



Università degli Studi di Ferrara

DOTTORATO DI RICERCA IN
"DIRITTO COSTITUZIONALE"

CICLO XXVI

COORDINATORE Prof. Andrea Pugiotto

Limiti della giurisdizione e divieto di *non liquet*.
L'accesso dei diritti alla giustizia

Settore Scientifico Disciplinare IUS/08

Dottorando

Dott.ssa Giustozzi Sara

Tutore

Prof. Bin Roberto

Anni 2011/2013

Indice

<u>Introduzione</u>	p. 2
<u>Capitolo I – Teorica del divieto di <i>non liquet</i> e temi correlati</u>	p. 5
Premessa	p. 5
1. La giurisdizione	p. 7
2. La completezza dell'ordinamento giuridico	p. 9
2.1 Donati e la completezza formale dell'ordinamento giuridico	p. 10
2.2 Bobbio e la “tripartizione dello spazio giuridico”, con “lacune per esuberanza”	p. 13
3. L'interpretazione	p. 14
<u>Capitolo II – Fenomenologia del <i>non liquet</i></u>	p. 20
1. Il c.d. “caso Englaro”	p. 20
1.1 I giudizi di merito	p. 21
1.2 La pronuncia della Corte di cassazione	p. 25
1.3 L'ordinanza della Corte costituzionale n. 334/2008	p. 28
2. Il c.d. “caso Welby” – l'applicazione “schizofrenica” del divieto di <i>non liquet</i>	p. 33
3. La sentenza 16754/2012 della Corte di cassazione	p. 41
4. La sentenza della Corte costituzionale n. 1/2014	p. 46
<u>Conclusioni</u>	p. 50
<i>Bibliografia</i>	p. 62

Introduzione

La ricerca prende avvio da un interesse sorto a seguito della sentenza della Cassazione Civile, sez. I, n. 21748/2007 e del conseguente decreto 09/07/2008, emesso dalla Corte d'Appello di Milano. Le due pronunce riguardano il c.d. “caso Englaro”. Tale vicenda si è imposta all'attenzione dei giuristi – e non solo – per le difficoltà con cui i giudici chiamati a risolverla sono giunti a trovare una soluzione al caso, in assenza di una specifica disciplina che ne regolasse almeno alcuni tra gli aspetti più delicati. In esse emerge dunque con tutta evidenza il problema del divieto di pronuncia di *non liquet*. A tale suggestione si aggiunge, come secondo affluente al corso della ricerca, un risalente articolo di Gino Gorla, nel quale l'A. mostra come l'art.12 delle Disposizioni preliminari al codice civile del 1942 debba intendersi riferito al giudice e non all'interprete in generale, in quanto posto a presidio del divieto di *non liquet*, più che a guida dell'interpretazione in genere dei testi normativi¹. Lo scritto in parola si premura, infatti, di rilevare come l'interpretazione generalmente diffusa dell' art. 12 citato, ravvisi in questo «la *sedes materiae* delle regole sull'interpretazione della legge», con indicazione dei canoni interpretativi da seguire per qualsiasi interessato. In realtà, ricostruendo la storia più e meno recente delle disposizioni in questione, si nota come esse derivino dalla necessità di regolare i rapporti tra giudici e legislatori proprio riguardo ai casi in cui mancasse una disposizione specifica per la regolazione di determinate vicende giuridiche.

A fronte di una tale premessa, si è delineato l'oggetto del lavoro come un'indagine del rapporto tra le possibilità di accesso alla giustizia per tutelare i diritti e il divieto di *non liquet*. Proprio tale divieto, infatti, impone al giudice di fornire in ogni caso una risposta alle domande di tutela giurisdizionale che egli si veda rivolgere. La riflessione, pertanto, si articola in due parti essenziali. Nella prima, sono individuate le principali acquisizioni raggiunte dagli studi concernenti la teorica del divieto in parola e di alcuni concetti ad esso collegati (i concetti di “giurisdizione” e di “completezza” dell'ordinamento); ad esse segue un breve riepilogo delle posizioni più significative espresse negli studi in materia di interpretazione giuridica. La seconda parte, invece, è dedicata all'esame di alcuni casi giurisprudenziali ritenuti particolarmente utili per osservare l'atteggiamento mostrato dai giudici rispetto al divieto di pronuncia di *non liquet*. La ricerca si articola, dunque, in una prima parte teorica, volta a ricostruire i termini essenziali del problema del divieto di *non*

¹ G. GORLA, *I precedenti storici dell'art. 12 disposizioni preliminari del codice civile del 1942 (un problema di diritto costituzionale?)*, in *Foro it.*, 1969, V, 112 ss.

liquet, al fine ulteriore di individuare il contesto entro cui tale problema si colloca, ed in una seconda parte di taglio più pratico, in cui sono poste a confronto le acquisizioni teoriche maturate rispetto al detto problema, da un lato, e il modo in cui esso viene percepito e gestito nella pratica dai giudici, dall'altro. La fiducia nella completezza dell'ordinamento, infatti, comporta la convinzione che non vi possano essere casi sprovvisti di tutela, nel senso di non trattati dalle leggi e, dunque, non risolvibili dal giudice. Da cui, il divieto per i giudici di non decidere invocando l'assenza o l'oscurità della legge. In realtà, il mito del legislatore onnipotente in quanto onnisciente è tramontato da tempo², così che il problema della tutela dei diritti mostra tutta la sua attualità. Le riflessioni suscitate dalla ricerca così condotta, hanno portato dunque a considerare se la garanzia della tutela dei diritti risieda davvero nella (supposta) completezza dell'ordinamento giuridico che andrebbe, di conseguenza, inseguita all'infinito, oppure risieda, in eventualità, anche altrove. E, se sì, allora, dove.

I "limiti della giurisdizione" di cui al titolo del lavoro, dunque, non consistono in quelli solitamente considerati tali, vale a dire il riparto di potere giurisdizionale tra i vari tipi di giudici previsti dall'ordinamento italiano o, eventualmente, tra i giudici italiani e giudici stranieri³. Il problema dei limiti viene in realtà riguardato da una prospettiva sia più generale, come eventuale impossibilità di chiedere (ed ottenere) tutela giurisdizionale, sia più particolare, con riferimento ad alcuni casi concretamente verificatisi, in cui la questione è emersa in tutta la sua evidenza.

Sebbene la vicenda di partenza presenti spunti di ricerca assai numerosi e senz'altro interessanti, si è preferito, in questa sede, tentare di ricostruire un quadro d'insieme del sistema, piuttosto che approfondire analiticamente uno dei suoi molteplici aspetti.

Il lavoro, pertanto, pur prendendo spunto dal "caso Englaro", non si occupa in maniera precipua ed analitica: delle problematiche sottese al tema del c.d. "fine vita"; della separazione tra poteri, con specifico riferimento al rapporto tra potere legislativo e potere giudiziario; di ermeneutica giuridica; della tecnica di motivazione delle sentenze; della giurisprudenza relativa alla tutela di una particolare categoria di diritti. Ciascuno di tali temi, invero, ricorre più o meno esplicitamente all'interno del lavoro; ciò senza costituirne, tuttavia, l'oggetto esclusivo o, comunque, prevalente. La ragione della scelta è data dalla volontà di tentare una riflessione complessiva sulle possibilità di accesso dei diritti alla

² Cfr. N. BOBBIO, *Lacune del diritto*, in *Nss. Dig. It.*, IX, 1963, 420 ss.

³ Cfr., ad es. e per tutti, C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Torino, 2011, 205 ss. e L.P. COMOGLIO, G. FERRI, M. TARUFFO, *Lezioni sul processo civile I*, Bologna, 2011, 138 ss.

giustizia e sul rapporto tra tali possibilità e la completezza dell'ordinamento giuridico. La completezza è, infatti, lo strumento storicamente impiegato, a livello concettuale e culturale, per sostenere l'autosufficienza dell'ordinamento rispetto alla tutela degli interessi che esso riconosce. La conclusione di questa ricerca conduce ad un approdo (necessariamente relativo e non definitivo) completamente diverso.

Nella piena consapevolezza della complessità del problema e delle innumerevoli derive cui lo stesso può condurre, si è voluto, in ogni caso, tentare di coglierne almeno qualche tratto.

Capitolo I

Teorica del divieto di *non liquet* e temi correlati

Premessa

La teorizzazione esplicita del divieto di pronuncia di *non liquet* è tradizionalmente rinvenuta nell'art. 4 del *code Napoléon* del 1804, il quale espressamente prevede la responsabilità dei giudici che deneghino giustizia. Data la natura della fonte in questione, in essa si individua anche la sede della positivizzazione del principio. Previsioni analoghe sono presenti anche nell'attuale ordinamento italiano, in particolare nell'art. 3 della legge n. 117/1988, che disciplina la responsabilità civile dei magistrati.

Le ragioni storiche dell'introduzione del divieto in parola sono di consueto ravvisate nel fenomeno delle grandi codificazioni che interessò l'Europa continentale a seguito della rivoluzione francese del 1789 e, nello specifico, nel retroterra culturale che tale fenomeno ispirò e condusse. La situazione di "particolarismo giuridico" generatasi nei secoli del c.d. *ancien régime* era divenuta insostenibile, per le sperequazioni che aveva provocato rispetto al trattamento giuridico dei soggetti. La confusione e, spesso, la sovrapposizione di centri di potere, di ordinamenti giuridici e delle rispettive giurisdizioni, aveva finito per condurre all'exasperazione, sfociata nella prepotente pretesa di eguaglianza e certezza del diritto di cui si era fatta carico, con successo, la rivoluzione francese. In un tale contesto, l'esistenza di un unico codice che contenesse tutte le regole e le uniche regole da seguire apparve come la soluzione ideale a tutte le insoddisfazioni e le ingiustizie che avevano afflitto il precedente periodo storico. Come tutte le conquiste, però, anche quella dell'unificazione della fonte del diritto dovette impostare la propria giustificazione fondativa. Se l'eguaglianza dei soggetti di diritto e la certezza del diritto medesimo erano, in passato, state compromesse dalla possibilità di mettere in dubbio quale fosse la norma da applicare (o, addirittura, se ve ne fosse almeno una) e da parte di chi, allora il nuovo sistema di riferimento non doveva consentire incertezze circa la copertura di tutte le esigenze esprimibili dalla società, né permettere ai giudici di interferire con l'individuazione e la valutazione di tali esigenze. Il diritto doveva promanare, dunque, da un'unica fonte, coprire tutti i casi possibili e vincolare i giudici alla semplice applicazione a ciascun caso della "sua" regola, contenuta a monte nell'unica fonte di diritto ammessa, ed in essa immobilizzata, così da essere sempre uguale a se stessa, per tutti. Tale garanzia esigeva che

i giudici non potessero trovare spazi di manovra all'interno dell'ordinamento posto e che, pertanto, dovessero sempre fornire una soluzione ai casi giuridici, sulla base di quell'ordinamento medesimo. Il divieto di *non liquet* viene dunque introdotto per impedire qualsiasi attività creativa da parte dei giudici. Se l'ordinamento non fosse completo, infatti, essi potrebbero assumere personali iniziative nei casi non coperti dal diritto positivo, con evidente pericolo di diseguaglianze ed incertezze.

In realtà, il fenomeno della denegata giustizia era conosciuto e represso anche in età di molto anteriore alla codificazione napoleonica. Si è osservato da parte di alcuni⁴, per esempio, che nell'antico diritto germanico «il giudice longobardo giurava di bene amministrare la giustizia, ed era severamente punito nei casi di denegata giustizia», come pure che, nell'età carolingia, «Al di sopra di tutti i tribunali, vi era quello imperiale, con giurisdizione, amplissima, tanto in materia di impugnazioni, di controversie fiscali, di denegata giustizia [... e che...] tra i comportamenti illegittimi dei giudici, di cui i capitolari trattano, quello più frequentemente condannato è la denegazione di giustizia». La circostanza trova poi conferma anche nelle osservazioni di un altro autore che ha approfondito la questione⁵. In particolare, si è evidenziato come «Prior to the French Revolution, before the separation of powers, the main question was not that of lacunae but rather that of the directions given to the judge in order to help him carry out his function». E questa interpretazione del divieto è stata confermata anche da chi, in Italia, si è occupato di ricostruire storicamente il significato autentico dell'art. 12 delle disposizioni preliminari al codice civile⁶. Tale significato consisterebbe, infatti, nel «risolvere il problema dei poteri e dei doveri del giudice di fronte al legislatore», con specifico riguardo al «compito del giudice di decidere le controversie e del come deciderle».

Come anticipato in sede introduttiva, il tema del divieto di denegare giustizia deve essere opportunamente completato con considerazioni attinenti a nozioni e problematiche che interessano l'ordinamento giuridico sotto altri e diversi profili, rispetto a quelli accennati sino ad ora. Ad essi sono dedicati i paragrafi che seguono.

⁴ C. SCHWARZENBERG, voce *Giurisdizione (dir. intermedio)*, in *Enciclopedia del diritto*, XIX, 1970, 202 e 204.

⁵ A. M. RABELLO, *Non liquet: from modern law to roman law*, in 10 *Ann. Surv. Int'l & Comp. L.* 1 2004.

⁶ G. GORLA, *I precedenti*, cit.

1. la giurisdizione

Prima di avviare la ricostruzione della nozione e della portata del divieto di *non liquet*, si ritiene opportuno dedicare qualche passo al concetto di giurisdizione. Il divieto, infatti, si rivolge ai giudici, vale a dire, ai soggetti che esercitano il potere giurisdizionale.

La notazione potrà forse apparire oziosa. In realtà, si mostrerà nel corso del lavoro che essa risulta significativa, ai fini della tesi che si sostiene.

Il concetto di giurisdizione risulta per lo più dato per acquisito o, comunque, per comunemente posseduto. In realtà, trattasi di concetto tecnico, del quale può forse esservi una qualche idea nella coscienza comune ma che, ai fini del presente lavoro, è opportuno cogliere con maggiore precisione.

Avviando l'indagine dalla sede più elementare, si dà in primo luogo conto di come la giurisdizione sia definita dalla processualistica italiana.

Senza indulgere in citazioni tratte dai vari contributi esistenti, si dirà sinteticamente che le definizioni rintracciabili sono abbastanza variegate, in quanto si fondano su angoli di visuale diversi a seconda dell'Autore considerato. In particolare, si distinguono prospettive che privilegiano l'aspetto funzionale, con varie finalità attribuite alla giurisdizione, e prospettive che valorizzano, invece, il dato strutturale, individuato però prevalentemente nell'idoneità a produrre un accertamento incontrovertibile, vale a dire calibrato sul particolare tipo di attività giurisdizionale rappresentato dal processo di cognizione⁷. Oltre a questo, che si potrebbe definire l'approccio "oggettivo" al concetto di giurisdizione, incentrato cioè sulle caratteristiche dell'attività in cui quella consiste e sui suoi principali risultati, si riscontra un approccio "soggettivo", inteso cioè ad individuare la giurisdizione in base ai soggetti cui l'ordinamento attribuisce il relativo potere. Nessuna delle due prospettive può dirsi inutile. Se mai, esse risultano complementari.

Poiché, tuttavia, si è dichiarato come l'indagine che s'intende condurre sia volta ad un esame complessivo della tutela giurisdizionale dei diritti, occorre verificare se, tra le varie nozioni e definizioni rinvenibili, sia dato individuare almeno un tratto costante e comune. Coordinandole e riunendole, si può indicare un "contenuto minimo" del concetto di giurisdizione, sul quale i vari Autori possono ritenersi concordi: la giurisdizione consiste

⁷ Per alcuni esempi delle varie definizioni proposte, v. C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Torino, 2011, cit., 8-10; ID, voce *Giurisdizione (in generale)*, in *Dig. Priv. sez. Civ.*, IX, Torino, 1993, 128-129; A. SEGNI, voce *Giurisdizione (in generale)*, in *Nss. Dig. It.*, VII, 1965, 987 ss.

nel potere di decidere su una domanda di tutela giurisdizionale, intesa come una domanda di tutela dei diritti.⁸

La conclusione viene, del resto, presentata come inevitabile da parte degli stessi AA. citati, in ragione della lettera dell'art. 2907 c.c. e, soprattutto, della chiara posizione assunta sul punto dall'art. 24, 1° comma della Costituzione.

Il tema, tuttavia, non è affrontato solamente in quella che appare la sua sede istituzionale, ma anche altrove. Per quanto riguarda il diritto costituzionale si segnala, in particolare, il contributo di Pace⁹, il quale, dopo aver trattato per alcune pagine delle garanzie giurisdizionali dei diritti costituzionali, rileva che, in effetti: «Finora si è parlato di garanzie giurisdizionali dando per presupposta la conoscenza del concetto di giurisdizione». Costatazione alla quale l'A. fa prontamente seguito, spiegando il concetto. Come anche alcuni processualisti, tuttavia, Pace definisce la giurisdizione “*per relationem*”, vale a dire rispetto ai soggetti che la esercitano, piuttosto che spiegando in che cosa essa consista. In particolare, l'A. spiega che «il nostro diritto positivo individua, in linea di principio, la funzione giurisdizionale [...] in virtù dell'individuazione (diretta o indiretta) delle strutture che esercitano tale attività», passando poi ad elencare quali siano tali strutture. Anche in questo caso, dunque, ricorso al criterio soggettivo-formale¹⁰.

A conclusione di questa breve premessa, si può dunque riepilogare che la giurisdizione consiste nel potere di decidere sulle domande di tutela giurisdizionale dei diritti e che essa esiste là dove e fin dove esista un giudice legittimamente investito del relativo potere da parte dell'ordinamento.

È, questo, il primo punto su cui poggia il presente lavoro.

