

Il giudice senza legge

Un banco di prova per la teoria della separazione dei poteri ed una sfida per la certezza del diritto

di Giusi Sorrenti

ordinaria di diritto costituzionale, Università di Messina

1. Sebbene il titolo della relazione¹ a me assegnata inviti a parlare specificamente dei «meccanismi» con cui il giudice procede all'integrazione delle lacune legislative, esso esordisce con un ossimoro (il giudice "soggetto alla legge" ... "in assenza di legge") che non tollera di essere eluso, in quanto racchiude al suo interno una delle questioni più impegnative del costituzionalismo contemporaneo² : la relazione tra giudici e legislatori nella quotidiana opera di garanzia dei diritti fondamentali.

La scelta della formulazione in termini tali da evocare una contrapposizione concettuale sprigiona tutta la *vis polemica* che circonda allo stato odierno la figura dell'organo giudiziario come produttore di diritto, visto in tale suo ruolo talora come eroico *Hercules* dworkiniano, talaltra come inammissibile usurpatore di funzioni altrui. Il perimetro della tensione dialettica richiamata è molto esteso: si va dal ruolo di supplenza della magistratura, che sembra porsi in rotta di collisione rispetto al principio della separazione dei poteri, all'attività di produzione giudiziaria del diritto, che striderebbe con la necessaria legittimazione democratica delle scelte politiche³.

¹ Il presente scritto costituisce la trascrizione riveduta, con aggiunta di note essenziali, della Relazione sul tema *Il giudice soggetto alla legge... in assenza di legge: lacune e meccanismi integrativi*, svolta presso il Dipartimento di Giurisprudenza di Brescia il 24 novembre 2017, nell'ambito del Seminario dal titolo "*Crisi*" della giustizia e in-certezza del diritto, organizzato dall'Associazione Gruppo di Pisa. Una versione più argomentata e approfondita delle posizioni qui sostenute può trovarsi nella stesura integrale di tale Relazione, in corso di pubblicazione su *Costituzionalismo.it*.

² Secondo la definizione di E. Cheli, *Legislatori e giudici nella difesa dei diritti*, in AA.VV., *Il rapporto tra giudice e legislatore nella tutela dei diritti verso un nuovo equilibrio*. Lectio magistralis di Paolo Caretti, a cura di A. Cardone, F. Donati, M.C. Grisolia, G. Tarli Barbieri, ESL, Napoli 2016, p. 53.

³ M. Luciani, *Giurisdizione e legittimazione nello Stato costituzionale di diritto (ovvero: di un aspetto spesso dimenticato del rapporto fra giurisdizione e democrazia)*, in AA.VV., *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Giuffrè, Milano 1999, I, p. 873.

La polarità tra i termini opposti delle due coppie dialettiche è talmente elevata da rendere conto delle oscillazioni estreme che si registrano in dottrina con riferimento ad alcune significative espressioni dell'attività di *iurisdictio* le quali si sono manifestate nell'ordinamento giuridico italiano nei tempi recenti. Così è potuto accadere, ad esempio, che la celeberrima sentenza della Corte di cassazione, che costituisce l'epilogo (almeno in sede di giurisdizione comune nazionale)⁴ della vicenda Englaro⁵, sia stata letta ora come un'esemplare pagina giurisprudenziale, che testimonia l'uso corretto delle tecniche di applicazione dei principi costituzionali⁶, ora come creazione «dal nulla» della regola del caso, tramite un atto «irrispettoso della divisione dei poteri» e persino «oggettivamente eversivo, come lo sono tutte le invasioni di campo istituzionali»⁷.

Eppure, per il giuspositivismo moderato, le lacune, lungi dal rappresentare un *problema* teorico, costituivano un *dogma* che aveva trovato una pacificata rappresentazione nelle coordinate della concezione del fenomeno giuridico dominante nell'Ottocento: l'assioma della completezza del diritto (servente, insieme a quello della coerenza, l'obiettivo finale della certezza giuridica), fondato sulla *fiction* dell'inesistenza di vuoti di disciplina, dissimulava l'investitura istituzionale del potere giudiziario con il gravoso compito di colmare le lacune. Tale assioma trovava espressa sanzione nel *Code Napoléon*, che sanciva, senza soluzione di continuità concettuale, il divieto di *non liquet* (art. 4) accanto al principio di soggezione del giudice alla legge.

Può sembrare certo paradossale che proprio i fautori del monopolio legislativo del diritto avessero disposto a favore dei giudici l'abilitazione alla funzione integrativa dei silenzi normativi. Tuttavia il paradosso si stempera fino a dissolversi se si pensa che nello Stato monoclasse liberale, il giudice, nel ricorrere all'analogia⁸, non faceva

⁴ E dunque al netto dei conflitti di attribuzione tra poteri che poi vennero instaurati, del ricorso alla Corte Edu da parte di associazioni *pro life* e del pronunciamento in sede di giurisdizione amministrativa che condanna la Regione Lombardia al risarcimento del danno per il rifiuto dell'amministrazione sanitaria pubblica di eseguire il distacco del sondino naso-gastrico che teneva in vita la donna (vds. rispettivamente Corte Edu 22 dicembre 2008, *Rossi e al. c. Italia*, in *Foro it.*, 2009, IV, 109 e Cons. St., sent. n. 4460/2014).

