Trib. Venezia, sez. dist. S. Donà di Piave, decr. 16 maggio 2011; in senso analogo Trib. Trani, sez. dist. Ruvo di Puglia, 17 maggio 2011, in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it), 2011 con cui si è rigettato il ricorso proposto per la nomina di un amministratore di sostegno ad un soggetto affetto da disturbo bipolare, sostenendo che con la misura *de quo* si voleva, di fatto, in contrasto con i voleri e le scelte espresse dal beneficiario, privare lo stesso di due diversi diritti fondamentali: il diritto alla libertà personale e quello alla salute).

<sup>127</sup> Trib. Busto Arsizio, sez. dist. Gallarate, 12 ottobre 2011, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), 2011.

<sup>128</sup> In tal senso anche Trib. Trieste, decr. 5 ottobre 2006, in *Giur. it.*, 2007, 1, 84 per cui «l'avvio del procedimento non sia affatto previsto sempre e comunque, a fronte di ogni situazione di "incapacità", ma imponga una articolata valutazione della situazione della persona in difficoltà, senza contare poi che l'allargamento a dismisura dell'ambito di concreta applicazione dell'istituto, rischierebbe di renderlo praticamente inefficace perché in concreto non gestibile nei tempi e modi previsti dal legislatore».

<sup>129</sup> Per cui «istituire un'amministrazione di sostegno per il solo fatto che il paziente accusa un disturbo psichiatrico equivarrebbe ad alimentare lo stigma, che, al contrario, la *ratio* istitutiva dell'Ads mirava a demolire completamente. Non solo: il rischio è quello di trasformare l'amministrazione di sostegno in un ammortizzatore sociale» (Cfr. Trib. Varese, decr. 28 giugno 2012, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), 2012).

se libertà significa libertà di scelta, ossia capacità e necessità di scegliere, una volta riconosciuto in ogni individuo lo stesso valore assoluto che troviamo all'interno di noi stessi, l'imperativo a cui dobbiamo allora adeguare la nostra condotta è quello di rispettare – quale che sia – l'esito della scelta altrui.

5. *Conclusioni minime.* – Il percorso di analisi sviluppato potrebbe apparire – a prima vista – sfilacciato o privo di connessioni forti, in realtà si è tentato, prendendo atto della progressiva *deformalizzazione* delle categorie giuridiche, del linguaggio, della sintassi propria dei giuristi<sup>130</sup>, di proporre una sorta di sillogismo<sup>131</sup> che, nel definire il ruolo di 'equilibratore' del giudice comune, trovasse una delle possibili conferme concrete di tale ipotesi nell'attività giurisdizionale dei giudici tutelari.

L'analisi dei "casi difficili", che si è inteso narrare, dimostra come il giudice sia «istituzione sociale con una funzione sociale»<sup>132</sup>, volta a garantire la stabilità del diritto, quale forma di equilibrio, e, al contempo, l'evoluzione dello stesso<sup>133</sup>, che, nel rispecchiarsi nella realtà, si adatta alle esigenze e alle esperienze che emergono dal tessuto sociale. Ciò non significa, tuttavia, prefigurare una mera proiezione automatica dal sociale al giuridico, che verrebbe a sacrificare la funzione prescrittiva del diritto, riducendone il ruolo a mera descrizione (o recezione) della realtà: difatti il diritto svolge una funzione selettiva, che per quanto fedele al pluralismo, non si può limitare ad arbitrare la procedura dei conflitti, ma deve trovare un equilibrio riflessivo nella cornice assiologica offerta dai principi costituzionali.

Si può sostenere, per concludere, che le considerazioni qui espresse siano lungi dal rivelarsi pacifiche, tuttavia per mezzo di esse si è cercato di rappresentare uno dei possibili percorsi attraverso i quali, ad oggi, si è riaffermata la forza e l'effettività dei principi costituzionali e il ruolo della giurisdizione come istanza di tutela dei diritti<sup>134</sup>.

<sup>130</sup> G. AZZARITI, *I costituzionalisti al tempo di Babele*, in *Dir. pubbl.*, 2010, 3, 749.

<sup>131</sup> Questo il sillogismo: a) Il giudice è interprete e realizzatore di equilibrio, stante il venir meno della certezza del diritto; b) L'amministrazione di sostegno, quale istituto flessibile, si adatta e si rispecchia nelle esigenze ed esperienze di equilibrio sempre più ricorrenti nella nostra società in situazioni "difficili"; c) Il giudice tutelare, quale interprete e applicatore dell'istituto in questione, diviene paradigma di quella giurisdizione che è alla ricerca di nuovi equilibri in un contesto di nuovi diritti.

<sup>132</sup> A. BARAK, *La natura della discrezionalità giudiziaria e il suo significato per l'amministrazione della giustizia*, in *Pol. dir.*, 2003, 1, 14 secondo cui «il diritto non è un fine in sé. È un mezzo per l'ordine sociale. Il tribunale ha una funzione sociale. Una Corte suprema non risolve semplicemente controversie; crea anche il diritto. Chiude il gap tra la legge e la vita».

<sup>133</sup> «Il diritto deve essere stabile» – ha scritto Roscoe Pound (R. POUND, *Interpretation of Legal History*, New York 1923, 1) – «e tuttavia non può essere immobile». La stabilità senza cambiamento è stagnazione; il cambiamento senza stabilità è anarchia. È necessario assicurare stabilità attraverso il cambiamento.

<sup>134</sup> I giudici quindi, non come «padroni del diritto», ma, più propriamente, «garanti della com-

Si tratta comunque di condizioni fragili e provvisorie, come lo sono i loro protagonisti, i quali hanno trovato nella giurisdizione e nella forza assiologia della Costituzione, strumento di tutela e realizzazione. Ma la provvisorietà è connotato della nostra esistenza e dell'esistenza stessa del diritto, quale prodotto dell'ingegno dell'uomo, sicchè se è vero – come ha notato Lipari<sup>135</sup> – che il tormento del giurista si consuma nella constatazione che «la giuridicità si pone all'un tempo come fine e come inizio, appagamento e insieme insoddisfazione, pienezza e contemporaneamente attesa di un ulteriore riempimento», allora la nostra fiducia in esso si potrà illuminare e consolidare solamente nei termini in cui l'equilibrio ne divenga architrave e criterio di applicazione<sup>136</sup>.

plexità strutturale del diritto nello Stato costituzionale, [ossia] della necessaria, mite coesistenza di legge, diritti e giustizia» (G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., 213).

<sup>135</sup> N. LIPARI, *Riflessioni su famiglia e sistema comunitario*, in *Famiglia*, 2006, I, 14.

<sup>136</sup> Mi sia consentito in conclusione di ricordare il dott. Guido Stanzani, prematuramente scomparso, un giudice giusto e sensibile ai bisogni dei soggetti deboli, che è stato l'iniziatore e il più fine interprete del filone giurisprudenziale oggetto di questo mio contributo.