Infine, si deve dare conto che anche la Corte costituzionale ha contribuito ad arricchire il quadro dei caratteri dell'attività giurisdizionale, attraverso le nozioni di “giudice” e di

⁸ Solo a titolo esemplificativo, si possono cfr. S.SATTA, voce, *Giurisdizione (nozioni generali)*, in *Enciclopedia del diritto*, XIX, Milano, 1970, 225; C. MANDRIOLI, voce *Giurisdizione (in generale)*, in *Dig. Priv. sez. Civ.*, cit., 128 et *passim*; ID, *Diritto processuale civile*, I, cit., 1 ss. et spec. 5: «[nell'art. 2907 c.c.]l'attività giurisdizionale viene in rilievo solo sotto un profilo sintetico: quello dell'assicurare ai diritti la caratteristica per la quale possono dirsi diritti, ossia precisamente la loro tutelabilità [...] cioè l'attività di cui trattasi è un'attività di tutela che in tanto è giurisdizionale in quanto ha per oggetto i diritti»; L.P. COMOGLIO, G. FERRI, M. TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, I cit., cap. I, *passim*, nonché pp.135 ss.; E. FAZZALARI, voce *Tutela giurisdizionale*, in *Enciclopedia del diritto*, XLV, 1992, 402-403. Conferme di tale funzione della giurisdizione, inoltre, si rinvengono anche al di fuori degli studi propriamente processualistici: cfr., p.e., G.I. LUZZATTO, voce *Giurisdizione (dir. rom.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XIX, Milano, 1970, 191, il quale ravvisa tale funzione di tutela dei diritti già nella *iurisdictio* e nel complesso dei provvedimenti magistratuali del diritto romano, pur avvertendo che «la *iurisdictio* romana non è la giurisdizione attuale» (pp. 190-191); oppure, nel panorama contemporaneo, A. DI MAJO, voce *Tutela (dir. priv.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XLV, Milano, 1992, 361: «Alla espressione «tutela» si è soliti aggiungere il predicato «giurisdizionale», con ciò alludendo al fatto che, in un sistema ove il principio di autotutela è negato o almeno riconosciuto in via solo eccezionale, alla tutela non può giungersi che seguendo le vie giurisdizionali ossia per mezzo dell'esercizio della funzione giurisdizionale (art. 2907 c.c.). La tutela dei diritti appare così legata con un filo doppio al processo».

⁹ A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, I, Padova, 2003, 192 ss.

¹⁰ Per la conferma del criterio soggettivo, v. anche A. PIZZORUSSO, art. 102, in *Commentario alla costituzione italiana*, Bologna.

“giudizio” da essa elaborate negli anni in merito alla legittimazione a sollevare la questione di legittimità costituzionale in via incidentale. Gli interventi sono stati ispirati dalla necessità, avvertita dalla Corte, di consentire un accesso il più ampio possibile al sindacato di costituzionalità delle leggi. In ragione di ciò, il giudice delle leggi ha individuato i caratteri minimi, sia oggettivi dell’attività svolta, che soggettivi di coloro che la svolgono, in presenza dei quali deve ammettersi la legittimazione a sollevare una questione di legittimità costituzionale. Tali caratteri, come noto, consistono nella funzione di applicazione obiettiva di una norma, in via tendenzialmente definitiva e nell’ambito di un procedimento caratterizzato dal contraddittorio, nonché nella posizione di imparzialità, indipendenza e terzietà del soggetto chiamato a svolgere la funzione.¹¹

2. La completezza dell’ordinamento giuridico

Il tema della completezza dell’ordinamento giuridico è stato affrontato sotto profili molteplici e dibattuto da tali e tanto numerosi autori, da non poter essere trattato in questa sede in tutte le sue espressioni. Non è questo, peraltro, l’oggetto della presente ricerca.

Ciò malgrado, non si può prescindere dal dedicare spazio alla relativa problematica, in un’indagine sull’accesso dei diritti alla giustizia. I diritti, infatti, sono riconosciuti o attribuiti, nonché tutelati in sede giurisdizionale, attraverso le norme giuridiche. Proprio l’asserita assenza di una norma applicabile al caso, inoltre, indusse i giudici di merito chiamati a decidere sulla richiesta di tutela avanzata dal Sig. Englaro, a dichiarare di non potersi pronunciare in merito. E tale circostanza si verificò anche nel c.d. “caso Welby”, seppure conducendo ad un epilogo diverso. I due casi saranno trattati nel cap. II, cui si rinvia anche per gli estremi dei provvedimenti giurisdizionali interessati.

Le pagine che seguono saranno, pertanto, dedicate ad evidenziare le posizioni rilevanti assunte in materia di completezza rispetto al tema del lavoro, al fine di impostare una prima, parziale riflessione sul rapporto tra completezza dell’ordinamento giuridico e tutela dei diritti.

¹¹ Per un riepilogo della giurisprudenza costituzionale sull’argomento, si può vedere la sentenza n. 164/2008. A ciò si deve aggiungere la particolare vicenda degli arbitri nell’arbitrato rituale. Rispetto ad essi, la Corte ha infatti riconosciuto la legittimazione a sollevare questione di legittimità costituzionale, in ragione della potenziale fungibilità del loro giudizio con quello degli organi della giurisdizione (sentenza n. 376/2001). La giurisprudenza comunitaria, invece, è di avviso diverso, richiedendo in capo agli eventuali arbitri un adeguato e organico collegamento con le strutture istituzionali e giurisdizionali degli Stati membri (cfr. Corte di giustizia CE 30.06.1966, causa C-61/65 e 6.10.1981, causa C-246/80). Posizioni analoghe a quella espressa in sede comunitaria si rinvengono, peraltro, anche nella dottrina italiana, cfr. p.e. , per una posizione risalente al periodo delle pronunce comunitarie citate, E. SPAGNA MUSSO, voce *Giudice (nozione)*, in *Enciclopedia del diritto*, XVIII, 931 ss., spec. p. 937.

I principali esponenti italiani della teoria della completezza dell'ordinamento giuridico, trassero a suo tempo le mosse dagli approfonditi studi svolti sul tema dalla dottrina tedesca, in particolare dallo Zitelmann e dal Bergbohm. Al primo dei due si ispirò, in Italia, il Donati, di cui si esporranno le vedute nel prossimo paragrafo. Quanto al Bergbohm, tra i suoi principali epigoni può essere ricordato il Santi Romano. Anche il Brunetti, infine, elaborò una teoria volta ad escludere la possibilità di lacune in senso proprio nell'ordinamento. Cenni alle posizioni di questi ultimi due autori italiani sono offerti nel corso del paragrafo dedicato all'opera del Donati.

2.1 Donati e la completezza formale dell'ordinamento giuridico

Già nel 1910, Donato Donati avviava la propria indagine circa il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico¹² asserendo che esso costituiva «la questione capitale della scienza giuridica», in quanto la soluzione dello stesso avrebbe determinato «la natura e i limiti della funzione giurisdizionale», con ciò riconoscendo l'imprescindibile ruolo svolto dai giudici per la concreta attuazione dei diritti.

La fondamentale importanza della questione derivava dalla contemporanea imposizione al giudice sia dell'obbligo di decidere sempre sui casi ad esso sottoposti, sia dell'obbligo (per e nel decidere tali casi), di applicare sempre una norma di legge (nel senso di diritto positivo). Tale circostanza, negli ordinamenti di *civil law*, rende possibile per il giudice il pieno e contestuale assolvimento di entrambi gli obblighi solo in assenza di lacune. Da cui la conseguenza che, ove si riscontrasse l'esistenza, invece, di lacune, il giudice dovrebbe necessariamente essere esonerato dall'adempiere uno dei due obblighi. Per il Donati, era assolutamente inammissibile concedere al giudice di non decidere, invocando una lacuna, così che, eventualmente, a venire meno avrebbe dovuto essere l'altro obbligo. Tale soluzione, tuttavia, avrebbe innescato un altro, gravissimo problema: se, in caso di lacune, il giudice – che deve comunque decidere – può decidere senza applicare una norma di legge (dato che essa, per il caso specifico, risulta mancare), da quali altre fonti trarrà egli le norme da applicare? Se tali fonti non sono quelle poste o, comunque, rinviate dal legislatore, come dovrà qualificarsi l'attività del giudice? Sarà, essa, attività creatrice? E, se sì, quali conseguenze si avranno sul principio della divisione dei poteri? E sulla teoria delle fonti di produzione del diritto? Sulla certezza del diritto?

¹² D. DONATI, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Milano, 1910

Così impostato il problema, Donati passa a chiedersi se, rispetto ad un ordinamento giuridico composto esclusivamente da disposizioni particolari – vale a dire, privo di una o più disposizioni che considerino espressamente e in via generale i casi non considerati dalle disposizioni particolari – si possa comunque ritenere l'ordinamento in questione completo.

L'A. ritiene di sì. A garantire la chiusura e, dunque, la completezza dell'ordinamento, sarebbe una norma generale esclusiva, non scritta e non meramente negativa, ma propriamente giuridica, che si andrebbe ad applicare a tutti i casi non riconducibili a quelli considerati dalle disposizioni particolari.

L'esistenza della norma generale esclusiva sarebbe una necessità logica, derivante dalla circostanza che le disposizioni particolari, secondo la teoria di Donati, non sarebbero altro che fonte di limitazioni per i casi da esse considerati. Da ciò deriverebbe che, quando si presenti un caso non trattato da alcuna disposizione particolare, esso debba essere regolato escludendo, per lo stesso, qualsivoglia limitazione, in quanto queste sarebbero esclusive dei soli casi considerati in particolare da una qualche disposizione dell'ordinamento.

Una concezione, dunque, quella di Donati, per così dire “manichea” dell'ordinamento, in cui il campo di operatività della norma generale esclusiva risulta perfettamente complementare a quello delle disposizioni particolari complessivamente considerate. Nessuno spazio vuoto (per citare un'altra teoria della completezza dell'ordinamento giuridico¹³): qualsiasi caso troverà sempre una norma che consenta di deciderlo, perché lo spazio dell'ordinamento giuridico è perfettamente riempito dai due insiemi di norme: quelle particolari da un lato, quella generale dall'altro. E la norma generale esclusiva sarebbe una norma giuridica al pari delle varie norme particolari presenti nell'ordinamento. Muovendo da un concetto di norma giuridica che consiste in un comando da cui derivano diritti ed obbligazioni, la norma generale esclusiva conterrebbe il comando di non imporre altre limitazioni all'infuori di quelle espressamente stabilite dalle disposizioni particolari. Da ciò originerebbe, poi, un rapporto giuridico nuovo, consistente nel dovere di astenersi

¹³ Il riferimento è alla teoria del c.d. “spazio giuridico vuoto”, sostenuta in Italia, p.e. , da Santi Romano in *Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento statale*, Modena, 1925. Molto brevemente, questa posizione sostiene che l'atteggiamento dell'ordinamento dinanzi ai vari possibili comportamenti ipotizzabili, può essere di soli due tipi: interesse, oppure indifferenza. Nel caso un comportamento sia ritenuto rilevante, l'ordinamento mostrerà il proprio interesse dettando una disciplina per tale comportamento; in caso contrario, nessuna disciplina verrà dettata, poiché il comportamento non appare interessante all'ordinamento. Così ragionando, si visualizza un insieme, denominato “spazio giuridico”, diviso in due parti perfettamente complementari. Da un lato, vi è lo spazio giuridico “pieno”, ossia lo spazio occupato da quelle ipotesi di comportamento che, risultando rilevanti per l'ordinamento, sono state fatte oggetto di disciplina da parte dello stesso; dall'altro, lo spazio giuridico “vuoto”, nel quale refluiscono, per differenza, tutti i comportamenti non regolati in quanto ritenuti privi di rilevanza giuridica. Con il che, la regolamentazione o è piena, oppure, non è che sia lacunosa: semplicemente, non c'è; e non c'è perché ci si trova nello spazio non interessato dal diritto in quanto per esso non interessante. Impossibile individuare lacune, dunque.

da qualunque azione che possa importare ad altri una limitazione non prevista dalla legge, con correlativo diritto di non subire limitazioni ulteriori rispetto a quelle stabilite dalla legge.

Seppure una tale ricostruzione risulti ineccepibile sul piano meramente logico-formale, Donati avverte comunque il rischio di inadeguatezza di un ordinamento così strutturato. In particolare, l'A. si mostra ben consapevole del fatto che ricondurre tutti i casi non considerati da disposizioni particolari nell'ambito di applicazione della norma generale esclusiva, può condurre a risultati inappaganti rispetto alle esigenze della società che l'ordinamento giuridico considerato regola o degli organi costituzionali che esso prevede. È a questo proposito che si elabora la distinzione tra quelle che Donati chiama, rispettivamente, "lacune *de jure condito*" e "lacune *de jure condendo*". Le prime ricorrerebbero in tutte le occasioni in cui un caso non possa trovare una qualche soluzione attraverso l'applicazione di alcuna delle disposizioni dell'ordinamento; la loro esistenza sarebbe esclusa dalla implicita norma generale esclusiva di cui si è detto. Le seconde, invece, andrebbero riconosciute ogni qual volta un caso non possa essere risolto se non ricorrendo a tale norma implicita, se in tal modo la soluzione dovesse risultare inappagante, nel senso di far avvertire che sarebbe opportuno che l'ordinamento contenesse, invece, una disciplina specifica per il caso in esame. Una distinzione, in altri termini, tra come l'ordinamento giuridico è e come sarebbe opportuno fosse¹⁴. Grazie alla presenza della norma generale esclusiva, l'ordinamento giuridico è completo; proprio per l'impossibilità di applicare, in taluni casi, altra norma se non quella generale esclusiva, l'ordinamento può risultare inadeguato agli interessi da tutelare e per le modalità di tutela. Ma la valutazione circa gli interessi da tutelare e le rispettive modalità di tutela, osserva Donati concludendo sul punto, compete all'organo politico, non certo al giudice del caso concreto.

¹⁴ Parzialmente assimilabile, rispetto a questo specifico punto, appare la teoria elaborata dal Brunetti per escludere la rilevanza del problema di eventuali lacune nell'ordinamento giuridico. L'A. ritiene infatti che le uniche lacune prospettabili siano quelle relative alla inadeguatezza di una norma. Il concetto di adeguatezza, tuttavia, è un concetto relazionale, nel senso che presuppone un apprezzamento attraverso il confronto con almeno un termine di paragone. Nel caso di specie, tale termine potrebbe essere costituito da un ordinamento ideale. Ma a chi spetta stabilire in che cosa consista l'ideale? Trattasi di problema politico, ossia legato alle concezioni ed alle scale di valori fatte proprie dall'osservatore. Non un problema interno all'ordinamento dunque cioè relativo alle norme per come esse si presentano poste, ma esterno e legato ad un ideale la cui definizione è, per definizione, mai stabilmente definibile. Un problema inutile, banalizzando. Ciò detto, un punto d'incontro si ravvisa senz'altro con la soluzione raggiunta da Donati: le lacune "politiche" o *de jure condendo*, possono essere colmate solo dal legislatore; solo le lacune reali o *de jure condito*, potrebbero richiedere l'intervento del giudice, ma questo non è necessario: perché le lacune reali, in base alle argomentazioni svolte dai due AA., non esisterebbero.

2.2 Bobbio e la “tripartizione dello spazio giuridico”, con “lacune per esuberanza”

Il concetto di completezza così ricostruito da Donati, è stato demolito da Bobbio¹⁵, sulla base di un dato di fatto: gli ordinamenti non contengono, oltre ad una serie più o meno vasta di disposizioni particolari, solo una norma generale esclusiva, ma anche una norma generale inclusiva. Tale norma è quella che prevede il ricorso allo strumento della analogia, per i casi simili a quelli considerati da norme specifiche (cioè l'*analogia legis*).

A fronte di tale constatazione, un determinato caso può essere soggetto, alternativamente, a tre diverse norme: i) una norma espressa, specificamente dedicata ad esso; ii) la norma generale esclusiva, la quale comporterà l'applicazione al caso di una norma di segno opposto a quelle derivanti dalle disposizioni particolari; iii) la norma generale inclusiva, la quale comporterà l'applicazione al caso di una norma dello stesso segno di quella dettata per un caso espressamente considerato, cui quello da risolvere risulta simile. Al di fuori del caso *sub i*), la circostanza che il caso sia regolato dalla norma generale esclusiva oppure da quella generale inclusiva dipenderà dal giudizio di somiglianza del caso stesso rispetto ad un altro, espressamente disciplinato. Il criterio discretivo è dato, come quasi unanimemente riconosciuto¹⁶, dalla identità o meno della *ratio legis*.

Quanto sinora riassunto è pressoché pacifico. Quanto ne deriva in termini di eventuali lacune dell'ordinamento, impedisce di sostenere la completezza dell'ordinamento stesso. Osserva Bobbio, infatti, che l'ordinamento, se, da un lato, contiene la norma generale inclusiva, dall'altro, tuttavia, non contiene l'indicazione di alcun criterio per stabilire quando un caso debba ritenersi simile ad un altro e quando, invece, no, così che la decisione ricade, inevitabilmente, sul giudice.

L'assenza di un tale criterio costituirebbe una lacuna, rimettendo, in ultima analisi, al giudice la scelta circa l'applicazione della norma esclusiva oppure di quella inclusiva. Tale scelta non potrà, invero, andare esente da adeguata motivazione circa la somiglianza (identità di *ratio*) tra i due casi; tuttavia, essa non potrà neppure essere guidata da un criterio predeterminato ed obiettivo. Secondo la ricostruzione proposta da Bobbio, dunque, le lacune non deriverebbero da un numero troppo esiguo di disposizioni, bensì dalla circostanza che, per i casi non espressamente considerati, si potrebbe fare ricorso a ben due norme (la generale inclusiva e la generale esclusiva): a fare difetto, non sarebbe l'esistenza

¹⁵ N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1960, spec. Cap. IV.