⁵ Corte Cass., I sez., sent. 16 ottobre 2007, n. 21748.

⁶ Vds. A. Proto Pisani, *Il caso E.: brevi riflessioni dalla prospettiva del processo civile*, in *Foro it.*, 2009, I, 984; V. Angiolini, *Giudici e legislatori. Intervento al dibattito*, in *Dir. pubbl.*, 2016, pp. 531 ss. e R. Romboli, *I diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale*, in *RIPE*, v. 50, n. 65, jan./jun. 2016, 11. Su posizioni analoghe, in merito al precedente caso *Welby*, vds. G. Zagrebelsky, *Il giudice la legge e i diritti di Welby*, in *La Repubblica*, 19 marzo 2007 e A. Pizzorusso, *Il caso Welby: il divieto di «non liquet»*, in *Quad. cost.*, 2007, pp. 355 ss.

⁷ F. Gazzoni, *Sancho Panza in Cassazione (come si riscrive la norma sull'eutanasia, in spregio al principio di divisione dei poteri)*, in *Dir. fam. pers.*, 2008, 107.

⁸ Vds. N. Bobbio, *L'analogia nella logica del diritto*, Ist. Giur. della R. Univ., Torino 1938.

che estendere al caso non previsto la *ratio* impressa dal legislatore nella disciplina dettata per il caso espressamente regolato. Lungi dal rinnegare la volontà legislativa, l'attività con cui si rimediava in giudizio alle carenze di regolamentazione la rafforzava, in quanto, anche quando si avvaleva del ricorso ai principi generali, determinava l'espandersi della trama logica che innervava il tessuto del codice, strumento di regolamentazione tipico dello Stato di diritto ottocentesco nel continente europeo. Si rispondeva così all'esigenza di assoggettare l'intero assetto sociale all'unità di valori – incentrata sul binomio proprietà-sicurezza – cara all'élite borghese, spazzando via l'ordine cetuale e il caos delle fonti caratteristici dell'*ancien régime*.

Frantumatasi quell'unità assiologica nel moltiplicarsi delle *Weltanschauungen* che accompagna l'avvento dello Stato pluralista contemporaneo (e già il primo apparire della Rivoluzione industriale), l'integrazione del diritto si apre potenzialmente a molteplici direzioni, potendo assumere per ipotesi un volto progressista a complemento di (o in contestazione con) un legislatore animato da un intento conservatore delle posizioni sociali acquisite, o viceversa. L'affidamento al giudice del compito di colmare le carenze di disciplina diventa ora malcerto ed insidioso e difficilmente può ancora essere pacificamente annesso all'armamentario teorico del secolo scorso, senza che l'esercizio di quel compito da parte della magistratura smentisca il volto (o la maschera...) di organo neutrale e spoliticizzato che si era voluto assegnare in epoca liberale all'organo giudiziario.

Il passaggio è fedelmente registrato dalle trasformazioni che si verificano contestualmente sul versante terminologico: mentre in passato l'analogia, come insegna ancora Bobbio, è annoverata a pieno titolo nell'attività di interpretazione del diritto⁹ (*Rechtsfindung*), ora è associata alle forme di *Rechtsbindung*, al pari del giusliberismo¹⁰. È in questo momento che il riconoscimento del ruolo teso ad ovviare ai silenzi della legge (pur se sarà ancora sancito a livello normativo: vds. art. 12 Prel.) perde il solido fondamento che vantava nella precedente forma di Stato e nella concezione del diritto corrispondente: da *dogma* si muta in *problema* e come tale viene in definitiva consegnato ai giuristi delle epoche successive. Per porre le basi della sua risoluzione si esige, in particolare, un chiarimento circa il rapporto tra il contributo

⁹*Ibidem*.

¹⁰ Vds. G. Zaccaria, *L'analogia come ragionamento giuridico. Sul fondamento ermeneutico del procedimento analogico*, in AA.VV., *L'analogia e il diritto. Antologia breve*, a cura di L. Pelliccioli e V. Velluzzi, Pisa 2011, 39 ss.

giudiziale alla produzione giuridica e il principio della separazione dei poteri ereditato dallo Stato moderno.

2. Nell'impossibilità di soffermarsi su un tema di immane portata¹¹, il profilo su cui si intende richiamare l'attenzione ai nostri fini sta nel fatto che, nella teoria montesquieviana, la separazione dal potere legislativo degli altri due poteri convive pianamente con il loro integrale assoggettamento agli atti del primo. Tale subordinazione alla legge, che è evidente per il potere esecutivo – risolvendosi in essa l'obiettivo primario insito nell'affermazione dello Stato *di diritto* – è ancor più marcata per il potere giudiziario, riverberandosi anche sul piano organizzativo, con l'inquadramento dell'ordine giudiziario nei ranghi gerarchici del potere esecutivo. Per il giudice, in definitiva, *separazione* (dal Parlamento) equivale a *derivazione* (dalla legge), tanto che si è potuto compiutamente asserire che *legis latio e legis executio* «sono due fasi del processo di affermazione di un'unica volontà: quella legislativa»¹². La primazia assoluta della legge – con relativa riduzione positivista dell'intero fenomeno giuridico alla fonte di primo grado – trae origine in ultima analisi (oltre che dalla concezione razionalistica delle deliberazioni del Parlamento) dalla visione rousseauviana, in buona parte mitologica, della volontà generale.

Se tale “mitologia” oggi, come è noto, è completamente crollata, ciò non si deve al pluralismo ordinamentale e delle stesse fonti nazionali, che ha eroso la centralità della legge¹³, ma, ben prima, alla trasformazione subita dal paradigma simbolico del popolo sovrano cui quella volontà era riconducibile. Si ricorderà infatti come nell'adozione di tale paradigma quale fondamento della supremazia illuministico-liberale della legge si annidasse il rischio – ben esemplificato dalla posizione giacobina – della creazione di un potere costituente potenzialmente permanente, stabilmente insediato nelle istituzioni; rischio poi accuratamente disinnescato dalla vigorosa “virata” in senso statualistico compiuta dalla dogmatica giuspubblicistica ottocentesca (da Jellinek a Carré de Malberg a Orlando)¹⁴. Il recupero, alla metà del Novecento, della sovranità

¹¹ Vds. G. Silvestri, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. dir.*, XXXIV (1985), pp. 671 ss.; adde M. Troper, *Le nuove separazioni dei poteri*, ES, Napoli 2007, p. 14.

¹² M. Dogliani, *Garanzie d'indipendenza della Magistratura*, in AA.VV., *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, a cura di L. Lanfranchi, Ist. Enc. It. fondata da G. Treccani, Roma 1997, 51 ss. e ora in ID., *La ricerca dell'ordine perduto. Scritti scelti*, Il Mulino, Bologna 2015, 413.

¹³ Processo compiutamente descritto da U. Vogliotti, *Principio di legalità*, in *Enc. dir.*, *Annali*, VI (2013).

¹⁴ Tramite la sostituzione al popolo della nazione: vds. M. Fioravanti, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, Giappichelli, Torino 2014, 109 s.

del popolo nell'articolo 1 della Costituzione italiana, invece, non vale affatto a far guadagnare alla potente ideologia democratica i tratti assolutistici e tirannici dell'antico sovrano, incappando nell'insidia celata nella teoria democratica originaria, in quanto nemmeno il popolo detiene verso i suoi membri un'autorità senza limiti, dovendo rispettare i diritti di questi ultimi, indipendenti da qualsiasi autorità, sociale e politica¹⁵.

Come conseguenza della suaccennata innovazione concettuale, la democrazia costituzionale contemporanea assume i contorni di un modello di «fasciosa complessità»¹⁶, che, mettendo a frutto e combinando insieme il lascito della Rivoluzione francese e quello della Rivoluzione americana, tutta tesa alla limitazione delle derive tiranniche del principio democratico-rappresentativo, rifugge dalla tentazione giacobina (di cui si percepisce ancora attuale in taluni ambiti la vischiosità) e riesce nella difficile sfida teorica di conciliare l'inconciliabile: la nozione di "governo del popolo" con quella di "governo limitato".

Nella nuova forma di Stato¹⁷ corrispondente agli ordinamenti costituzional-democratici, la delimitazione giuridica del potere politico è *coesenziale* alla democraticità dell'ordinamento¹⁸, il che implica il rigetto della corrente di pensiero nota come *radicalismo democratico*, la quale vede nella formula *democrazia costituzionale* una contraddizione insanabile, in quanto l'aggettivo (il limite giuridico) è tendenzialmente idoneo a fagocitare il sostantivo (il dominio del popolo sovrano).

In lucide e stringate righe già Pizzorusso affermava che l'assolutizzazione del principio democratico-rappresentativo nella Costituzione italiana è conseguente alla tensione verso l'eliminazione dei residui dualistici, ancora presenti ai primi del Novecento, e non esclude che la forma di governo monista appena accolta – basata sull'unico circuito ad emanazione popolare di legittimazione del potere – si presentasse al contempo "razionalizzata" (esigenza questa fortemente perseguita dai Costituenti), tramite l'inserimento di una componente "culturale", rinvenibile essenzialmente nella

¹⁵ S. Senese, *Democrazia, sovranità popolare e giurisdizione*, in *Questione Giustizia*, 2/1987, p. 434.