¹⁶ Per tutti, L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, spec. Cap. IV.

di almeno una norma applicabile, ma l'esistenza di una norma che stabilisca quale, tra le due applicabili, debba essere scelta.

3. L'interpretazione

Il tema dell'interpretazione è strettamente connesso a quello della completezza dell'ordinamento giuridico; se si vuole, è inglobato in esso. Numerose teorie che sostengono la completezza, infatti, si fondano sulla convinzione che un ordinamento possa essere completo non in quanto tale sin dalla sue origini (nel senso di provvisto di una specifica disposizione per ogni possibile caso), quanto, piuttosto, perché completabile attraverso tecniche interpretative varie, a partire dalle disposizioni che lo compongono. La soluzione risulta, del resto, priva di alternative (se si vuole negare la possibilità di lacune), al di fuori dei casi meramente teorici dell'ordinamento composto da una sola norma: il «tutto è proibito», oppure l'hobbesiano «tutto è permesso», caratteristico dello stato di natura in cui l'uomo sarebbe vissuto prima di iniziare a cedere parti della propria, assoluta libertà, per salvarsi dall'autodistruzione. Il problema dell'interpretazione, tuttavia, si pone in termini assai meno fondamentali nella teoria del Donati, poiché in tale costruzione si può sempre ricorrere alla salvifica operatività della norma generale esclusiva. Ma per le posizioni che tale norma non teorizzano (o che la teorizzano, ma non come unica alternativa alle disposizioni particolari), la completezza viene necessariamente a dipendere dalla capacità dell'ordinamento di autointegrarsi all'occorrenza.

Come anticipato nell'introduzione, tuttavia, non è questo l'oggetto centrale della ricerca, così che, nelle pagine che seguono, il tema sarà affrontato negli aspetti attinenti alla tutela dei diritti, non, invece, in termini di ricostruzione ed analisi di tutte le teorie elaborate in materia di ermeneutica giuridica.

Tornando brevemente al Donati¹⁷ egli lamenta come l'ermeneutica tradizionale si sia preoccupata soprattutto di elaborare per l'interprete un buon corredo di formule con cui trovare, in ogni caso, il mezzo idoneo di interpretazione, mentre l'ermeneutica più recente (al 1910) avrebbe fallito nell'impresa di fornire un criterio obiettivo per scegliere, caso per caso, quale criterio di interpretazione applicare; la scelta sarebbe, in questo modo, rimessa all'interprete, con conseguente creazione di diritto da parte dello stesso, non interpretazione.

¹⁷ D. Donati, *Il problema delle lacune*, cit.

Malgrado la soluzione positiva data alla questione della completezza dell'ordinamento attraverso il ricorso alla norma generale esclusiva, tuttavia, l'A. non sembra superare con altrettanta disinvoltura alcuni inconvenienti che si pongono in sede di interpretazione.

In primo luogo, a fronte dell'osservazione che, in quanto essere umano, il giudice non può in ogni caso dirsi sottratto a tutti quei condizionamenti che, anche inconsapevolmente, può trovarsi a subire e a trasferire nella decisione, anche in presenza di un ordinamento completo. A questo proposito, l'A. non può sottrarsi ad alcune ammissioni rilevanti ai fini della tesi cui approda la presente ricerca. Brevemente: a) tali condizionamenti non sono evitabili in assoluto; b) le leggi della logica sono certe ed assolute, tuttavia la loro applicazione concreta è soggetta ad errori; c) i vari gradi di giurisdizione sono utili a correggere eventuali deviazioni del ragionamento, ma non offrono, neppure essi, garanzie di infallibilità (sono pur sempre condotti da giudici e sono limitati nel numero). Così che, in definitiva, l'unico rimedio è che i giudici, consapevoli dei rischi descritti, si impegnino quanto più possibile per evitarli. Il che è, evidentemente, più che un rimedio in senso proprio, un auspicio.

In secondo luogo, dinanzi al rilievo che i concetti giuridici non sono assolutamente definiti e che il giudice, dunque, non può procedere all'applicazione degli stessi senza ricorrere anche al proprio apprezzamento personale, l'A. crede di risolvere la questione sostenendo che, in tali casi, si dovrà in primo luogo fare ricorso all'uso comune delle parole con cui il concetto è espresso; solo in caso in cui tale uso non offra alcuna guida, allora il giudice dovrà ricostruire i concetti individuandone gli elementi costitutivi per astrazione dai casi che, in base all'uso comune, siano senz'altro ricompresi¹⁸. Tale procedura, tuttavia, non offre garanzie di assoluta obiettività, poiché il soggetto chiamato a svolgerla è pur sempre un giudice essere umano, così che si ritorna agli inconvenienti evidenziati sopra *sub* a), b) e c) ed ammessi dallo stesso A.

Sempre in tema di interpretazione è, poi, stato osservato da Guastini¹⁹ come: «è a dir poco discutibile che l'interpretazione sia un'attività di pura conoscenza». Tale concezione si baserebbe su «fallaci assunzioni»:

- Che le parole incorporino un significato “intrinseco”, oggettivo, indipendente dall'uso delle stesse;

¹⁸ Cfr. G. PINO, *Diritti e interpretazione*, Bologna, 2010, cap. V, spec. pp. 139 ss., il quale ritiene inevitabile, in tali casi, un apprezzamento anche etico, «una forma di ragionamento o argomentazione morale», dunque non assolutamente obiettivo.

¹⁹ R. GUASTINI, art. 101, in *Commentario alla costituzione italiana*, Bologna.

- Che le autorità normative abbiano una volontà univoca e riconoscibile;
- Che, pertanto, scopo dell'interpretazione sia semplicemente scoprire questo significato e che ogni testo normativo ammetta una, ed una sola, interpretazione "vera".

Come subito spiegato dall'A., tali assunti sono legati alle codificazioni, ai principi cui esse si sono ispirate e al dogma della completezza, oggi largamente screditato. Infatti:

- ogni messaggio linguistico può avere o il significato che vi incorpora l'emittente, oppure quello che gli attribuisce il fruitore;
- gli organi legislativi moderni sono collegiali, così che è impossibile attribuire ad essi una volontà univoca.

L'interpretazione consiste, pertanto, in «un'attività valutativa e decisoria» e la giurisdizione non può consistere nella applicazione di norme preesistenti. Piuttosto, le lacune non preesistono all'interpretazione, ma sono solo uno dei suoi possibili esiti. In ultima analisi «è l'interprete a decidere se vi sia o meno una lacuna»: l'interpretazione, come può prevenire una lacuna, così può anche crearla²⁰.

Ancora, al giudice sarebbe vietato fare leggi nel senso di formulare norme non riconducibili a leggi preesistenti. Tale divieto è implicito nei sistemi in cui vige il principio della legalità della giurisdizione, ma «è destinato all'inosservanza in tutti quei sistemi che, pur contenendo lacune, obbligano il giudice a decidere ogni controversia sulla base del solo diritto esistente». Ciò malgrado, «il valore della fedeltà alla legge è talmente stato assimilato che la creazione giurisprudenziale di nuove norme viene mascherata come esplicitazione di norme implicite»; e questo rende possibile il ricorso per cassazione per violazione di legge²¹.

La questione non è ignota ai giudici. In una recente pronuncia della Corte di Cassazione²², infatti, si può leggere che se la giurisprudenza c.d. "normativa", come dogmaticamente preferibile, non viene collocata nell'ambito della gerarchia delle fonti, allora «non sembra seriamente discutibile che [...] il giudice civile, laddove ritenga nell'interpretare la legge alla luce dei valori costituzionali che essa non tuteli (o non tuteli a sufficienza) una situazione giuridica di converso meritevole, interviene a creare una corrispondente "forma" giuridica di tutela». Tanto che i medesimi giudici della sentenza citata, nel giustificare la

²⁰ L'assunto è confermato in R. GUASTINI, voce *Lacune del diritto*, in *Digesto Priv., sez. civ., IX*, p. 276.

²¹ R. GUASTINI, art. 101 costituzione, cit.

²² Sentenza Corte di cassazione, sez. III civile, n. 16754 del 02.10.2012.

propria decisione, con la quale hanno esteso la tutela risarcitoria del danno non patrimoniale derivante da nascita malformata anche a due categorie di soggetti sino ad allora esclusi, si premurano di affermare che la soluzione da essi elaborata è «rigorosamente ancorata al dato normativo (e dunque scevra da facili suggestioni [...] anche solo “creative”»». Per poi concludere che «Il problema [...] induce l'interprete ad interrogarsi sui limiti del suo intervento in seno al tessuto normativo e al di là di esso, senza mai omettere di considerare che, di interpretazione *contra legem* [...] non è mai lecito discorrere in un sistema [...] di *civil law*, che ammette e legittima, esaurendone in sé la portata innovativa, l'interpretazione estensiva e l'integrazione analogica, anch'essa condotta pur sempre *ex lege* ovvero *ex iure*».

Altri²³ hanno poi osservato come la letteratura sull'interpretazione sia vittima di una tendenza all'astrazione che ne vanifica la chiarezza e la consistenza: «Tutto è problematico nel campo dell'interpretazione. In un modo o nell'altro, la teoria dell'interpretazione viene a saldarsi con quella dell'essenza del diritto».

Interessante l'osservazione che «quando il ricambio giuridico ad opera del legislatore tardi troppo, possono darsi spontanee reazioni dell'ambiente sociale, con sollecitazioni al giudice, facendolo apparire più o meno creatore del diritto», da cui la «tendenza a disciplinare l'attività interpretativa» con norme giuridiche, ma anche quella che «tale compito [è] considerato talvolta insolubile ove confliggano l'esigenza che il silenzio del legislatore non si risolva in un diniego di giustizia e che, al contempo, la giustizia resa non si risolva nell'arbitrio». Scartato, per i sistemi di *civil law*, il rimedio del precedente vincolante, resterebbe solo quello del vincolo della legge, ma «il compito di dettar legge all'interprete è il più delicato», poiché mentre, da un lato «l'interpretazione presuppone un dato vero o ritenuto tale» e, così, che qualcuno conosca o possa conoscere quel dato, dall'altro «ogni forma di interpretazione comporta un margine di alterazione».

Seppure aderente all'interpretazione “classica” dell'art. 12 delle Disposizioni preliminari al codice civile, che vuole l'art. riferito, appunto, alle tecniche interpretative, mentre Gorla ha dimostrato che esso serve piuttosto ad imporre ai giudici di non denegare giustizia, Quadri fornisce ugualmente spunti interessanti nel commentarlo.

In primo luogo, rammenta come, in sede di discussione del Progetto “Cassinis” del codice civile del 1865, si fece notare che la chiarezza della legge è una cosa relativa, poiché dipende dall'intelligenza dell'interprete, aggiungendo da parte sua che «la chiarezza e

²³ R. QUADRI, art. 12 Disposizioni preliminari al codice civile, in Commentario al codice civile Scialoja-Branca.

l'ambiguità sono caratteri che la legge presenta in rapporto al singolo caso e al modo con cui il testo viene inteso dai destinatari». Osservazione poi condivisa più di recente da Guastini²⁴, il quale ha rilevato come le lacune siano una creazione dell'interprete.

In secondo luogo, rispetto alla relazione al codice civile del 1942 redatta dalla Commissione reale, ha evidenziato come essa ammettesse la possibilità di lacune e che, pur in presenza di esse, si ritenesse che il giudice dovesse comunque compiere la propria opera. Opera che, comunque, la maggior parte della dottrina considerava già allora non cristallizzabile in una regolamentazione giuridica, in quanto attività intellettuale i cui mezzi «non si prestano ad essere imprigionati in una formula scritta» ma, al più, poteva essere «sorretta dai canoni della logica». Così che «la stessa disposizione può assumere sensi e portate prescrittive diversi a seconda dei criteri con cui viene interpretata».

Ancora, l'A. osserva significativamente che «alle decisioni rese dai giudici la legge deve attribuire quel carattere di verità che è finzione, ma finzione necessaria».

Interessante, infine, l'osservazione secondo cui la lacuna può essere intesa in una accezione, per così dire “debole”, e cioè come «imprecisione, mancanza di una previsione specifica all'interno di un ordinamento comunque completo», la quale «non può implicare che i consociati non dispongano di opportuni strumenti giuridici per comporre i propri conflitti o soddisfare i propri interessi», da cui la «necessità di fornire i giudici gli strumenti per la decisione». Interessante perché, secondo questa concezione, esisterebbe un margine di lacunosità tollerabile ai fini della completezza, che consenta cioè di ritenere l'ordinamento comunque completo, che suggerirebbe dunque, pare, di perseguire l'obiettivo della completezza più sul terreno degli strumenti che non su quello della disciplina sostanziale dei diritti.

Ma il quadro più eloquente sembra essere quello offerto da Paladin²⁵, il quale ha opportunamente osservato come non ci si possa limitare a ritenere vincolati sia l'attività interpretativa che i risultati di essa. Tutto, infatti, dipende dall'interpretazione, che presuppone e al contempo produce la positività del diritto.

Le indicazioni fornite dall'art. 12 delle Disposizioni preliminari al codice civile non risultano risolutive, in quanto pur sempre soggette, anch'esse, ad essere interpretate, nonché per l'impossibilità di una interpretazione letterale e, dunque, di un vocabolario di

²⁴ R. GUASTINI, art. 101 costituzione, cit., cui *adde* ID, voce *Lacune del diritto*, cit.

²⁵ L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, cit., spec. Cap. IV.

riferimento, costanti e sicuramente univoci ed insensibili al «bagaglio di concetti e di valori» proprio ed unico di ciascun interprete. Senza contare, poi, che il citato art. 12 non poteva tenere conto della futura Costituzione e del pluralismo che essa ha introdotto nel novero dei valori da tutelare, ma anche in quello delle fonti. Così che ci si è accorti del dinamismo, anche interpretativo, appunto, del sistema giuridico, in cui i metodi e le opzioni interpretative non possono mai darsi per compiutamente prestabiliti, soprattutto quando coinvolgano il bilanciamento tra principi. Lo stesso principio *in claris non fit interpretatio*, richiede comunque una valutazione dell'interprete, così che la chiarezza di una disposizione e la sua riferibilità al caso concreto presentano sempre un margine di variabilità e, così, di incertezza.

Capitolo II

Fenomenologia del *non liquet*

Dopo aver tratteggiato, nel capitolo precedente, i termini in cui viene concepito il divieto di *non liquet*, nonché i temi a ciò strettamente connessi, in questa seconda parte del lavoro saranno prese in considerazione alcune vicende giurisprudenziali in cui l'operatività del divieto è stata direttamente discussa dai giudici. Sono essi, infatti, i destinatari del divieto medesimo. Il loro atteggiamento, la loro percezione del vincolo e le relative riflessioni da essi svolte nel testo dei provvedimenti giurisdizionali, rappresentano uno strumento imprescindibile per tentare: a) in primo luogo, un test di effettività del divieto; b) un confronto tra teoria e pratica, che consenta di cogliere limiti e potenzialità del divieto medesimo rispetto alla tutela dei diritti in sede giurisdizionale.

In tema di tutela dei diritti, infatti, si suole porre una distinzione di base tra tutela primaria e tutela secondaria.²⁶ La prima, necessaria, è quella che l'ordinamento giuridico appronta mediante le norme che riconoscono o attribuiscono i diritti attraverso obblighi, divieti, facoltà e tutte le altre situazioni giuridiche soggettive previste dall'ordinamento stesso. La seconda, invece, è quella giurisdizionale ed è, per così dire, "eventuale", in quanto presuppone la mancata osservanza della prima: nell'ipotesi in cui la tutela primaria non sia riuscita, di per sé, a garantire l'esercizio del diritto da essa posto, occorre uno strumento ulteriore che consenta tale esercizio; diversamente, i diritti sarebbero solo mere affermazioni verbali; vale a dire, non sarebbero. Ebbene, rispetto alle riflessioni svolte nel capitolo I, il momento della tutela primaria vede, come protagonista, il legislatore, ed interessa il problema della completezza; il momento della tutela secondaria, invece, ha come protagonista il giudice e rappresenta il campo d'azione del divieto di *non liquet*. A dire il vero, tuttavia, le riflessioni che seguiranno nei prossimi paragrafi saranno volte anche a mostrare come pure la tutela secondaria interessi il problema della completezza e come, di conseguenza, un'eventuale inadeguatezza di tale tutela debba essere imputata anche al legislatore.

Come anticipato nell'introduzione, i materiali giurisprudenziali rilevanti ai fini della presente ricerca attengono tutti a casi di diritto civile; sarà, dunque, questo il campo in cui si muoverà l'analisi, applicando i relativi concetti ed istituti peculiari.

²⁶ Cfr., p.e., C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, cit., 5 ss.; A. DI MAJO, voce *Tutela*, cit.; L.P. COMOGLIO, G. FERRI, M. TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, I, cit. 278.

Si aggiunge che i casi selezionati attengono tutti a vicende assai delicate che hanno interessato il dibattito giuridico ed etico degli ultimi anni. L'esame di tali casi sarà svolto, tuttavia, con riferimento all'oggetto della ricerca, vale a dire per verificare come, rispetto ad essi, sia stato affrontato il divieto di *non liquet*. Tutte le altre problematiche sottese non verranno considerate. Esse sono a tal punto ampie e delicate, infatti, che un'adeguata trattazione anche di tali profili avrebbe richiesto un allontanamento eccessivo dal tema di lavoro, sino a snaturarlo.