¹⁶ A. Di Giovine e A. Mastromarino, *Il potere giudiziario nella democrazia costituzionale*, in AA.VV., *Magistratura, giurisdizione ed equilibri costituzionali. Dinamiche e confronti europei e comparati*, a cura di R. Toniatti e M. Magrassi, Cedam, Padova 2011, p. 22.

¹⁷ Mette l'accento sulla discontinuità della forma di Stato attuale rispetto a quella che l'ha preceduta, sotto il significativo profilo del mutato intendimento della nozione essenziale di sovranità, M. Fioravanti, *Il legislatore e i giudici di fronte alla Costituzione*, in *Quad. cost.*, 1/2016, pp. 17 ss.

¹⁸ Per la qualificazione dell'intera Costituzione, nella sua essenzialità, come insieme di limiti giuridici al potere vds. A. Spadaro, *Contributo per una teoria della Costituzione*, I, *Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Giuffrè, Milano 1994.

magistratura e nella *scientia iuris*¹⁹. Riportata alla declinazione della categoria della sovranità, la trasformazione implica che, detronizzato il vecchio sovrano, nessun altro sia chiamato a prendere il suo posto (ponendo al riparo l'ordinamento dagli eccessi storicamente opposti di un "governo dei giudici" o "dei custodi"): la nozione di sovranità può essere in questo contesto conservata, ma con un senso radicalmente mutato, come sovranità assiologica, che diviene predicato dei valori sottesi al dettato costituzionale²⁰. Come precisa Silvestri²¹, lo stesso popolo «entra in Costituzione come depositario di valori» che si esprimono nella forma positivizzata dei principi.

È a questi principi, impiegati in chiave interpretativa e/o in funzione nomopoietica, che la componente "culturale" dell'ordinamento attinge per smussare gli eccessi delle maggioranze politiche (attraverso l'interpretazione conforme ovvero, se il risultato perseguito esula dalle possibilità interpretative, attraverso la promozione del sindacato di legittimità costituzionale) o per colmare le lacune delle loro deliberazioni, momento questo in cui forse più di ogni altro può trovare compimento l'esigenza che «gli esclusi» dai tradizionali luoghi di deliberazione democratica ricevano adeguati spazi di riconoscimento e di tutela giuridica delle loro istanze²².

3. Identità sessuale, identità genetica, diritto all'aggiunta del cognome materno, scelte di fine-vita, libera espressione della condizione di coppia, etc.: queste le nuove istanze di tutela serpeggianti nella società civile e che fanno pressione sugli "avamposti" delle aule giudiziarie. Volendo seguire le suggestioni che provengono da Martha Nussbaum e Amartya Sen²³ – critici nei confronti di Rawls e della sua teoria della giustizia, incentrata su individui "normali" che partecipano alla vita collettiva – si potrebbe dire che gli stranieri che desiderano integrarsi, gli omosessuali che ambiscono a sposarsi, i *transgender* che chiedono di essere ufficialmente registrati con

¹⁹ *La magistratura nel sistema politico italiano*, in *Legge, giudici, politica. Le esperienze italiana e inglese a confronto*, Giuffrè, Milano 1983, pp.58 ss.

²⁰ Su questa torsione di significato di enorme portata del concetto-chiave della dottrina dello Stato sin dalla metà del XVI sec., vds. G. Silvestri, *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, ora in *Id.*, *Lo Stato senza principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Giappichelli, Torino 2005, 9 ss.

²¹ G. Silvestri, *Dal potere ai principi*, Laterza, Bari, 27.

²² S. Rodotà, *Magistratura e politica in Italia*, in *AA.VV.*, *Governo dei giudici. La magistratura tra diritto e politica*, a cura di E. Bruti Liberati, E. Ceretti, A. Giansanti, Feltrinelli, Milano 1996, p. 27.

Sulla necessità nello Stato pluralistico contemporaneo, di luoghi di deliberazione democratica plurimi, vds. anche M. Dogliani, *La tutela dei diritti e l'indipendenza della magistratura*, in *AA.VV.*, *Tempi e qualità della giustizia*, a cura di E. Bruti Liberati, Giuffrè, Milano 2004, 89.

²³ Sulla scia di A. Pioggia, *Giudici e legislatori. Intervento al dibattito*, in *Dir. pubbl.*, 2016, pp. 541 ss.

il sesso in cui si riconoscono, i nati da madre diversa da colei che li ha voluti al mondo e chi non si identifica nella percezione collettiva di benessere, sono alcune delle persone “ai margini” del prototipo comune di individuo portatore di bisogni che il legislatore tramuta in diritti.

Nel passare in rassegna i principali provvedimenti giurisprudenziali con cui i giudici tentano di ovviare alle carenze di regolamentazione riguardo alle pretese giuridiche sopra menzionate, non si è mirato a descrivere compiutamente lo stato dell’arte su questioni complesse e talora eticamente controverse, ma a individuare i possibili “formanti” che orientano il versante integrativo dello *iuris dicere*, al fine di misurarne le prestazioni in termini di certezza giuridica.

1) Il primo dato emerso è che, a differenza di quanto spesso si crede, *non sussistono “zone franche”, immuni dall’apporto integrativo del giudice*. Tale posizione è stata sostenuta con riferimento ai diritti sociali, in quanto il giudice non dispone della provvista finanziaria né del supporto organizzativo di sostegno necessari per dar corpo ai “diritti a prestazione”. L’assunto è smentito dalla prassi: si pensi al provvedimento con cui il Tar Toscana²⁴ annulla il diniego di concessione edilizia frapposto da un piccolo comune alla richiesta di realizzazione di una unità abitativa ad uso di un disabile al 100%, dotata di appositi servizi ed accessori. All’amministrazione, che fondava il diniego sull’assenza nella legislazione in materia di una previsione espressa che consentisse simili opere, il giudice obietta che il silenzio non può considerarsi ostativo in presenza nella medesima legge di principi, sostanzialmente ripetitivi dell’art. 3, comma 2, Cost., che impegnano gli enti pubblici alla rimozione degli ostacoli che impediscono ai portatori di handicap il pieno sviluppo della personalità.

La posizione qui sostenuta trova anche un solido avallo teorico: se da tempo si è acquisita la consapevolezza che tutti i diritti “costano”, comprese le classiche libertà (l’esempio più eloquente è offerto dal diritto di difesa di cui all’art. 24 Cost.), è vero anche l’inverso, ben potendo pure i diritti di seconda generazione presentare profili non onerosi, in quanto legati a provvedimenti meramente concessori o autorizzativi richiesti alla PA, come nel caso del precedente giudiziario toscano.

²⁴ Tar Toscana, sez. III, 9 giu. 2000, 1151.

2) Il secondo formante attiene alle modalità di “concretizzazione” diretta dei principi costituzionali in giudizio, tecnica temuta per la possibilità che in essa si insinuino spazi di soggettivismo giudiziale che avviino l’ordinamento verso una graduale dissoluzione casistica e progressiva perdita di certezza. Non sempre tale attività consiste nel desumere dai principi in campo, in via di specificazione progressiva e di bilanciamento reciproco²⁵, la soluzione che ne costituisca il “precipitato” nel caso di specie, ma intraprende spesso una via diversa e più lineare e verificabile nella sua correttezza, che non apre margini rilevanti di discrezionalità.

Emblematica la già menzionata sentenza resa dalla Cassazione nel 2007 sul caso Englaro. Il ragionamento giuridico sotteso alla pronuncia – che si avvale di una ricostruzione puntuale della portata assunta nel nostro ordinamento dal diritto al rifiuto di cure (anche quando l’esito del rifiuto sia fatale per il paziente), come espressione della libertà di autodeterminazione dell’individuo e sulla base del presupposto del consenso libero, informato, autentico e attuale, per poi soffermarsi sulla specifica posizione del paziente incapace, incentrata sui limiti dell’attività del tutore – scarnificato fino all’essenziale si riduce al seguente passaggio: in presenza dei principi costituzionali sulla libertà personale e il diritto alla salute di cui agli artt. 13 e 31 Cost., che esigono che i provvedimenti limitativi siano ammessi solo se risultanti da una puntuale previsione di legge, in mancanza di qualsiasi previsione nella fattispecie, sono suscettibili di riespandersi in massimo grado²⁶.

Analogamente rilevano i principi nell’argomentazione con cui la Cassazione procede ad estendere il diritto alla rettificazione anagrafica del sesso, prevista dalla legge n. 164/1982, a favore di coloro che, pur non riconoscendosi nel sesso di nascita non intendano sottoporsi, previa autorizzazione del tribunale, all’intervento chirurgico (ex d.lgs n. 150/2011) cui la legge subordina la modifica: una volta affermato il diritto all’identità genetica, si procede ad un allargamento soggettivo della categoria di beneficiari, comprendendo in essa una “minoranza nella minoranza”, che era rimasta esclusa dal legislatore. Il medesimo schema ricorre anche rispetto agli stranieri: una volta affermati nel TU sull’immigrazione e la condizione giuridica dello straniero (art.

²⁵Secondo le cadenze ampiamente descritte dalla dottrina, da R. Dworkin, *I diritti presi sul serio* (1977), Il Mulino, Bologna 1982, 48 ss. a L. Gianformaggio, *L’interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi*, in *Riv. internaz. fil. dir.*, 1985, 90 ss.

²⁶ Lo rilevano A. Pizzorusso, *Il caso Welby: il divieto di non liquet*, in *Quad. cost.*, fasc. 2, giu. 2007, 356 s.; A. Proto Pisani, *Il caso E.: brevi riflessioni dalla prospettiva del processo civile*, in *Foro it.*, 2009, I, 984 e V. Angiolini, *Giudici e legislatori. Intervento al dibattito*, in *Dir. pubbl.*, 2016, pp. 531 ss.