1. Il c.d. "caso Englaro"

Come anticipato in sede introduttiva, questo caso rappresenta uno dei due stimoli a partire dai quali si è iniziato a delineare il tema della ricerca. La vicenda giudiziaria in esame, infatti, si articola in numerose tappe, che hanno coinvolto tutti i gradi di giudizio previsti dall'ordinamento giuridico italiano, sino a provocare anche il sindacato della Corte costituzionale. Quest'ultimo giudice, in verità, è stato interpellato in sede di conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato (nello specifico, potere legislativo e potere giudiziario), dunque la sua pronuncia non presenta attinenza diretta alle questioni invece discusse nei giudizi di merito e di cassazione. Ciò malgrado, l'esame del caso comprenderà anche la sentenza resa dal giudice delle leggi. In primo luogo, perché l'osservanza del divieto di *non liquet*, come già segnalato, può talvolta richiedere al giudice un'attività interpretativa tale da farla sembrare una violazione delle attribuzioni proprie del potere legislativo. In secondo luogo, perché l'ordinanza n. 334/2008 con cui la Corte costituzionale ha pronunciato sul conflitto, contiene riflessioni ed indicazioni assai utili anche in tema di completezza e completabilità dell'ordinamento giuridico, ossia direttamente incidenti sull'oggetto della ricerca.

Le fasi della complessa vicenda giudiziaria che ha preceduto l'intervento della Consulta saranno esaminate limitatamente agli aspetti attinenti il problema delle lacune e dei possibili rimedi che, dinanzi ad esse, i giudici del caso concreto hanno ritenuto di poter praticare o meno.

Per comprendere i termini del problema, si rammenta brevemente, data la notorietà della vicenda, perché quest'ultima interessasse il problema delle lacune. E. Englaro, dopo un incidente stradale in cui era rimasta vittima ventenne, era caduta in stato comatoso che, nel corso degli anni, era divenuto stato vegetativo permanente. Nessuna possibilità di recupero

veniva prospettata dalla medicina, così che la condizione di vita meramente “biologica” veniva garantita da una serie di trattamenti sanitari costantemente praticati sul suo corpo. Nessuna capacità cognitiva ed emotiva risultava presente, né appariva recuperabile, anche in minima parte, tanto che la donna, dopo alcuni anni dall’incidente, era stata interdetta legalmente. In quanto tale, le era stato nominato un tutore legale, nelle vesti del padre. Quest’ultimo, dopo sette anni dall’evento che aveva causato lo stato di incapacità della figlia, si era rivolto al giudice per ottenere l’autorizzazione a sospendere i trattamenti che la mantenevano biologicamente in vita. La decisione era maturata a seguito della prognosi definitivamente infausta compiuta sulla giovane, nonché in considerazione delle convinzioni di vita e del personale concetto di dignità della persona umana malata, che la ragazza aveva manifestato (seppure indirettamente) prima di perdere la propria capacità. Il padre, dunque, chiedeva di poter esercitare per la figlia – ed in quanto, appunto, suo tutore legale – il diritto all’autodeterminazione in ordine all’interruzione dei trattamenti sanitari. Per quanto interessa nella presente sede, i problemi di completezza (e, dunque, di eventuali lacune), riguardavano a) la possibilità, per il tutore legale, di agire in giudizio rispetto ad un diritto personalissimo dell’incapace, al di fuori dei casi previsti dalla legge; b) la possibilità di esercitare il diritto all’autodeterminazione in materia di trattamenti sanitari per un incapace che non avesse reso dichiarazioni espresse sul punto prima di perdere la capacità.

1.1 I giudizi di merito

La diversità di vedute emerse già dalle prime battute della vicenda giudiziaria. Molto brevemente. Il primo ricorso ex art 732 c.p.c. presentato dal tutore venne dichiarato inammissibile per incompatibilità con la tutela assoluta ed inderogabile del diritto alla vita che il giudice ritenne derivante dall’art. 2 Costituzione²⁷. La decisione venne confermata in sede di reclamo²⁸, ma in questo caso il dibattito fu più ampio. Si introdusse, infatti, il problema della possibilità, per il tutore, di esprimere il consenso informato per conto dell’incapace, nonché quello di stabilire se le condizioni dell’incapace stessa giustificassero o meno la prosecuzione dell’alimentazione artificiale. La Corte d’Appello riconobbe la legittimazione del tutore a proporre ricorso e ad esprimere il consenso o meno al trattamento terapeutico. Rigettò, tuttavia, nel merito, in ragione della incertezza normativa che riscontrò rispetto al caso; nello specifico, i giudici del reclamo dubitarono

²⁷ Tribunale di Lecco, Decreto 02.03.1999

²⁸ Corte d’Appello di Milano, Decreto 31.12.1999

circa la possibilità di stabilire se i trattamenti cui era sottoposta l'incapace fossero qualificabili come trattamenti terapeutici oppure no. Dalla qualifica dipendeva, infatti, la possibilità di configurare un'ipotesi di accanimento terapeutico. I giudici, dunque, sostanzialmente non decisero nel merito, invocando l'incertezza normativa. Ciò malgrado poco prima, rispetto alla possibilità di configurare il potere del tutore di esprimere il consenso informato per l'incapace, i medesimi giudici si fossero espressi nei seguenti termini: «la lacuna è solo apparente, colmabile con i mezzi di interpretazione, con l'annotazione che l'interpretazione giudiziale è proprio la ricerca della norma regolatrice adeguata sia al caso che al diritto, con l'ulteriore puntualizzazione che la regola giuridica, in quanto viene in considerazione nel momento e a causa della sua applicazione a rapporti concreti, non aspira a un'astratta e immobile giustizia, bensì alla soluzione nel modo più adeguato possibile del caso nel contesto delle aspettative sociali».

Interessante notare, dunque, come l'atteggiamento dei giudici del reclamo sia, per così dire, "bipolare": dinanzi alla mancata previsione espressa del potere, per il tutore, di esprimere il consenso informato per l'incapace, ricorso all'interpretazione per colmare la lacuna, dunque rispetto del divieto di *non liquet*; dinanzi alla necessità di qualificare o meno come trattamento terapeutico le cure di cui l'incapace aveva bisogno, astensione dal decidere e, dunque, violazione del detto divieto. Il tutto malgrado il richiamo al compito schiettamente interpretativo cui il giudice è chiamato nel trovare soluzione ai casi concreti.

Un secondo ricorso²⁹ venne presentato dal tutore, e nuovamente respinto per le medesime ragioni di inammissibilità individuate rispetto al primo ricorso, sia riguardo alla legittimazione del tutore legale, che riguardo all'impossibilità di qualificare le cure cui l'incapace era sottoposta in termini di trattamento terapeutico oppure no; per questa via, il giudice giunse a rigettare nel merito, invocando l'incertezza normativa; valgono, dunque, le medesime osservazioni svolte rispetto al primo ricorso. In sede di reclamo³⁰, il giudice confermò l'assenza di una disposizione legislativa, in ragione della quale ritenne non praticabile un'interpretazione integrativa del principio di autodeterminazione in favore del soggetto in stato vegetativo permanente. In proposito, il giudice dichiarò: «Questa Corte è perplessa sull'opportunità/legittimità di un'interpretazione integrativa – che sarebbe *praeter legem* non già *contra legem*. È pure perplessa in ordine al possibile espletamento di attività sostanzialmente paranormativa, considerati i dilemmi [...] che si avvertono nei dibattiti [...] Avverte peraltro che la mancanza di regole lede diritti e interessi che

²⁹ Tribunale di Lecco, Decreto 20.07.2002

³⁰ Corte d'Appello di Milano, Decreto 17.10.2003

corrispondono a valori costituzionalmente garantiti (artt. 2, 3, 13 32 Cost.) ed è di ostacolo anche alla soluzione di problemi pratici. Considerata l'importanza e la delicatezza della questione, auspica il Collegio che il legislatore ordinario individui e predisponga gli strumenti adeguati per l'efficace protezione della persona e il rispetto del suo diritto di autodeterminazione». Nuovamente il divieto di *non liquet* veniva violato, dunque.

Interessante è notare come il giudice si astenga dal decidere pur riconoscendo l'importanza dei valori costituzionali coinvolti. Interessante poiché verrebbe da chiedersi chi, ad avviso del giudice, dovrebbe occuparsi della tutela effettiva di quei valori. Il legislatore ordinario, probabilmente. Ma il caso che quei giudici stavano esaminando mostrava chiaramente, per loro stessa ammissione, che, nell'attesa di un intervento del legislatore, vi erano valori costituzionali sprovvisti di concreta tutela. Tutela che proprio lo strumento del processo è tenuto a garantire, pena il venir meno della sua stessa ragione di esistere. Sebbene sia comprensibile che quanto maggiore è la delicatezza di una questione, tanto più arduo sarà il lavoro del giudice, ciò non di meno il compito del giudice non cambia: egli è il garante ultimo dell'effettiva tutela dei diritti, sia quando essa sia più agevole da prestare, sia quando risulti assai complicato riuscirvi. Anzi, proprio in quest'ultimo caso il ruolo del giudice si potrà esplicare in tutta le sue potenzialità. Potrà e dovrà, anche, onde evitare inaccettabili disparità nel godimento di tutela giurisdizionale da parte di quanti ne facciano richiesta. Il rilievo appare lecito, poiché altri giudici, quelli della Corte di cassazione, che verranno alla fine investiti del caso Englaro, una soluzione la troveranno, come si vedrà in appresso. E la troveranno "semplicemente" impiegando gli strumenti del loro lavoro quotidiano: le tecniche interpretative; ciò di fronte ad un panorama legislativo immutato rispetto a quello con cui si dovettero confrontare i giudici delle decisioni sinora commentate.

Ma, per completezza, prima di giungere all'esame della pronuncia della Corte di cassazione, si deve dare conto di un terzo ricorso che venne avanzato. Con una sorta di passo indietro rispetto ai precedenti due, questo venne dichiarato inammissibile per difetto di rappresentanza del tutore, in quanto la domanda riguarda diritti personalissimi; rappresentanza che, osservò il giudice, sussiste solo in ipotesi tassative individuate dalla legge, aggiungendo che la lacuna normativa non poteva essere superata con una interpretazione costituzionalmente orientata³¹. Il Tribunale ritenne infatti di condividere la valutazione di assoluta prevalenza del diritto alla vita su quello all'autodeterminazione, in caso di soggetto incapace, come del resto già ravvisata in sede inammissibilità del primo

³¹ Tribunale di Lecco, Decreto 02.02.2006

ricorso. Da notare, prima di procedere con le ulteriori fasi, che il giudice del terzo reclamo, pur dichiarando di non poter superare la lacuna mediante un'interpretazione costituzionalmente orientata della normativa, respinse le censure di illegittimità costituzionale prospettate dal ricorrente, ritenendole manifestamente infondate. La pronuncia venne fatta oggetto di reclamo come le altre in passato presso la Corte d'Appello di Milano, che si pronunciò con Decreto del 16.12.2006. Quest'ultimo giudice ammise il ricorso, sulla base di un'interpretazione combinata degli artt. 357 e 424 c.c. sostanzialmente analoga a quella praticata dai giudici dei precedenti ricorsi, attraverso la quale cioè ritenne di poter ricomprendere nel generale potere di cura della persona in capo al rappresentante anche il potere di rifiutare le cure. Il ricorso medesimo, tuttavia, venne rigettato nel merito, osservando che, ove il soggetto sia capace, egli può senz'altro rifiutare le cure, anche "salvavita", mentre il soggetto incapace ciò non potrebbe fare, proprio in ragione dell'incapacità, se non sia certa la sua volontà in merito, poiché in tal caso il diritto alla vita deve ritenersi prevalente su quello all'autodeterminazione. Nell'ambito del procedimento per il terzo il ricorso, in realtà, erano state assunte le deposizioni di tre amiche dell'incapace, che avevano riferito proprio in merito alle convinzioni di quest'ultima. Le deposizioni non erano però state ritenute idonee a delineare una determinazione volitiva personale, consapevole ed attuale. Il caso giunse allora all'esame della Corte di cassazione, che si pronunciò con sentenza n. 21748/2007.

1.2 La pronuncia della Corte di cassazione

Come anticipato, questa pronuncia assume rilievo, per quanto interessa la ricerca, per il fatto di aver offerto una soluzione interpretativa tale da consentire la tutela dei diritti dell'incapace malgrado le carenze di disciplina che, invece, avevano portato i precedenti giudici a non decidere nel merito. In particolare, il giudice di legittimità ha valorizzato il principio del consenso informato e il diritto all'autodeterminazione sia rispetto alla scelta di come curarsi che, eventualmente, al rifiuto di curarsi. Il giudice non manca di rilevare la carenza di una disciplina specifica ma, ciò malgrado, riconosce chiaramente che: «il valore primario ed assoluto dei diritti coinvolti esige una loro immediata tutela ed impone al giudice una delicata opera di ricostruzione della regola di giudizio nel quadro dei principi costituzionali», richiamando in proposito la sent. n. 347/1998 della Corte costituzionale in materia di procreazione assistita. E l'opera di ricostruzione della regola è compiuta operando su due profili della questione. Da un lato, la Cassazione ha ritenuto determinante

l'accertamento: i) dei convincimenti manifestati dall'incapace, prima che perdesse le proprie facoltà, rispetto a condizioni prossime a quella in cui la giovane stessa si è poi venuta a trovare; ii) più in generale, dei convincimenti espressi dalla giovane medesima sul significato della dignità della persona. In tale ambito, il giudice di legittimità ha in primo luogo individuato il consenso informato quale fondamento giustificativo del trattamento sanitario. Il principio del consenso informato, ha osservato la Cassazione: a) trova il proprio fondamento negli artt. 2, 13 e 32 Cost., nonché in fonti primarie e sopranazionali e nella precedente giurisprudenza della Corte medesima; b) presenta un contenuto essenziale in base al quale i diritti e la libertà di autodeterminazione del paziente acquistano prevalenza rispetto ai doveri del medico; c) ha, come correlato, la facoltà non solo di scegliere, tra le varie alternative disponibili, il trattamento medico cui sottoporsi, ma anche di rifiutare consapevolmente la terapia, non incontrando un limite nel sacrificio del bene della vita; d) in presenza di un rifiuto informato, autentico ed attuale, non può essere disatteso, stante il generale divieto di trattamenti sanitari obbligatori di cui all'art. 32, comma 2 Cost.; e) comporta conclusivamente la libera disponibilità del bene salute da parte del diretto interessato nel possesso delle sue capacità. Così ricostruito il quadro, il giudice ha poi affrontato il problema della ricostruzione della volontà del soggetto incapace circa le terapie che questi avrebbe desiderato ricevere oppure voluto rifiutare, caso non disciplinato dalla legge ma ugualmente degno di immediata tutela per il valore assoluto dei diritti che coinvolge. Lavorando su questo profilo, il giudice ha ritenuto che non potesse essere pregiudicata la parità di trattamento degli individui rispetto alla elaborazione della decisione medica: il medico deve informare, il paziente deve accettare oppure rifiutare i trattamenti. Per il soggetto incapace, la decisione sarà assunta dal legale rappresentante. Ciò in base alla lettura combinata degli artt. 357 e 424 c.c., che già i giudici di primo e secondo grado avevano utilizzato per riconoscere la legittimazione del tutore legale ad agire per l'incapace, ma senza compiere l'ulteriore svolgimento argomentativo invece operato dalla Cassazione. Nei giudizi di merito, i giudici si erano infatti arrestati dinanzi alla natura personalissima del diritto da esercitare o, comunque, alla carenza di una disciplina specifica. La Cassazione no. Richiamando alcune pronunce di legittimità già rese in passato, nonché diverse fonti normative, la Corte conclude che i doveri di cura della persona in capo al tutore dell'incapace si sostanziano nel prestare il consenso informato al trattamento medico avente come destinatario l'incapace stesso. È a questo punto che la Cassazione individua lo strumento con cui superare le perplessità che, invece, avevano arrestato le pronunce dei giudici precedenti. Considerata la natura di diritto personalissimo della salute, al tutore non si può attribuire un incondizionato potere di disporre della salute

dell'incapace, dovendosi invece individuare dei limiti di legittimità di tale disposizione. E tali limiti vengono delineati dal giudice valorizzando sia il principio personalistico che il principio di uguaglianza per come essi informano la Costituzione. Rilievo fondamentale viene attribuito, in tale ottica, all'osservazione che anche il soggetto in stato vegetativo permanente è persona in senso pieno nei suoi diritti fondamentali e che, dunque, anche ove sia più complicato individuarne gli strumenti e le modalità di tutela, il giudice non si possa sottrarre a tale compito. La possibilità di rifiutare le cure viene condizionata all'accertamento della volontà dell'incapace espressa prima di perdere le proprie facoltà, in relazione alle opinioni e ai convincimenti da esso manifestati, per come ricostruibili a posteriori. Questo è uno dei due limiti entro cui i poteri del tutore possono essere esercitati; l'altro è che lo stato vegetativo permanente dell'incapace sia irreversibile e, dunque, tale da escludere ogni possibilità di recupero. La Cassazione ritiene che la volontà dell'incapace eventualmente espressa prima della perdita delle facoltà non sia stata adeguatamente indagata dal giudice di secondo grado e, pertanto, cassa e rinvia sul punto al giudice medesimo. Quest'ultimo si pronuncerà con Decreto 09/07/2008 della Corte d'Appello di Milano, accogliendo la domanda del tutore a seguito dell'accertamento della volontà espressa dall'incapace prima di cadere vittima dell'incidente.

I passaggi salienti dell'ampia sentenza resa dalla Cassazione sono stati riportati poiché si ritiene che essi mostrino come, in ogni caso, la possibilità di offrire tutela ai diritti sia rimessa all'opera interpretativa del giudice ed al rispetto del divieto di *non liquet*. In altri termini, che non dipenda tutto dalla completezza o meno dell'ordinamento, oppure dalla sua chiarezza. La tutela di un diritto passa per l'intervento di un giudice. E proprio per evitare che alcuni diritti possano rimanere privi di tutela, ai giudici si vieta di rifiutare la decisione. E proprio per questa ragione il "caso Englaro" è stato esaminato nei suoi vari svolgimenti in sede giudiziaria (ai quali tra breve, peraltro, si dovrà aggiungere un ulteriore passaggio fondamentale). Il confronto tra l'atteggiamento mostrato dai giudici di merito dinanzi alle difficoltà di individuare un percorso di tutela, e di quello assunto invece dalla Cassazione, mostra come la sentenza resa da quest'ultimo giudice debba essere apprezzata, ai fini del tema di ricerca, poiché con tale pronuncia i giudici hanno svolto il loro compito. Rinunciare a decidere significa rinunciare a fare il giudice. Non adempiere al proprio specifico incarico, che consiste nel garantire la tutela effettiva dei diritti attraverso le indicazioni rinvenibili all'interno dell'ordinamento giuridico. Questo è il significato ultimo ed il valore principale dell'art. 12 delle "Preleggi". Questo è il motivo per cui esistono i giudici. Giudici, quelli della Cassazione, che hanno dovuto affrontare le medesime

difficoltà ricostruttive ed interpretative che si erano poste per quelli precedentemente interpellati sul medesimo caso. Giudici, che hanno trovato una soluzione utilizzando strumenti interpretativi e fonti normative che, in buona parte, erano senz'altro disponibili anche per i giudici che li avevano preceduti nell'esame della questione: principi costituzionali, articoli del codice civile, alcune pronunce della Cassazione medesima rese in passato su questioni attinenti il caso da risolvere. Si può ipotizzare che decisioni su casi nuovi, nel senso di non ancora regolati dal legislatore, nonché particolarmente delicati, vogliano più o meno consapevolmente essere lasciate ai giudici di massimo livello da parte di quelli delle giurisdizioni di grado inferiore. I doveri del giudice, tuttavia, non risultano "graduabili" in ragione del diverso grado di giurisdizione in cui esso è chiamato a svolgere le proprie funzioni. I giudici sono soggetti soltanto alla legge, ma a quella sì. E la legge comprende senz'altro e in primo luogo i principi costituzionali, rispetto ai quali non si può ammettere una tutela di diversa intensità a seconda del grado di giurisdizione in cui tale tutela viene richiesta. A questo proposito si è infatti osservato³²: «la Costituzione può consentir[e al giudice] di risolvere anche il problema della "incompletezza". Ciò accade quando, in assenza di una disposizione precisa di legge rilevante per il caso in giudizio, sia possibile ricavare direttamente dai principi costituzionali la regola da applicare. La Costituzione in questo modo consente al giudice di evitare il *non liquet*, cioè di denegare giustizia [...] Vi sono casi in cui è evidente che il divieto di *non liquet* impone al giudice, come indica lo stesso art. 12 delle Preleggi, di ragionare in base ai "principi generali dell'ordinamento giuridico": oggi è perciò inevitabile partire dai principi costituzionali³³.

1.3 L'ordinanza della Corte costituzionale n. 334 del 2008

L'ordinanza n. 334 che la Corte costituzionale ha pronunciato nel 2008 conclude, per quanto interessa la ricerca, il "caso Englaro". La pronuncia si presenta, da un lato, come sintesi dei problemi legati al caso, e, dall'altro, come autorevole fonte di riflessione sui termini in cui tali problemi si pongano a livello costituzionale, nonché della relativa soluzione offerta dall'organo garante del rispetto della Costituzione. Organo che invece, negli altri casi che saranno esaminati, non è stato chiamato a pronunciarsi.

Come parimenti noto, il giudizio della Corte costituzionale è stato reso in sede di conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato, sollevato con due distinti ma contestuali ricorsi della

³² R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, Torino, 2012, 46

³³ ID, *ibidem*, 59

Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica avverso i due provvedimenti giurisdizionali (sentenza Corte di cassazione, sez. I civile, n. 21748 del 2007 e Decreto Corte d'Appello di Milano del 09.07.2008) che chiusero la vicenda processuale e che, ad avviso dei ricorrenti, si ponevano in violazione delle attribuzioni del potere legislativo.

Prima di presentare le riflessioni su tale caso, occorre indicare brevemente i passaggi argomentativi della tesi dei ricorrenti, al fine di impostare un confronto con le tematiche trattate nel capitolo I e verificarne, poi, la ricaduta in tema di tutela dei diritti.

Tale metodo sarà seguito anche negli ulteriori casi che saranno esaminati.

Quanto alla tesi dei ricorrenti, si ritiene utile segnalare i seguenti passaggi svolti dalla Camera dei Deputati:

- a) la Corte di cassazione e la Corte d'Appello di Milano avrebbero «creato una disciplina innovativa della fattispecie, fondata su presupposti non ricavabili dall'ordinamento vigente con alcuno dei criteri ermeneutici utilizzabili dall'autorità giudiziaria»;
- b) che la violazione delle attribuzioni deriverebbe dal difetto di un'espressa disciplina legislativa atta a regolare la fattispecie, costituente un vuoto normativo, vuoto confermato anche dalle numerose proposte di legge pendenti all'epoca in Parlamento;
- c) che, nelle more dell'approvazione di un'apposita normativa, resterebbe ferma «l'obbligatoria applicazione della normativa esistente»;
- d) che la ratio del divieto di *non liquet*, invocato dalla Corte di cassazione a sostegno della propria pronuncia, non sarebbe di consentire la trasformazione del giudice in legislatore, bensì di «rendere ancor più ineludibile il vincolo al rispetto del sistema legislativo vigente»;
- e) che l'Autorità giudiziaria non avrebbe potuto pronunciare ai sensi dell'art. 12 delle disposizioni preliminari al codice civile, poiché gli art. 357 e 414 codice civile avrebbero già precluso l'accoglimento della domanda;
- f) ancora, che gli elementi normativi richiamati dall'Autorità giudiziaria a sostegno delle pronunce oggetto di ricorso sarebbero «palesamente inidonei»;
- g) che l'Autorità giudiziaria avrebbe piuttosto dovuto sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 357 codice civile [che definisce i poteri del tutore].
- h) che, in ogni caso, il ricorso della Camera dei Deputati non avrebbe ad oggetto un mero *error in iudicando* da parte dell'Autorità giudiziaria.

Quanto al ricorso presentato dal Senato della Repubblica:

- i) che «il proposito del ricorso [...] non è quello di un invito al riesame del processo logico seguito dalla Cassazione» ma che, per dimostrare l'esorbitanza dai «confini stessi della giurisdizione», la censura rivolta agli «errori interpretativi dell'organo giudiziario» sarebbe indispensabile per dimostrare l'invasione delle attribuzioni del Parlamento;
- j) che la Corte di cassazione avrebbe piuttosto dovuto sollevare questione di legittimità costituzionale degli artt. 357 e 424 codice civile, «nella parte in cui...»;
- k) che, in ogni caso, la Corte di cassazione ha fondato la propria decisione su appigli rinvenuti nelle pieghe dell'ordinamento, «ignorando che in diritto positivo italiano esistono già norme utilizzabili nel caso di specie e, in particolare, quelle del codice penale (artt. 579 e 580)»;
- l) che la fattispecie, pertanto, avrebbe dovuto essere decisa non tramite un *non liquet*, ma riconoscendo l'infondatezza della pretesa alla luce del diritto vigente; spetterebbe infatti al Parlamento «adottare una soddisfacente disciplina»;
- m) che «esistono due modi contrapposti di considerare la persona e i suoi diritti inviolabili» e che per risolvere tale alternativa il Senato stima necessario l'intervento del legislatore;
- n) che non esiste «nel nostro ordinamento [il] puntuale potere del tutore di intervenire in tema di diritto indisponibile alla interruzione della vita»;
- o) che, infine, le ipotesi considerate dalla Cassazione ai fini della propria decisione apparirebbero eccezionali ed insuscettibili di applicazione analogica.

A fronte di tali argomenti, la Corte costituzionale ha risposto:

- di non rilevare «la sussistenza nella specie di indizi atti a dimostrare che i giudici abbiano utilizzato i provvedimenti censurati come meri schemi formali per esercitare, invece, funzioni di produzione normativa o per menomare l'esercizio del potere legislativo da parte del Parlamento»;
- «che entrambe le parti ricorrenti, pur escludendo di voler sindacare *errores in iudicando*, in realtà avanzano critiche molteplici al modo in cui la Cassazione ha selezionato ed utilizzato il materiale normativo rilevante per la decisione o a come lo ha interpretato», mentre la giurisprudenza costituzionale afferma che «un conflitto di attribuzione nei confronti di un atto giurisdizionale non può ridursi

alla prospettazione di un percorso logico-giuridico alternativo rispetto a quello censurato, giacché il conflitto di attribuzione non può essere trasformato in un atipico mezzo di gravame avverso le pronunce di giudici»;

- e tutto ciò a maggior ragione se si considera che «il Parlamento può in qualsiasi momento adottare una specifica normativa della materia».

A quanto già osservato dalla Corte costituzionale, si possono aggiungere le seguenti riflessioni.

In primo luogo, dalle (volutamente) numerose citazioni tratte dai due atti di ricorso, emerge in modo chiaro come un ricorso per conflitto di attribuzione tra poteri sia stato fondato tutto su argomenti che integrano, a loro volta, un'invasione delle attribuzioni del potere (quello giudiziario) a cui si contesta di aver agito in conflitto. Sono numerosi, infatti, i passaggi in cui i ricorrenti pretendono di indicare essi quale normativa si sarebbe dovuta applicare, oppure e soprattutto, in cui gli stessi si lanciano in interpretazioni che mostrano di ritenere come le uniche possibili o, comunque, come le uniche corrette, oppure ancora ed infine, in cui si pretende di indicare "Il" metodo con cui il giudice avrebbe dovuto procedere per pervenire alla decisione.

In secondo luogo, ciò che colpisce in maniera altrettanto forte, è la continua contraddizione delle affermazioni contenute nei ricorsi, ove, da un lato, si rivendica la potestà legislativa in una materia in cui vi sarebbe il vuoto e, dall'altro, si contesta al giudice di non essersi attenuto ad una normativa invece asserita come esistente e vigente, avendo, piuttosto, preferito egli crearne una "propria".

Nei due atti di ricorso, il legislatore si erige ad interprete (migliore di altri), a controllore della correttezza metodologica ed interpretativa seguita dal giudice, nonché ad "interprete autentico" della ratio del divieto di *non liquet*, peraltro individuandola in un vincolo quanto meno curioso o, comunque, assai "originale".

Sebbene, infatti, la Camera dei Deputati sostenga che tale ratio, «*come si sa* [corsivo aggiunto, sia volta a] rendere ancor più ineludibile il vincolo al rispetto del sistema legislativo vigente», non si comprende ove una simile concezione del divieto possa essere sorta e, soprattutto, come.

Si è visto nella parte I che il divieto in questione è sì rivolto al giudice, ma per i casi in cui questi, mancando una disciplina specifica per la questione da risolvere o, comunque, non essendo chiaro il significato della disciplina esistente, si trovi in difficoltà nel dare la

soluzione. E il senso del divieto è di impedire che, in una tale circostanza, la domanda di tutela giurisdizionale rivolta al giudice rimanga senza risposta. Divieto di *non liquet* significa, letteralmente, divieto di decidere di non decidere in quanto la norma da applicare non è chiara (fino al caso estremo in cui non sia chiara in quanto non si riesca a rinvenire nell'ordinamento una norma utile alla soluzione della questione).

Al di là degli aspetti sinora evidenziati, il caso in esame risulta rilevante anche per un'ulteriore ragione. Esso mostra, infatti, come può operare il divieto di *non liquet* nell'ambito di una vicenda processuale. Nella vicenda in questione, il divieto è stato infranto dai giudici del merito. Già questo primo dato appare rilevante. Il ricorso in Appello, infatti, riguardava anche la violazione del divieto. Questo stesso motivo, poi, non avendo il divieto trovato osservanza neppure nel secondo grado di giudizio, ha sorretto anche il ricorso per Cassazione. Ciò vuol dire che il divieto è stato utilizzato come strumento processuale per impugnare una sentenza e per invocare una pronuncia su una domanda di tutela giurisdizionale. Anche quello a ricevere una pronuncia, infatti, è un diritto³⁴, così che omettere una pronuncia nel merito per ragioni diverse da quelle che impongono una pronuncia in mero rito (ragioni espressamente e tassativamente previste dai codici di procedura), equivale a ledere un diritto. Ecco perché la Corte di cassazione, poi, evidentemente, non si è sentita di procedere ad una terza infrazione, ed ha dunque deciso il caso proprio in applicazione del divieto stesso. Ecco una prima forma di manifestazione del divieto, squisitamente processuale: nel momento in cui un soggetto («Tutti», cioè chiunque, ai sensi dell'art. 24 della Costituzione) rivolge una domanda di tutela giurisdizionale ad un giudice – e salvo il caso-limite in cui il soggetto adito non sia un giudice, ai sensi chiariti in apertura del capitolo I – la semplice domanda di tutela fa sorgere in capo al soggetto che la pone il diritto a ricevere una pronuncia sulla domanda stessa. Salvo i casi in cui la domanda presenti almeno uno dei vizi che impongono al giudice di arrestarsi ad una pronuncia in rito, il giudice stesso deve pronunciare nel merito. Tali vizi sono predeterminati dalla legge e, comunque, un rigetto della domanda in rito non impedisce la riproposizione della medesima in termini immuni da vizi di rito. Il giudice che sia tale ai sensi della legge e che non rilevi vizi di rito e che, ciò malgrado, non emetta una pronuncia nel merito, viola il diritto dell'attore ad ottenere la pronuncia medesima: il divieto di *non liquet* è uno strumento (anche) processuale per garantire la effettiva tutela giurisdizionale dei diritti. Ciò implica infine che, anche laddove la tutela c.d. “primaria” risulti carente o poco chiara, la tutela “secondaria” non potrà essere negata: se così non

³⁴ C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, cit. I, 67 ss.

fosse, tutti i diritti non fatti oggetto di specifica disciplina (o in attesa di esserlo), oppure tutelati in sede primaria da una disciplina poco chiara da ricostruire, non potrebbero esistere concretamente.

Del resto, fu pur sempre la Corte costituzionale a sostenere, nella sentenza n. 347/1998 in materia di procreazione assistita, che al legislatore compete specificare le garanzie e «individuare un ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti [... ma che, malgrado ciò] nell'attuale situazione di carenza legislativa spetta al giudice ricercare nel complessivo sistema normativo l'interpretazione idonea ad assicurare la protezione degli anzidetti beni costituzionali»

Ed è proprio quest'ultima osservazione a risultare rilevante rispetto ad un altro caso.

2. Il c.d. “caso Welby” – l'applicazione “schizofrenica” del divieto di *non liquet*

Il c.d. “caso Welby” viene preso in considerazione in questa sede rispetto al peculiare modo in cui, nella relativa vicenda, si è manifestato il divieto di *non liquet*.

In particolare, rispetto al motivo con cui il Tribunale civile di Roma non ha ammesso l'azione cautelare proposta ex art. 700 c.p.c. dal sig. Welby³⁵.

La vicenda oggetto della causa era giunta all'esame del giudice a seguito di un lungo periodo di sofferenza patito dal protagonista a causa di una patologia degenerativa ed incurabile che lo aveva colpito in giovane età. Nel 1997 le condizioni di salute di Welby si erano repentinamente aggravate, sino a condurlo in una condizione di totale impossibilità di movimento e di dipendenza totale da un ventilatore polmonare. La medicina ammetteva chiaramente che nessuna terapia avrebbe potuto curare il male, né consentire, almeno, un miglioramento delle condizioni in cui convivere con esso. Welby manteneva, tuttavia, perfettamente intatte le proprie capacità intellettive, dunque era perfettamente consapevole della propria condizione, nonché dell'impossibilità di guarire o anche solo di migliorare. L'unico scenario che si poteva prefigurare, era quello di un decesso, prima o poi, da attendere in condizioni di vita che egli era giunto a ritenere assolutamente intollerabili. In tale contesto, Welby aveva maturato la decisione di chiedere l'interruzione dei trattamenti sanitari cui era sottoposto per sopravvivere. Poiché nessuno si era reso disponibile a realizzare tale sua determinazione, nell'autunno del 2006 Welby si era rivolto con vari

³⁵ Tribunale di Roma, Ordinanza 16.12.2006

appelli al mondo politico ed istituzionale, chiedendo che il suo caso ricevesse la necessaria attenzione³⁶. Non avendo ricevuto considerazione, si era rivolto al giudice.

La questione era giunta al giudice, dunque, dopo varie sollecitazioni rivolte al legislatore e persino al Capo dello Stato.

Il profilo che interessa in questa sede, attiene alla motivazione con cui la richiesta di interruzione dei trattamenti è stata dichiarata inammissibile.

Il giudice, infatti, pur riconoscendo la sussistenza del divieto di accanimento terapeutico in base ai «principi costituzionali di tutela della dignità della persona», ha escluso di poterne ricavare una disciplina dai principi generali dell'ordinamento o per analogia e, ciò che più rileva ai presenti fini, ha osservato che «un diritto può dirsi effettivo e tutelato solo se l'ordinamento positivamente per esso preveda la possibilità di realizzabilità coattiva della pretesa», possibilità che, nel caso del diritto a richiedere la interruzione della respirazione assistita, non sussisterebbe, concludendo quindi che «il diritto di richiedere l'interruzione [...] deve ritenersi sussistente [...] ma non concretamente tutelato dall'ordinamento [...] perché...] va esclusa la sussistenza di una forma di tutela tipica dell'azione da far valere nel giudizio di merito [...] poiché...] solo la determinazione politica e legislativa può colmare il vuoto di disciplina» (decreto 16.12.2006).

Ai fini del presente lavoro, il passo citato risulta particolarmente rilevante. In primo luogo, perché il giudice, in questo caso, non ha osservato il divieto di *non liquet*. In secondo luogo, per la particolare forma in cui il *non liquet* si è manifestato, vale a dire per come esso è stato individuato e trattato dal giudice. Infine, per come la carenza di disciplina ravvisata abbia inciso sulla possibilità di tutela dei diritti di Welby.