2, commi 2 e 3, d.lgs n. 286/1998) principi generali sui diritti sociali delle categorie interessate, occorre una specifica legge – afferma la Corte costituzionale – per negare ad un lavoratore extracomunitario diritti riconosciuti al lavoratore italiano, dovendosi in mancanza procedere alla parificazione del trattamento. Analogamente, infine, la Corte di cassazione²⁷ ragiona quando estende il diritto alla modifica anagrafica a favore di soggetti che la legge (l. n. 164/1982) non aveva preso originariamente in considerazione, ovvero coloro che non intendessero sottoporsi ad intervento chirurgico (disciplinato dal d. lgs 150/2011) pur non riconoscendosi nel sesso di nascita.

In tutti questi casi, *i principi costituzionali non operano come base normativa indeterminata per successive operazioni di derivazione e di contemperamento*, bensì come fattore che indica la *qualificazione giuridica* o meglio *il significato normativo* da tributare al silenzio legislativo, consentendo di leggerlo come ostativo o meno al riconoscimento della pretesa inedita avanzata in giudizio.

3) Quando si tratta di dare garanzia giuridica a diritti *ex nihilo* la giurisprudenza si mostra prevalentemente molto cauta.

a) Essa non dà, ad esempio, diritto di cittadinanza nel nostro ordinamento al matrimonio omosessuale, ma sollecita il giudizio di legittimità costituzionale, che con la sentenza n. 138/2010 ne esclude la compatibilità con l'art. 29 Cost., non reputando tale norma, in base ad un'interpretazione storico-letterale, idonea a tollerare un'interpretazione estensiva così lata come quella richiesta. Né le iniziative di alcuni giudici ribelli, che prescrivono la trascrizione del *same-sex marriage* celebrato all'estero, superano il vaglio della Corte d'appello²⁸.

Ciò che qui importa rilevare è che, sulla scorta del riconoscimento del «diritto a vivere liberamente una condizione di coppia» sancito nella sentenza del garante della supremazia costituzionale, in attesa del sollecitato intervento del legislatore²⁹, la Corte di cassazione abilita tutti i giudici di merito ad estendere alle coppie dello stesso sesso i diritti e doveri dei coniugi ai fini del perseguimento di un «trattamento omogeneo» a

²⁷ Corte Cass., sent. 20 luglio 2015, n. 15138.

²⁸ Vds. rispettivamente Tribunale di Grosseto, 9 apr. 2014. e Corte d'appello di Grosseto, 19 settembre 2014

²⁹ Che si è concretizzato, sei anni dopo la sollecitazione dell'organo costituzionale di controllo, nella legge sulle unioni civili n. 76/2016.

quello di questi ultimi ³⁰. Se la magistratura non avrebbe potuto, nelle more dell'attivazione del Parlamento, disegnare certo con completezza di contorni i tratti della forma di convivenza alternativa al matrimonio, che la Corte costituzionale collega alle formazioni sociali di cui all'art. 2 Cost., si è tuttavia reputata legittimata a procedere all'allineamento progressivo dei suoi contenuti, per quanto possibile, a quelli dell'istituto matrimoniale. La posizione del giudice delle leggi non ha trovato un freno nella Corte Edu che ha demandato agli Stati in materia ampi margini di apprezzamento³¹.

Una posizione di chiusura conservatrice ha adottato la giurisprudenza pure di fronte alla richiesta di addizione del cognome materno al patronimico, tanto che è proprio l'insoddisfacente percorrenza delle vie giudiziarie interne a consentire ai coniugi *Cusan* e *Fazzo* di rivolgersi in via sussidiaria alla Corte di Strasburgo, ottenendone una condanna dell'Italia per la lacuna lamentata³². Le remore dei giudici interni a ribaltare una tradizione antica, risalente ad istituti del diritto romano, risalta se confrontata con l'assenza di una specifica norma di legge che prescrivesse la trasmissione al figlio del solo cognome paterno (risultante per implicito dal combinato disposto di diverse norme codicistiche nonché da norme di rango subordinato) e con l'ammissione da parte della Corte costituzionale dell'inadeguatezza di essa all'evoluzione raggiunta nel nostro ordinamento dai principi di eguaglianza morale e materiale dei coniugi³³.

Le vicende da ultimo richiamate sono anche significative della triangolazione tra giudici comuni, Corte costituzionale e Corte Edu³⁴, che costituisce esempio di quella *cross-fertilization* che, una volta acquisite le coordinate teoriche dell'antioriorità dei diritti umani rispetto al singolo ordinamento statale, è destinata a divenire sempre più familiare al linguaggio giuridico. Basti pensare che il ricorso alla categoria del margine di apprezzamento da parte della Corte Edu ha consentito (pur dinanzi all'assenza del riferimento alla diversità dei sessi dei nubendi come presupposto del matrimonio contemplato dall'art. 8 della Convenzione) alla Corte costituzionale di mantenere fermo il paradigma eterosessuale dell'istituto di cui all'art. 29 Cost., mentre la

³⁰ Corte Cass., Sez. I civ., 15 marzo 2012, n. 4184.