Il provvedimento citato, infatti, da un lato, riconosce come sussistente il diritto, e ciò non in base ad una specifica disposizione di legge che espressamente lo riconosca/attribuisca, ma come derivante dai principi costituzionali di tutela della dignità della persona in connessione con la tutela della salute; dall'altro, tuttavia, lo ritiene non concretamente tutelato dall'ordinamento per assenza di una specifica disciplina che ne definisca limiti e condizioni. In altri termini, il giudice sostiene che il diritto in questione sia provvisto solo di una tutela primaria, essendo invece privo di quella secondaria. La lacuna, in altri termini ancora, non interesserebbe tanto il diritto sostanziale (il diritto è riconosciuto esistente),

³⁶ Appello al Presidente della Repubblica il 22.09.2006 e poi, alle Commissioni Sanità e Giustizia di Camera e Senato, il 14.09.2006.

quanto il diritto processuale, ossia consisterebbe nell'assenza di una «forma di tutela tipica dell'azione».

Molte le osservazioni critiche rivolte ad un tale modo di ragionare³⁷.

Limitandosi a quelle più pertinenti all'oggetto della ricerca, si può senz'altro rilevare come il giudice abbia impiegato in modo “schizofrenico” quelli che dovrebbero essere i suoi quotidiani strumenti di lavoro, vale a dire le tecniche interpretative. Da un lato, attraverso tali strumenti, egli ha ritenuto di poter senz'altro ricostruire l'esistenza del diritto; dall'altro, giunti al punto consentire l'effettivo esercizio di tale diritto, ha ritenuto quegli stessi strumenti inadeguati a trovare una soluzione. Più esattamente, il giudice ha ritenuto che il diritto non fosse suscettibile di esecuzione coattiva e, dunque, concretamente non esercitabile, così attribuendo alla coercibilità una sorta di valore costitutivo del diritto stesso o, meglio, dei diritti in genere.

Così ragionando, non solo si cade in evidente contraddizione, poiché dapprima si motiva l'esistenza del diritto prescindendo da qualsiasi indagine circa la sua coercibilità mentre, poi, si attribuisce a quest'ultima caratteristica valore determinante ai fini della effettività del diritto medesimo. Ma si ignora o, comunque, si confonde, il compito dell'attribuzione dei diritti con quello della garanzia di effettività degli stessi. L'effettività di un diritto, infatti, non può che essere garantita dal giudice. Se fosse possibile assicurarla altrimenti, la ragion d'essere dei giudici stessi verrebbe meno. Nel ragionamento seguito per non ammettere l'azione cautelare di Welby, invece, il giudice dichiara che la garanzia dell'effettività del diritto viene a dipendere, in sostanza, dal legislatore, il quale dovrebbe intervenire per rendere giustiziabile, nel senso di coercibile, il diritto medesimo.

Ma in questo modo la reale dinamica dell'esercizio di un diritto viene capovolta. In primo luogo, se il diritto appartiene a colui che intende esercitarlo – e, di ciò, il giudice non dubita – e non si tratta di un diritto relativo, quale forma di coercizione sarebbe necessaria? Un soggetto è titolare un diritto e lo esercita. L'errore di prospettiva sorge in quanto, nel caso in questione, le condizioni di Welby impedivano allo stesso di esercitare il proprio diritto senza la necessità della collaborazione altrui; ma questa particolare circostanza non trasformava il diritto da assoluto in relativo, semplicemente richiedeva una particolare modalità di esercizio del diritto medesimo, dovuta alla contingenza del caso. Si può ipotizzare che la coercizione cui allude il giudice riguardasse il medico ma, anche qui, a

³⁷ Si v., p.e., M. AZZALINI, *Il rifiuto di cure. Riflessioni a margine del caso Welby*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2007, II, 313 ss. e i riferimenti ivi indicati.

ben vedere, nessuna coercizione sarebbe stata necessaria, poiché, una volta riconosciuto il diritto del paziente a rifiutare la prosecuzione dei trattamenti, il medico avrebbe semplicemente dovuto realizzare tale volontà. Il problema si è posto probabilmente perché, nel caso di specie, il medico che aveva in cura Welby non condivideva la scelta operata dal paziente. Con il che, si giungeva all'assurda conseguenza che l'incoercibilità della pretesa nei confronti del medico, determinava la costrizione del paziente a subire le scelte del medico stesso. Tutto ciò, per via di un'evidente abbaglio circa il valore della coercibilità rispetto all'effettività di un diritto. Si può convenire che un diritto sia effettivo in quanto coercibile, soltanto nel senso in cui s'intenda che tale diritto, ove non spontaneamente esercitabile, possa essere realizzato attraverso l'intervento del giudice. Ed era infatti questo che Welby chiedeva con la propria domanda cautelare. In altri termini, il giudice del caso, pur dichiarando che «un diritto può dirsi effettivo e tutelato solo se l'ordinamento positivamente per esso preveda la possibilità di realizzabilità coattiva», evidentemente non si è accorto che, nel caso che stava trattando, lo strumento per la realizzabilità coattiva del diritto era... egli stesso.

In via generale, si può infatti affermare che una tutela primaria sprovvista di tutela secondaria, non è tutela effettiva. Il carattere di effettività di un diritto, pertanto, viene a dipendere dalle determinazioni non di colui che il diritto pone, ma di colui che il diritto è chiamato ad attuare, vale a dire il giudice (nei casi in cui l'attuazione non avvenga in via spontanea da parte del titolare del diritto medesimo che non abbia bisogno dell'altrui collaborazione per esercitarlo e che tale collaborazione si veda negare).

La tutela secondaria, peraltro, presuppone unicamente l'esistenza (almeno affermata nella domanda da parte dell'attore) di un diritto, unitamente alla affermata lesione o all'affermato pericolo di lesione del diritto medesimo, nonché la legittimazione in capo all'attore. Le condizioni dell'azione sono queste³⁸. Ciò comporta che, una volta riconosciuta dal giudice l'esistenza del diritto, al di fuori del riscontro di una pretestuosità dell'azione o di un difetto di legittimazione in capo all'attore (o, al massimo, in capo al giudice, se privo di giurisdizione per la specifica causa in esame), la tutela secondaria non può essere negata. Il fatto che, poi, per lo specifico diritto per cui si chiede tutela, non esista una tipica azione processuale, appare irrilevante. Ragionare in termini di tipicità appare lecito, nonché opportuno, quando la medesima caratteristica sia predicabile anche rispetto al diritto oggetto della domanda. Cosa che, nel caso in questione, non era, poiché lo stesso giudice riconosce l'esistenza del diritto non sulla base di una (o più) disposizioni

³⁸ Cfr. per tutti, L.P. COMOGLIO, G. FERRI, M. TARUFFO, *Lezioni*, I cit., 279 ss.

di legge che espressamente lo riconoscono/attribuiscono, bensì per derivazione da principi costituzionali. Orbene, a fronte di un tale procedimento di accertamento dell'esistenza del diritto, non si comprende perché, ai fini di accordare la tutela giurisdizionale, non sia stato considerato dal giudice un altro principio costituzionale: quello di cui all'art. 24, 1° comma della Costituzione. Tale disposizione, come ben noto, afferma infatti che «Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi». Ora, non appare semplicistico sostenere che, alla luce della disposizione appena citata, una volta riconosciuta l'esistenza del diritto in capo al soggetto che ne chiede tutela in sede giurisdizionale, tale tutela secondaria non possa essere negata, a meno che non difetti un qualche presupposto oppure una qualche condizione dell'azione. Difetto che, nel “caso Welby”, non risulta rilevato da parte del giudice: questi parla di mancanza di disciplina, non di mancanza di una condizione dell'azione. Ciò malgrado, il procedimento che ha condotto all'accertamento dell'esistenza del diritto sostanziale sulla base dei principi costituzionali, non viene ripetuto rispetto all'ammissibilità della domanda, pur esistendo anche a questo riguardo una fonte (peraltro esplicita) di riferimento che, per di più, qualifica espressamente come diritto quello all'azione processuale.

A questo proposito, si ritiene opportuno sottolineare come le osservazioni svolte siano pienamente condivise dalla dottrina contemporanea e fossero a suo tempo già state prospettate in termini eloquenti dalla dottrina più risalente. In particolare, si è osservato come³⁹ «sul piano del diritto di azione [...] è sufficiente che il diritto civile [...] preveda una situazione soggettiva di pretesa e obbligo, perché il relativo titolare possa agire in giudizio per la sua tutela senza la necessità di alcuna norma (sostanziale o processuale) che autorizzi l'azione» e come già Chiovenda osservasse a suo tempo che «nel diritto moderno le azioni sono tante quante sono le norme che possono attuarsi (quanti sono, cioè, i diritti soggettivi previsti dal diritto sostanziale), e non hanno necessariamente e rigorosamente un nome [...]. Nel nostro ordinamento la regola è che nel processo civile può chiedersi l'attuazione di qualunque volontà di legge che garantisce un bene [...] Il processo come organismo pubblico d'attuazione della legge è per se stesso la fonte di tutte le azioni praticamente possibili, che tendano all'attuazione di una volontà di legge»⁴⁰. E si prosegue riconoscendo al riguardo come l'art. 24,1° comma Costituzione costituzionalizzi «il principio della atipicità del diritto di azione», con le parole che furono di Andrioli, il quale individuava il «fondamentale principio che chi è titolare di un diritto soggettivo ovvero di

³⁹ A. PROTO PISANI, *Introduzione sulla atipicità dell'azione e la strumentalità del processo*, in *Il Foro italiano*, 2012, V, 1ss.

⁴⁰ ID, *ibidem*, 2

un interesse legittimo, è in pari tempo, e automaticamente, titolare dell'azione intesa come possibilità di fare valere in giudizio quel diritto o quell'interesse legittimo; l'art. 24 ci si presenta, dunque, come una sorta di norma in bianco la quale aderisce a tutte le norme sostanziali che attribuiscono diritti o interessi legittimi: queste norme, anche se nulla dispongono (e il più delle volte nulla dispongono) sulla tutele giurisdizionale, funzionano, per così dire, come fattispecie rispetto al 1° comma dell'art. 24, che mettono automaticamente in moto»⁴¹. Fino a concludere, ancora col Chiovenda che «ogni modo di attuazione della legge [...] che sia praticamente possibile e non sia contrario ad una norma generale o speciale di diritto deve ritenersi ammissibile»⁴².

Da tutto ciò si ritiene di ricavare «l'effettività della tutela giurisdizionale come principio ermeneutico del diritto vigente⁴³», rispetto al quale l'art. 700 c.p.c. viene a rappresentare uno dei veri e propri salti qualitativi a livello di tutela realizzati nella legislazione del 1942».⁴⁴ In altra sede⁴⁵, assai incisivamente, si è inoltre osservato come «rimane evidente la possibilità di non ancorare la definizione del campo di applicazione del processo ad una mappa prefabbricata delle situazioni qualificabili a priori come «diritti» [...] La concezione tradizionale non sia più accettabile, o almeno non dia conto di tutti i fenomeni che si verificano nel campo della tutela giurisdizionale [...] L'art. 24, comma 1, Cost. sancisce la garanzia generale dell'azione e, benché la lettera della norma sembri evocare la vecchia idea della predeterminazione delle situazioni tutelabili, l'interpretazione prevalente è nel senso della generalità della garanzia, ossia nel senso che essa non sia riconducibile entro la dimensione ristretta e cristallizzata del catalogo tradizionale dei diritti soggettivi privati [...] Fenomeni che si vanno verificando sul piano del diritto sostanziale [...] hanno un effetto dirompente rispetto a questo catalogo, che appare incapace di definire tutte le situazioni giuridicamente rilevanti, e inadeguato perché determina in modo rigido e riduttivo le «voci» di cui si compone [...] si può anzitutto ricordare che la Costituzione introduce nel sistema una serie di «diritti fondamentali» che non trovano posto nell'elenco dei diritti privati classici, o che comunque vengono configurati in termini nuovi (basti pensare al diritto alla salute o al diritto ad un'esistenza libera e dignitosa. Ciò non comporta solo un sostanziale ampliamento dell'abituale catalogo codicistico [...poiché...] la Costituzione non opera per definizioni precise ed analitiche, [...] ma per principi o clausole generali. Di conseguenza le sue previsioni [...] debbono essere concretizzate in

⁴¹ ID, *ibidem*, 3

⁴² ID, *ibidem*, 4

⁴³ ID, *ibidem*, 5

⁴⁴ ID, *ibidem*. Dello stesso ordine di idee ed assai più ampiamente, si v. anche A. DI MAJIO, voce *Tutela*, cit.

⁴⁵ L.P. COMOGLIO, G. FERRI, M. TARUFFO, *Lezioni*, I cit., 27-33, *passim*.

situazioni soggettive specifiche. Talvolta ciò avviene ad opera del legislatore, che estende il catalogo normativo dei diritti, ma non di rado l'inerzia del legislatore fa sì che questa operazione di concretizzazione venga compiuta direttamente dai giudici. In questi casi il giudice tutela il diritto nel momento in cui lo crea o lo riconosce esistente sulla base di un principio costituzionale, e qualifica una situazione come "giuridicamente rilevante" in quanto la ritiene meritevole di tutela giurisdizionale.

Coniugando le due posizioni appena esposte, vale a dire, atipicità dell'azione da un lato e catalogo aperto dei diritti dall'altro, il discorso viene dunque a completarsi nei seguenti termini:

a) ai sensi dell'art. 24, 1° comma della Costituzione, chiunque sia titolare di un diritto è, per ciò solo, titolare anche del diritto ad agire in giudizio per chiedere la tutela (secondaria) del diritto medesimo;

b) il diritto all'azione derivante dalla titolarità di un diritto comporta un diritto ad una pronuncia nel merito⁴⁶, salvo il riscontro di vizi di rito;

c) ma v'è di più: ai fini dell'ammissibilità di un'azione cautelare, è sufficiente un *fumus boni juris*, ossia una «verosimiglianza circa l'esistenza del diritto»⁴⁷, verosimiglianza che, invece, nel caso in esame, era ben più che integrata dall'accertata esistenza del diritto da parte del giudice, così che neppure questa condizione poteva dirsi non soddisfatta ai fini dell'ammissione dell'azione. Va pur riconosciuto, ad ogni modo, che nel caso in commento la funzionalità della tutela cautelare rispetto al giudizio di merito risultava in effetti inconciliabile con le caratteristiche della vicenda, la quale, una volta accolta la richiesta cautelare, non sarebbe evidentemente proseguita nell'ambito di un giudizio di merito⁴⁸. Si ritiene tuttavia che, in un'ottica garantistica – dato che l'esistenza del diritto non veniva comunque posta in dubbio dal giudicante – si sarebbero potuti valorizzare gli spunti sopra riportati in punto di atipicità dell'azione civile, soprattutto con riguardo a diritti fondamentali, come tali non catalogati e, dunque, fisiologicamente atipici. Oltre a ciò, si osserva che, in via generale, ove una determinata ricostruzione operata dal giudice conduca al diniego di tutela, l'operare del divieto di *non liquet* dovrebbe indurre il giudice almeno a tentare una diversa ricostruzione. Questa è stata, del resto, la via seguita dalla Cassazione nel caso Englaro. Tanto più se si considera che appare quanto meno

⁴⁶ C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, cit. I, 67 ss.

⁴⁷ ID, *ibidem*, 90

⁴⁸ Cfr., per i caratteri dell'azione ex art. 700 c.p.c., F. CARPI, M. TARUFFO, *Commentario breve al codice di procedura civile*, Milano, 2012, 2513 ss.

ambiguo negare l'esistenza di riferimenti per definire che cosa si intenda per "accanimento terapeutico" ai fini dell'azione da esercitare nel giudizio di merito. Nel momento in cui si riconosce l'esistenza del divieto di accanimento terapeutico, infatti, è lecito presumere che da parte del giudice si possieda una qualche idea sul concetto di tale accanimento. Diversamente, si dovrebbe ritenere che il giudice abbia dichiarato l'esistenza di un diritto senza avere sufficientemente chiaro in che cosa tale diritto consista.

Conclusivamente sul caso in esame, dunque, si deve rilevare la sua importanza rispetto a:

- i)* la circostanza che il giudice ha violato il divieto di *non liquet*⁴⁹
- ii)* la circostanza che la mancanza di disciplina non è stata denunciata rispetto alla possibilità di accertare l'esistenza del diritto in questione, bensì rispetto alla possibilità di tutelarlo in sede giurisdizionale: una lacuna circa i mezzi di tutela processuale;
- iii)* Il conseguente rischio che, rispetto a diritti non tipizzati dal legislatore, ma derivati dai principi generali dell'ordinamento, la corrispondente mancanza di tipici mezzi processuali di tutela conduca, di fatto, alla negazione di tutela giurisdizionale dei diritti medesimi. Ciò, naturalmente, solo ove si ignori quanto sopra osservato in punto di atipicità dell'azione civile.

A fronte del quadro così riassunto, due ultime osservazioni.

Gli unici casi in cui negare l'azione processuale dovrebbero consistere nella inesistenza del diritto (assoluta o a seguito di caduta in prescrizione dello stesso), con conseguente difetto dell'interesse ad agire, oppure nella decadenza dall'azione processuale.

La decisione assunta dal giudice potrebbe apparire volta a garantire la certezza del diritto o, quanto meno, a non comprometterla. In realtà così non sembra. Nulla consente di escludere con sicurezza, infatti, che un altro giudice non avrebbe ammesso l'azione, una volta accertata l'esistenza del diritto, semplicemente facendo applicazione del divieto di *non liquet*. Nel "caso Englaro", malgrado una doppia pronuncia di *non liquet* da parte dei giudici di merito, la Corte di cassazione è riuscita, invece, a trovare una soluzione interpretativa che conciliasse garanzia della tutela giurisdizionale e "accettabilità" della motivazione del provvedimento di tutela, in quanto condotta secondo un impiego

⁴⁹ Da notare che il giudice, in realtà, adempie al suo dovere di decidere anche quando si limita ad una pronuncia in rito. Questa, tuttavia, è ammessa solo per difetto di uno dei presupposti o di una delle condizioni dell'azione. La motivazione dell'inammissibilità della domanda invece, nel caso Welby, non consiste nel rilevato difetto di uno di tali presupposti o condizioni, ma nell'assenza di una disciplina specifica. Tale causa di rigetto in rito, pertanto, non rientra tra quelle che, tipicamente, esse sì, consentono una pronuncia sul processo anziché sul merito.

tecnicamente coretto e legittimo degli strumenti interpretativi disponibili. Come si vede, neppure un atteggiamento di *self-restraint* può assicurare la certezza del diritto; l'unico risultato che esso assicura, è prolungare l'attesa di tutela giurisdizionale per alcuno dei diritti non tipizzati dal legislatore.

3. La sentenza n. 16754/2012 della Corte di Cassazione

La pronuncia n. 16754, resa dalla Corte di Cassazione il 2 Ottobre 2012 viene portata ad esempio del normale operare del divieto di *non liquet*.

Il provvedimento ha esteso la tutela risarcitoria del danno non patrimoniale derivante da nascita malformata, anche al nato e ad eventuali fratelli e/o sorelle di questo; fratelli e sorelle che, nel caso, la bambina aveva. Più esattamente, la fattispecie consisteva nella nascita di una bambina affetta dalla sindrome di Down, malgrado la madre, durante la gravidanza, avesse espressamente richiesto al proprio ginecologo di effettuare tutti gli esami possibili per escludere anomalie o malformazioni genetiche del feto, dichiarando in termini altrettanto espressi che, in presenza di tali patologie genetiche, essa si sarebbe determinata ad interrompere la gravidanza in quanto psicologicamente non in grado di accettare un figlio diversamente abile. Questa, in estrema sintesi, la vicenda, così come accertata dal processo.

Malgrado tali premesse, la donna non era stata sottoposta a tutti gli esami possibili, né era stata informata sul grado di attendibilità di quelli eseguiti.

Al termine della gravidanza, la bambina nata era risultata affetta dalla sindrome di Down.

Da qui, la richiesta risarcitoria dell'ingiusto danno non patrimoniale subito, imputato alla asserita responsabilità contrattuale del ginecologo. Richiesta avanzata in favore della madre, del padre, dei fratelli e delle sorelle della bambina, nonché della bambina stessa. Richiesta respinta nel merito in entrambi i gradi del giudizio svoltisi.

La vicenda era dunque stata sottoposta alla Corte di Cassazione, la quale aveva accolto tutti i motivi del ricorso, cassando dunque la sentenza d'appello sulla base del seguente principio di diritto: «la responsabilità sanitaria per omessa diagnosi da malformazioni fetali e conseguente nascita indesiderata va estesa, oltre che nei confronti della madre nella qualità di parte contrattuale [...] anche al padre [...], nonché, a giudizio del collegio, alla stregua dello stesso principio di diritto posto a presidio del riconoscimento di un diritto

risarcitorio autonomo in capo al padre stesso, ai fratelli e alle sorelle del neonato». A ciò la Corte aveva aggiunto, con riferimento al quinto motivo di ricorso, il diritto al risarcimento anche in favore della bambina nata affetta dalla suddetta sindrome di Down.

In tale modo, il diritto al risarcimento veniva esteso ai fratelli ed alle sorelle eventuali, nonché allo stesso bambino nato affetto da patologia genetica. Entrambe le categorie di soggetti venivano così a vedersi riconoscere un diritto non previsto espressamente dalla disciplina esistente. La precedente giurisprudenza di legittimità pur esistente rispetto al nato, infatti, o aveva, in talune fattispecie, riconosciuto il diritto al nato stesso (per es. sent. 10741/2009), ma con riferimento a casi diversi da quello sottoposto alla Corte nella vicenda in esame, oppure aveva negato tale diritto (per es. sent. 14488/2004).

Rispetto ai fratelli ed alle sorelle, l'estensione della tutela, come espressamente dichiarato nel principio di diritto, viene fondata sulla riconosciuta identità di ratio che giustifica il diritto in capo al padre, già riconosciuto in precedenza (per es., sentt. 6735/2002 e la citata 14488/2004), vale a dire la «attitudine a subire un serio danno non patrimoniale [...consistente ad esempio nella] minor disponibilità dei genitori nei loro confronti [...] nonché nella diminuita possibilità di godere di un rapporto parentale [...] caratterizzato da serenità e distensione»; sotto altro profilo, la *ratio* viene poi individuata nella riconducibilità dei fratelli e delle sorelle ai soggetti terzi rispetto ai quali il rapporto contrattuale medico-paziente spiega effetti protettivi. Un classico caso di *analogia legis*, dunque.

Più complessa la motivazione che conduce al riconoscimento del diritto in capo alla bambina nata diversamente abile. A tale proposito, è la stessa Corte di cassazione a riconoscere, in premessa, la necessità di una revisione critica della propria precedente giurisprudenza.

In particolare, l'esame dei precedenti interessa la citata sentenza n.14488/2004, poiché questa aveva negato la risarcibilità del danno da nascita malformata lamentato in proprio dal neonato, limitandolo ai soli genitori. Risarcibilità esclusa, ad avviso di quella Corte, dalla «inesistenza nel nostro ordinamento di un diritto a non nascere se non sano».

Come rammentato dalla Cassazione in occasione della pronuncia n. 16754 del 2012, la citata sentenza 14488/2004 suscitò non poche critiche in dottrina, condivise nella sostanza proprio nel 2012 dal giudice di legittimità.

La sentenza n. 10741/2009, invece, a fronte di una nuova richiesta di risarcimento del danno in favore del nato, elaborò il principio di diritto secondo cui «stante la soggettività giuridica del concepito, al suo diritto a nascere sano [di cui acquista la titolarità a seguito della nascita], corrisponde l'obbligo dei sanitari di risarcirlo [...] per mancata osservanza sia del dovere di corretta informazione [nei confronti della madre], sia del dovere di somministrare farmaci non dannosi per il nascituro». La fattispecie era, infatti, diversa. Il bambino era nato diversamente abile in quanto alla coppia erano stati somministrati farmaci teratogeni senza i dovuti avvertimenti sui relativi rischi. Il principio di diritto così formulato fu, poi, precisato nella portata, specificando che la tutela risarcitoria avrebbe, tuttavia, dovuto essere esclusa «nel diverso caso della mancata informazione (sui rischi di malformazione del feto) incidente sulla decisione della madre di interrompere, in tal caso, la gravidanza, attesa la già affermata inconfigurabilità nel nostro ordinamento di un diritto a non nascere se non sano». Malgrado la diversità della vicenda trattata nella sentenza 10741/2009, questa pronuncia, secondo la sentenza 16754/2012 citata, risulta significativa per il fatto di riconoscere gli effetti protettivi del rapporto contrattuale tra paziente e medico anche a favore del nato, così portando all'attenzione un aspetto sino ad allora trascurato: «l'incidenza della nascita di un bambino in condizioni menomate [...] [sul]l'intera famiglia».

Così che ci si può spingere ancora oltre. Sganciando la questione del diritto al risarcimento del danno in favore del nato malformato dal dilemma tra soggettività o meno del nascituro (richiamando in proposito la precedente sentenza 9700/2011), la Cassazione arriva nel 2012 a formulare un principio di diritto per cui «la propagazione intersoggettiva dell'illecito legittima un soggetto di diritto, quale il neonato, per il tramite del suo legale rappresentante, ad agire in giudizio per il risarcimento di un danno che si assume in ipotesi ingiusto». Tale punto di approdo viene giustificato attraverso un'analisi della disciplina esistente in materia di interruzione volontaria della gravidanza e della sua interpretazione. In base ad esse:

- il riconoscimento, da parte dell'ordinamento, del diritto di abortire, comporta l'irredimibile «sacrificio del “diritto” del feto a venire alla luce»;
- il diritto alla procreazione cosciente e responsabile è attribuito alla sola madre e, in caso di sua ingiusta lesione, non si ha estensione al nascituro in quanto considerato soggetto di diritto, bensì una «propagazione intersoggettiva degli effetti diacronici dell'illecito»;

- così che, una volta accertata (come è stata accertata) la legittimità costituzionale della scelta legislativa che consente l'interruzione della gravidanza, «l'interprete è chiamato non ad un compito "creativo" di pretese soggettività limitate, ma all'accertamento positivo di un diritto, quello della madre, e di un interesse, quello del nascituro (una volta in vita), oggetto di tutela da parte dell'ordinamento, alla procreazione cosciente e responsabile»;
- oltre a ciò «una corretta e coerente attuazione dei principi cardine della giurisprudenza degli interessi (a mente della quale la correttezza della decisione del giudice dipende dalla altrettanto corretta valutazione dello scopo delle norme, secondo una ricerca del relativo *significato* in una dimensione teleologica) sembra condurre alla conclusione che tutte le norme, costituzionali e ordinarie, volte a disciplinare il delicato territorio del concepimento considerino il concepito *come un oggetto di tutela necessaria*»;
- «la lesione inferta al concepito si manifesta e diviene attuale al momento della nascita»;
- «la situazione soggettiva tutelata è *il diritto alla salute, non quello a nascere sano*»;
- «oggetto della pretesa e della tutela risarcitoria è [...] la nascita malformata [nonché] il perdurante ed irredimibile stato di infermità. Non la nascita non sana. O la non nascita»;
- sembra «del tutto in linea col sistema e con la diffusa sensibilità sociale che sia esteso al feto lo stesso effetto protettivo (per il padre) del rapporto intercorso tra madre e medico; e che, come del resto accade per il padre, il diritto al risarcimento possa essere fatto valere dopo la nascita anche dal figlio il quale, per la violazione del diritto all'autodeterminazione della madre, si duole in realtà non della nascita ma del proprio stato di infermità (che sarebbe mancato se non fosse nato)»;
- così che il «risarcimento [è] funzionale ad alleviarne sofferenze e infermità».

Il lungo, complesso ed articolato *iter* argomentativo appena riassunto come sopra, si conclude poi con un'ampia analisi volta a ricondurre la decisione alla fattispecie astratta dell'illecito aquiliano, poiché «La Corte non ritiene [...] del tutto appagante, nel dar vita ad un così significativo *revirement* rispetto alle pronunce del 2004 e del 2009, né l'evocazione di quella sensazione di sotterfugio cui ricorrerebbe la giurisprudenza per riconoscere il risarcimento in via indiretta all'handicappato, né la pur suggestiva considerazione volta a

rilevare la contraddizione logica del riconoscere il risarcimento del danno ai genitori e non riconoscerlo al minore nato con la malattia». In tale contesto, la lesione lamentata del minore viene individuata nello «stato funzionale di infermità [e nel]la condizione evolutiva della vita handicappata», con fondamento della domanda risarcitoria negli artt. 2,3,29, 30 32 della Costituzione. La salute tutelata dall'art. 32, infatti, per il Collegio, deve essere considerata come «condizione dinamico/funzionale di benessere psicofisico», così che l'infermità, da un lato, viene a comportare una «limitazione del diritto del minore allo svolgimento della propria personalità» tutelato dall'art. 2, dall'altro, «impedisce o rende più ardua la concreta e costante attuazione dei diritti-doveri dei genitori» di cui agli artt. 29, 30 e 31. Per tale via, l'interesse giuridicamente protetto consiste nell'«alleviare, sul piano risarcitorio, la propria condizione di vita, destinata a una non del tutto libera estrinsecazione secondo gli auspici del Costituente».

A fronte della pronuncia appena considerata nei suoi termini essenziali, si può conclusivamente notare, dunque, come essa sia pervenuta ad accordare tutela giurisdizionale ad una fattispecie non specificamente disciplinata, nonché diversamente valutata, sotto alcuni aspetti, dalla precedente giurisprudenza, “semplicemente” attraverso l'impiego degli strumenti interpretativi sul materiale normativo esistente. Nello stesso modo, cioè, con cui la Cassazione era riuscita a trovare una soluzione per il “caso Englaro”, di cui si è trattato in apertura del presente capitolo. Il diritto in capo ai fratelli e alle sorelle è riconosciuto in applicazione di un'*analogia legis* rispetto al padre; quello in capo al nato diversamente abile attraverso un'analisi di varie disposizioni, ordinarie e costituzionali, nonché attraverso una revisione di precedenti pronunce. Per questa via, un diritto sino ad allora negato ha potuto ricevere tutela da parte di un giudice, il quale, pur in assenza di una specifica disciplina – e malgrado interpretazioni diverse delle medesime disposizioni operate in precedenza – ha trovato una via per non negare tutela. Una via, va rilevato, non quale che fosse, ma costruita e sostenuta sulla base di disposizioni di legge del nostro ordinamento, dunque positivamente fondata. Una decisione non arbitraria, dunque, ma tecnicamente giustificata dalla Cassazione e, in tal modo, controllabile nei suoi fondamenti logico-giuridici. Questo è il lavoro del giudice. Questa è l'importanza del divieto di denegare giustizia. Quest'ultima espressione viene comunemente impiegata per esprimere il divieto fatto ai giudici di esimersi dal decidere, ed è significativo che in essa compaia il termine “giustizia”. Non si parla di diniego di “tutela” o di “decisione”, ma di “giustizia”: come se, in ultima analisi, fosse proprio in questo che l'esercizio della

funzione giurisdizionale venga a sostanziarsi e a consistere nel suo significato più profondo ed autentico, il fare giustizia.⁵⁰

Il divieto di *non liquet*, in questo caso, ha naturalmente operato, rispetto ad un giudice che dinanzi alla lacuna non ha mostrato alcun timore nell'attingere alle tracce presenti nell'ordinamento, fino a costruire un sentiero sino ad allora inedito, inesplorato, che ha condotto alla tutela. Le tessere avrebbero potuto essere altre, il collante tra le stesse avrebbe potuto essere altro, così da comporle insieme con un diverso livello di tenuta. Era stato altro, in effetti, nelle precedenti pronunce. E proprio su tale composizione precedentemente operata, la Cassazione ha ritenuto di dover intervenire con la sent. 16754/2012.

Tutto ciò dimostra come, da un lato, il divieto di *non liquet* non imponga, per essere osservato, di inventare dal nulla, e, dall'altro, che le disposizioni espresse non garantiscono, di per sé, la certezza assoluta in ordine alla prognosi del contenuto di una decisione.

4. La sentenza della Corte costituzionale n.1/2014

La questione di legittimità della legge (elettorale) n. 270/2005, sulla quale la Corte costituzionale si è pronunciata con la prima sentenza emessa nel 2014, presenta una peculiarità rilevante in merito di completezza dell'ordinamento. Il problema della questione, infatti, non atteneva tanto all'esistenza del diritto ad un voto libero, personale, eguale e segreto, quanto alla mancanza di uno strumento processuale con cui introdurre il giudizio innanzi alla Corte medesima per chiedere tutela di quel diritto. La peculiarità del caso derivava dalla circostanza che la legge sospettata di illegittimità non si presta a costituire oggetto di applicazione giudiziaria, così che, stante il carattere incidentale del giudizio di legittimità delle leggi previsto dal nostro ordinamento (eccetto le ipotesi di ricorso in via principale), si poneva il problema dell'ammissibilità della questione al vaglio della Consulta. Quella che è stata definita una «strettoia» del giudizio in via incidentale rispetto alla giurisdizione della Corte, appare dunque interessare in realtà non la giurisdizione, ma gli strumenti processuali di tutela del diritto. L'atto da sindacare, infatti, rientra perfettamente nella giurisdizione affidata alla Corte dall'art. 134 della Costituzione. Non riesce invece a rientrare nelle condizioni di introduzione del giudizio poste dalla legge

⁵⁰ Su tale rapporto tra funzione giurisdizionale e giustizia, appassionatamente S. Satta, voce *Giurisdizione*, cit.

n. 87/1953 il mezzo processuale. La giurisdizione sussiste, è il mezzo per attivarla, che manca. Da ciò si potrebbe riflettere sull'opportunità di perseguire Forse la completezza più su questo piano, che non su quello del diritto positivo o, almeno, non solo su quello. Il problema era già stato rilevato da tempo⁵¹. E la Corte costituzionale ha mostrato volerlo risolvere (caso per caso).

Le motivazioni poste a fondamento della sentenza in commento, nonché il breve richiamo di alcuni precedenti assimilabili (per la natura del problema di accesso al sindacato di legittimità, non per l'oggetto della questione) presentano elementi significativi ai fini della ricerca.

Considerando brevemente la propria precedente giurisprudenza che la stessa Corte richiama nella sent. 1/2014, si può osservare quanto segue.