³¹ Corte Edu, 24 giu. 2010, caso *Schalk e Kopf c. Austria*.

³² Che ha poi funto da impulso alla generalizzazione della soluzione con la sentenza n. 286/2016.

³³ Già presente nella sent. n. 61/2006 (ma vds. pure ordd. nn. 176 e 586 del 1988).

³⁴ Su cui vds. A. Ruggeri, *Dal legislatore al giudice, sovranazionale e nazionale: la scrittura delle norme in progress, al servizio dei diritti fondamentali*, in *Forumcostituzionale*, 29 novembre 2014, spec. pp. 16 ss.

condanna nel caso *Cusan e Fazzo* ha accelerato (e forse determinato...) una svolta del giudice delle leggi altrimenti ancora procrastinata all'attivazione del legislatore.

b) L'esempio di una posizione innovativa assunta dai giudici comuni si rinviene riguardo al diritto alla conservazione dello *status filiationis* non veridico in capo al minore nato da GPA (ovvero nell'ambito di progetto di genitorialità omosessuale). È noto che, allo scopo di aggirare il divieto di GPA esistente nel nostro ordinamento, si sia sviluppata una prassi di ricorso al "turismo procreativo" verso i Paesi in cui la *surrogacy* è ammessa. La magistratura italiana si trova a farsi carico dell'interesse del minore così comunque inserito in un nucleo di affetti al momento in cui si scatena la reazione dell'ordinamento verso la condotta illecita della coppia, reazione che si concretizza nel rifiuto di trascrizione dell'atto di nascita attestante la genitorialità intenzionale, nella segnalazione alla procura della Repubblica per l'imputazione per il reato di falso in atto pubblico e la rilevazione della violazione della legge sulle adozioni. Che questa concatenazione di conseguenze giuridiche non sempre risponda nel modo più adeguato all'interesse di detto minore è testimoniato dai provvedimenti giudiziali che talora non negano la trascrizione e nelle decisioni con cui i tribunali per i minorenni dichiarano il non luogo a provvedere sulla domanda di adottabilità per carenza del requisito dello stato di abbandono. Tali iniziative non si mostrano sempre risolutive, se nel procedimento per la dichiarazione dello stato di adottabilità la procura chiede, tramite la nomina di apposito curatore, l'impugnazione del riconoscimento di maternità per difetto di veridicità *ex art. 263 cc.*³⁵.

La magistratura sembrava inizialmente avviarsi verso un punto di equilibrio: per il futuro, assicurare una difesa del principio di verità della nascita, a garanzia della centralità e non manipolabilità di un originario legame biologico di ogni essere umano che viene generato, non ammettendo la trascrizione degli atti di nascita formati all'estero in seguito a GPA in quanto contraria all'ordine pubblico e, al contempo, per il passato, sanare le situazioni pregresse, in cui il corrispondente *status filiationis* non veridico si sia già consolidato (anche giuridicamente) nel nostro Paese, rinvenendo –

³⁵ Su tale norma è stata pertanto sollevata questione di legittimità costituzionale (ancora pendente al momento in cui si scrive) per chiederne l'annullamento nella parte in cui non consente al giudice di valutare il preminente interesse del minore alla conservazione del rapporto di filiazione con la madre "intenzionale": Corte d'App. Milano, ord. 25 lug. 2016 n. 273, su cui v. i commenti pubblicati nel *Focus: Verità della nascita e GPA (gravidezza per altri)*, in *GenIUS*, 2/2017.

con l'apporto richiesto all'organo costituzionale di controllo o *aliunde* – un rimedio circoscritto a tali specifici casi, nell'interesse preminente del minore.

Un recente mutamento di rotta è stato intrapreso dalla giurisdizione di legittimità³⁶, che riscrive la nozione di ordine pubblico (non più inteso in chiave difensiva...), ispirandosi ad un diverso orientamento che, sviluppando una concezione della maternità (e, più ampiamente, di genitorialità) intenzionale a fianco di quella biologica, antepone l'interesse del nato alla continuità dei rapporti di filiazione *comunque* instaurati, pur al di fuori di legami di tipo genetico o biologico. La pronuncia si riferisce alla distinta questione della doppia genitorialità *same-sex* riconosciuta nell'ambito di un progetto di genitorialità portato avanti da coppie omosessuali attraverso il ricorso alla fecondazione eterologa, a favore delle quali consente la trascrizione *tout court* dell'atto di nascita formato all'estero³⁷, ma si riferisce anche al progetto di maternità tramite surrogazione. La presenza di un interesse sguarnito di tutela o privo di tutela adeguata sembra essere in queste ipotesi il motore propulsore della spinta innovativa.

4) Il quarto formante consiste nella *conversione dell'attività di integrazione dei vuoti normativi in adeguamento interpretativo di previsioni espresse*: rimasta insoddisfatta in prima battuta la pretesa emergente e non legalmente tutelata, il giudice si confronta ugualmente con le esigenze obliterate dalla lacuna, al momento di far valere la reazione dell'ordinamento giuridico al comportamento soddisfacente spontaneamente posto in essere dagli interessati. Così, come si diceva, il problema del silenzio della legge si converte nell'adeguamento delle norme che prevedendo tale comportamento come illecito, comminano una qualche forma di responsabilità, spesso peraltro di natura penale.

a) L'adeguamento e, se necessaria, la neutralizzazione della norma penale incriminatrice della condotta soddisfacente avvengono in alcuni casi attraverso l'ausilio delle categorie generali: per esonerare da responsabilità per omicidio del consenziente il medico che si persuade a staccare la spina nel caso Welby, si invoca la scriminante

³⁶Corte Cass., I sez. civ., sent. n. 19599/2016.

³⁷Con una soluzione più avanzata rispetto a quella che riconosceva il legame nascente dall'adozione in casi particolari a favore del genitore non biologico.

dell'adempimento di un dovere, ricostruito simmetricamente al diritto di rifiutare le cure nell'ampiezza da esso assunta nel nostro ordinamento³⁸.

b) In altre occasioni il giudice persegue la via di elaborare interpretazioni restrittive delle fattispecie penali non nate per sanzionare i comportamenti *de quibus*, che tuttavia l'evoluzione della coscienza civile presenta e che appaiono astrattamente idonei ad integrare gli estremi della condotta punibile.

Così, il procedimento a carico di Marco Cappato (che com'è noto accompagna dj Fabo, presso la clinica svizzera che pratica il "suicidio assistito") – imputato coattivamente per rafforzamento del proposito suicida e aiuto al suicidio *ex art. 580 cp.*, su richiesta del gip³⁹ – per il pm avrebbe dovuto essere archiviato, sulla base di una innovativa lettura che esclude dall'ambito d'azione della disposizione penale i comportamenti prodromici alla condotta tipica, per difetto di materialità e di offensività⁴⁰. Il caso verificatosi, infatti, non rientra a rigore nella *ratio* originaria della previsione normativa, non pensata in relazione a situazioni di prolungamento della vita biologica – anche nei confronti di chi versa in condizioni di grave sofferenza ed in cui risultano drasticamente ridotte le più elementari funzioni vitali – che il progresso della medicina moderna consente⁴¹. La vicenda giudiziaria, sin dalle sue prime battute, è emblematica della possibilità che in *hard cases* sia ipotizzabile una duplicità di soluzioni – quali quella del pm che tende ad escludere la responsabilità e quella del gip che si basa invece sulla lettura "vivente"⁴² estensiva dell'art. 580 cp – entrambe *optimo iure*: circostanza questa in cui si sfiora l'apice dell'incertezza giuridica – in un campo nel quale, per il massimo rango del bene coinvolto, l'esigenza di prevedibilità e sicurezza è massima – in relazione non alla graduazione bensì alla stessa sussistenza della responsabilità penale.

In situazioni come questa, in cui l'ordinamento giuridico sembra supportare due pronunce antitetiche (la condanna sulla base della lettura formalisticamente consentita dal precetto penale, l'assoluzione in virtù di una rilettura adeguatrice) sul

³⁸Trib. pen. di Roma (nella persona del gup), 17 ott. 2007, Riccio, in *Riv. fam. pers.*, 2008, pp. 343 ss.

³⁹Vds. gip Trib. di Milano, ord. 10 luglio 2017, allegato in *Dir. pen. cont.*, 18 luglio 2017.

⁴⁰Vds. pm Trib. di Milano, rich. arch. 2 mag. 2017, allegato in *Dir. pen. cont.*, 8 maggio 2017.

⁴¹L. Risicato, *La dignità del morire tra principi costituzionali, norme penali obsolete e legislatore renitente: una ricognizione laica dei confini artificiali della vita*, in *paper*; R. E. Omodei, *Istigazione e aiuto al suicidio tra utilitarismo e paternalismo: una visione costituzionalmente orientata dell'art. 580 c.p.*, in *Dir. pen. cont.*, 10/2017, spec. 161; adde M. Donini, *La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite all'intervento penale*, in *Riv. it. med. leg.*, n. 2/2016, pp. 555 ss.

⁴²Vds. ad es. Corte Cass., sez. I, 6 febbraio 1998, n. 3147, Munaò, in *Riv. pen.*, 1998, pp. 466 ss.

piano della colpevolezza, il *vulnus* per la certezza giuridica è inammissibile in quanto le oscillazioni delle decisioni giudiziarie ipotizzabili superano la soglia del tollerabile. Per governare simili situazioni di incertezza si propone di fare appello ai principi di chiusura che reggono il diritto penale – *in primis* il principio di necessità della pena – effettuandone una traslazione dal diritto penale sostanziale al “diritto giurisprudenziale”, per cui nella possibilità di sostenere con argomenti plausibili due esiti giudiziari opposti, è a quello più mite che deve essere data la prevalenza.