In primo luogo, il problema dell'accesso al sindacato incidentale si era posto sotto il profilo della legittimazione del giudice rimettente, in quanto costituito dalla sezione di controllo della Corte dei conti (sentt. 226/1976 e 384/1991, rispetto al promovimento di un giudizio di legittimità costituzionale; sent. 406/1989, in sede di conflitto di attribuzioni), oppure dal Collegio centrale di garanzia elettorale presso la Corte di cassazione (sent. 387/1996, in sede di giudizio di legittimità costituzionale). Problema diverso dunque, sotto questo aspetto, da quello che si poneva rispetto all'impugnazione della legge elettorale, in cui la legittimazione del giudice a quo non si poneva in discussione. Malgrado queste differenze, la motivazione di ciascuna di queste pronunce presenta una caratteristica ricorrente anche nelle altre, nonché, da ultimo nella sentenza n. 1/2014 in esame. In tutti i casi, la Corte ha svolto la propria motivazione muovendosi su due piani: uno più propriamente tecnico, sul quale ha individuato argomenti che consentissero di superare l'ostacolo di accesso al proprio sindacato; l'altro, di chiara natura garantista. È quest'ultimo l'aspetto che rileva ai fini della presente ricerca. Al di là degli specifici argomenti usati per superare gli ostacoli di natura tecnica, infatti, la Corte ha sempre completato e rafforzato la propria motivazione con argomenti di tutt'altra natura, schiettamente attinenti al profilo della effettività della tutela dei diritti come esigenza da salvaguardare e risultato da perseguire nella misura più ampia possibile. Dice la Corte nella sent. 226/1976: «D'altronde, sul piano sostanziale, il riconoscimento di tale legittimazione si giustifica anche con l'esigenza di ammettere al sindacato della Corte costituzionale leggi che, come nella fattispecie in esame, più difficilmente verrebbero, per altra via, ad essa

⁵¹ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, cap. VII.

sottoposte»; e nella sent. n. 406/1989: «può avvenire che [...] si presentino scarse occasioni di controversia, e conseguentemente si formino zone franche di incostituzionalità»; nella sent. 384/1991: «quando l'accesso al sindacato [di legittimità] sia reso poco agevole [...] i meccanismi di accesso debb[on]o essere arricchiti»; e, nella sent. 387/1996: «il controllo da parte di questa Corte deve coprire nella misura più ampia possibile l'ordinamento giuridico». Fino ad arrivare alla sentenza sulla legge elettorale, in cui si legge che «L'ammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale [...] si desume precisamente dalla peculiarità e dal rilievo costituzionale [...] del diritto oggetto di accertamento». Si deve precisare che «il giudizio di legittimità costituzionale solo indirettamente è preordinato alla tutela dei diritti [...], è preordinato invece al corretto svolgimento della funzione giurisdizionale»⁵².

Ciò posto, tuttavia, due osservazioni appaiono opportune.

In primo luogo, nelle pronunce richiamate la Corte ha mostrato attenzione per l'aspetto più schiettamente procedurale di accesso alla giustizia, individuando in esigenze garantiste una ragione idonea a superare formalità che, ove rigorosamente osservate, avrebbero impedito di garantire un controllo su atti normativi senz'altro soggetti a tale controllo; nonché, nel caso della legge elettorale, avrebbero compromesso la possibilità di esercitare un diritto nei termini in cui esso è garantito dalla Costituzione. Viene da pensare al “caso Welby” e, più in generale, alla circostanza che la tutela dei diritti viene solitamente riguardata sotto l'aspetto sostanziale, nel senso che le riflessioni si rivolgono sempre alla possibilità di individuare nell'ordinamento un qualche dato su cui fondare l'esistenza e, dunque, la tutelabilità, di un determinato diritto, come condizione preliminare di accesso alla tutela giurisdizionale. Il “caso Welby” e quello recente della legge elettorale, invece, mostrano come, talvolta, un diritto possa rischiare di non ricevere tutela effettiva non perché si dubiti della sua esistenza, ma per la mancanza (o l'inadeguatezza) degli strumenti processuali previsti dall'ordinamento in sede di proposizione della domanda. Il giudice del “caso Welby” non ammette il ricorso ritenendo che il mezzo utilizzato per proporlo non sia idoneo, ma ciò non in quanto ve ne sarebbe pure uno adatto, che però il ricorrente non ha saputo individuare. Per il caso da risolvere non vi era, nell'ordinamento, uno strumento idoneo nel senso di tipico, così che, in pratica, la domanda di tutela per esercitare il diritto non avrebbe mai potuto essere ammessa. Ebbene, riguardo a questo specifico profilo, si ritiene che la sent. n. 1/2014 della Corte costituzionale costituisca un prezioso supporto alla

⁵² R. BIN, *La protección interna de los derechos*, relazione al Convegno "La protección de los derechos en un ordenamiento plural", Barcelona, 17-18 ottobre 2013 (<http://www.robertobin.it/ARTICOLI/Barcelona.pdf>).

teoria del necessario divieto di denegare tutela, come esempio esplicito della prevalenza riconosciuta ai profili sostanziali di tutela rispetto a quelli formali, ove questi impediscano in maniera insuperabile l'ammissione della domanda.

In secondo luogo, si osserva come le motivazioni fornite dalla Corte nelle pronunce sopra citate, sembrano costruite in modo tale da significare che, al di là degli specifici argomenti tecnici individuati dalla Corte per giustificare l'accesso al proprio sindacato, la vera ragione, assorbente e determinante dell'ammissione della questione, sia costituita proprio dall'esigenza di garantire quanto più possibile la tutela affidata alla competenza della Corte medesima. Il ragionamento si svolge sempre sui due livelli, quello strettamente tecnico e quello sostanziale, ma è quest'ultimo, a ben vedere, quello assunto come prevalente. Se così non fosse, la Corte non avrebbe avuto necessità di considerarlo: le sarebbe stato sufficiente spiegare perché il giudice rimettente poteva ritenersi giudice, oppure spiegare perché, nel caso della legge elettorale, si potesse ritenere comunque integrato il requisito dell'incidentalità della questione. E invece no. La Corte dà queste motivazioni ma, in sostanza, è come se dicesse: «gli argomenti tecnici per consentire l'accesso ci sono ma, se anche non ci fossero, le ragioni sostanziali sarebbero comunque di per sé sufficienti a giustificare l'ammissione della questione». Non lo dice, perché il sistema di accesso al sindacato di legittimità costituzionale ha una sua ragion d'essere ed una struttura che deve essere mantenuta tendenzialmente stabile per esigenze di certezza e di rispetto delle regole procedurali: anche queste sono poste a presidio, appunto, della certezza del diritto; certezza che però, dinanzi al rischio di una tutela mancata dei diritti, viene temperata, con valutazioni da svolgere rigorosamente caso per caso.

Conclusioni

La certezza del diritto è un obiettivo tendenziale, nel senso che le probabilità di riuscire a raggiungerla e a mantenerla in termini assoluti appaiono nulle. Lo stesso principio di diritto

che può enunciare la Cassazione, del resto, è giuridicamente vincolante solo per il relativo processo di merito, mentre tale vincolo giuridico non sussiste per altri eventuali casi. L'unico caso di sentenza con effetti *erga omnes* è quello delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale e, comunque, anche gli effetti dell'annullamento incontrano un limite, quello dei rapporti esauriti. Ciò non vuol dire, tuttavia, che il valore della certezza debba essere trascurato e che l'impegno per garantirla nella massima misura possibile debba venire meno. Tali oneri, tuttavia, sembrano dover gravare più propriamente sul legislatore che non sui giudici; o, almeno, sembrano dover gravare sul primo in misura maggiore che non sui secondi. Infatti, in un sistema che, da un lato, non accoglie il principio dello *stare decisis*, mentre, dall'altro, accoglie quello del divieto di *non liquet*, impone ai giudici l'onere di garantire la certezza del diritto apparirebbe quanto meno iniquo. In un tale sistema, infatti, ai giudici spetta l'obbligo di decidere su qualsiasi domanda di tutela giurisdizionale, salvi i casi di vizi di rito della domanda stessa o di difetto di giurisdizione in capo al giudice adito⁵³. Ma tali eventuali vizi di rito, a loro volta, non comportano che la domanda di tutela debba rimanere del tutto ignorata: la medesima domanda, infatti, una volta eliminati i vizi che ne avevano impedito l'esame nel merito, potrà bene essere riproposta ed accedere, ora sì, al giudizio di merito. Le condizioni dell'azione rammentate a proposito del "caso Welby", infatti, si limitano a: i) l'affermazione dell'esistenza di una norma che astrattamente preveda il diritto per cui si chiede tutela; ii) l'interesse ad agire, che consiste nel «bisogno di tutela giurisdizionale» e che si concreta nella «affermazione, contenuta nella domanda, dei fatti costitutivi e dei fatti lesivi di un diritto»; iii) nella legittimazione ad agire, la quale è regolata dall'ordinamento, anche attraverso gli istituti della rappresentanza e della sostituzione processuale. Ora, quanto alle prime due condizioni, si deve osservare che: quanto a quella *sub i*), la norma non deve necessariamente essere espressa, ma può anche essere ricavata da un insieme di principi e/o di disposizioni esistenti all'interno dell'ordinamento, come avvenuto nei tre casi considerati nel capitolo II. Inoltre, la sua reale esistenza, ai fini dell'ammissibilità dell'azione, deve essere meramente affermata nella domanda, poiché è evidente che il relativo accertamento competerà al giudice. Quanto alla condizione *sub ii*), anch'essa consiste in una mera affermazione, poiché sarà ancora il giudice a dover accertare se i fatti

⁵³ il difetto di giurisdizione, in ogni caso, può comportare soltanto che la causa debba essere decisa da un giudice diverso rispetto a quello adito, non che non vi sia un giudice. Ciò deriva dalla duplice circostanza che: a) come visto in apertura del capitolo I, c'è giurisdizione fin dove c'è un giudice legittimamente istituito secondo l'ordinamento; b) quanto meno ai sensi dell'art. 24, 1° comma della Costituzione, la titolarità – almeno affermata nella domanda – di un diritto, fa sorgere in capo all'attore il diritto all'azione, e, a sua volta, questo fa sorgere in capo al giudice adito il correlativo obbligo di pronunciarsi nel merito della domanda. Obbligo che, poi, in virtù del divieto di *non liquet*, il giudice non può evitare neppure nel caso di mancanza oppure di oscurità di una norma da applicare

costitutivi e quelli lesivi del diritto si siano veramente verificati. È evidente a questo punto che la sussistenza delle condizioni dell'azione viene a dipendere in misura maggiore o minore dall'attività interpretativa operata da parte del giudice adito, a seconda che il diritto affermato e i relativi fatti costitutivi e lesivi siano ricavabili da disposizioni o principi più o meno espressi all'interno dell'ordinamento. Ed è da notare che meno tali principi e disposizioni saranno espressi, maggiore sarà il margine di "creatività" e, dunque, di incertezza del diritto, non solo rispetto alla pronuncia nel merito, ma già dal vaglio delle condizioni di ammissibilità dell'azione.

Così che da quanto osservato consegue che, ove la mancanza di precise disposizioni conduca al moltiplicarsi di casi simili decisi in maniera diversa da giudice a giudice e, dunque, ad una lesione della certezza del diritto, spetterà al legislatore intervenire a tutela di tale certezza medesima. Il giudice non potrà farlo, poiché, da un lato, non potrà rifiutare la decisione invocando la lacuna o l'oscurità di disciplina, dall'altro, non potrà neppure invocare un eventuale precedente a fondamento della propria decisione, in quanto ciò esporrebbe la pronuncia ad impugnazione, non essendo il precedente vincolante nel nostro ordinamento.

La certezza del diritto, si può notare a questo punto, presenta più volti, ed essi non sono tutti perfettamente compatibili l'uno con l'altro, nel senso che la piena rappresentazione in concreto dell'uno comporta l'offuscamento almeno parziale degli altri. In particolare, certezza del diritto significa almeno: a) chiarezza dei dettati normativi, affinché ogni loro destinatario sia posto in condizione di conoscere preventivamente il significato e gli effetti che l'ordinamento attribuisce alle varie condotte ipotizzate dalle norme stesse, b) ma certezza del diritto significa anche certezza dell'accesso alla tutela giurisdizionale, per chiara disposizione dell'art. 24, comma 1° Costituzione. Anche questa, infatti, è una disposizione di legge, dalla quale debbono essere fatti derivare gli effetti suoi propri, vale a dire la possibilità di agire in giudizio. Di conseguenza, certezza del diritto significa altresì c) certezza che vi sarà una decisione (in forza dell'art. 12 "Preleggi"), ossia che la tutela dei diritti dichiarata dall'ordinamento nelle sue disposizioni sostanziali divenga effettiva attraverso le pronunce giurisdizionali (ove necessario, naturalmente). Certezza, dunque, nel senso di prevedibilità degli effetti delle norme perché il significato di esse è chiaro.

Si ritiene dunque che, rispetto alla certezza del diritto, si possano individuare almeno i tre volti descritti *sub* a)-c), coesistenti e contemporaneamente operanti, e che tra di essi possa essere ricostruito un rapporto strutturale simile a quello del sillogismo, seppure più

articolato, in forza del quale: *i*) tutte le disposizioni debbono essere chiare nel loro significato e nei loro limiti di applicazione (compito del legislatore); *ii*) la chiarezza del significato è funzionale alla certezza degli effetti; *iii*) l'art. 24, 1° comma Costituzione e l'art. 12 "Preleggi" sono disposizioni; *iv*) gli effetti previsti dall'art. 24 e dall'art. 12 citati debbono essere garantiti (compito del giudice). Il problema centrale, riguarda, in tale prospettiva, il significato, ossia l'aspetto *sub i*). Ed infatti è proprio a questo livello, che costituisce la premessa maggiore di tutti gli altri, che si colloca l'elemento di offuscamento degli altri. È stato, infatti, significativamente osservato: «se ciò che ha da essere prevedibile perché il diritto sia certo, è quel che deve essere deciso in relazione ad ogni singola fattispecie perché il diritto sia rispettato. Se questo vuol dire certezza del diritto: che sia possibile con un taglio netto separare il diritto dal torto [allora] la certezza è [...] costitutiva dell'idea stessa del diritto [poiché] il diritto a questo serve. E il diritto per questo c'è: per esser certo; cosa che evidentemente non potrà mai compiutamente essere, ma a cui altrettanto evidentemente ogni operatore giuridico non potrà non tendere»⁵⁴. Ed ecco che allora il rapporto tra le varie componenti di quella sorta di sillogismo, in un certo senso s'inverte: poiché quella che dovrebbe fungere da premessa maggiore (*sub i*) per tutte le altre, non può pienamente farlo, sono queste ultime (*sub iii e iv*), in un certo qual modo, ad operare sulla prima (*sub i*) in funzione per così dire "correttiva". Se la certezza di significato, cioè, non è possibile a monte in termini assoluti, allora sarà partendo dalla valle che essa dovrà essere ricostruita, per quanto possibile, ossia nella piena consapevolezza che, come appena citato, ciò «non potrà mai compiutamente essere». Ma questa inevitabile relatività della certezza non deve risvegliare il terrore postrivoluzionario per l'arbitrio dei giudici, poiché si è proseguito nell'osservare che la certezza come contenuto, cioè come significato, dell'atto del decidere «è un valore specifico del diritto», compendiabile nella «efficienza del sistema giuridico» e che «questa certezza [...] non è funzione della conoscenza delle leggi alla cui stregua si svolgono dei fatti, ma dell'esistenza, e del rispetto da parte dell'organo decidente e di altri organi, delle regole alla cui stregua si valutano come corrette o come scorrette delle decisioni. [...] La prevedibilità delle decisioni in questo senso si traduce in controllabilità: il valore specificamente giuridico della certezza è dunque la controllabilità delle decisioni giuridiche [così che] condizione della certezza è un sistema coerente di regole generali. Regole sulle fonti e sull'interpretazione, [...per] selezionare le premesse di diritto dell'argomentazione giuridica; regole di procedura, [...per] acquisire secondo determinate modalità vari elementi dell'argomentazione giuridica]; regole di svolgimento dell'argomentazione giuridica. In tutti i sistemi giuridici, e dunque

⁵⁴ L. GIANFORMAGGIO, voce *Certezza del diritto*, in *Dig. Priv.*, sez. civ., II, 1988, 276

anche nel nostro, tali regole lasciano all'organo decidente degli spazi di discrezionalità [...] Non si pensi, però, che ciò debba necessariamente comportare un costo in termini di certezza»⁵⁵. Ogni decisione, infatti, come detto, è soggetta a controllo proprio in virtù delle regole appena indicate. Ecco perché, in uno stato di diritto, affinché un processo sia giusto, i provvedimenti giurisdizionali debbono essere motivati: per poter essere controllati. A tale proposito si è infatti osservato conclusivamente che «i parametri della controllabilità sono diversi. [uno di essi è la] accettabilità sociale della decisione; [un altro è] la precisione della tecnica legislativa [che deve consentire] all'interprete-applicatore di ricavare norme non contraddittorie [in cui] gli spazi di discrezionalità [...] debbono non annidarsi nelle pieghe di testi vaghi e generici, di formulazioni equivoche ed ambigue, ma debbono essere chiaramente ed apertamente dichiarati»⁵⁶. L'analisi svolta nella parte II riguardo ad alcuni casi giurisprudenziali, ha mostrato che non sempre la tutela dei diritti può risultare debole a causa di incertezze o ambiguità delle disposizioni, ma per l'emergere di esigenze nuove all'interno della società e del loro concreto atteggiarsi nelle vite dei consociati, cui non sempre corrisponde un'adeguata attenzione del legislatore, per lungo tempo, a volte. Più che di ambiguità, dunque, in tali casi si tratta, appunto, di attenzione e di volontà. Ove questa manchi, il giudice non potrà sottrarsi al proprio compito, per far sì che la certezza del diritto nelle sue varie dimensioni sia comunque assicurata: se manca una disciplina specifica per il caso da risolvere, allora certezza del diritto significherà attingere alle disposizioni e ai principi comunque rinvenibili nell'ordinamento, per così garantire la definizione dell'altro volto della certezza del diritto, quello della tutela giurisdizionale.

Dalla ricostruzione appena svolta risulta conclusivamente, dunque, che separazione tra i poteri significa divieto di interferenza nelle rispettive attribuzioni, ma che, in materia di certezza del diritto, più che sulla separazione, sarebbe opportuno investire sulla collaborazione tra i poteri stessi. La certezza del diritto, in altri termini, appare essere un "obiettivo complesso a formazione progressiva", alla cui realizzazione debbono concorrere (almeno) due soggetti diversi, ciascuno facendo, oltre a ciò che deve fare, anche ciò che sa e, soprattutto, che può fare. Il giudice non può – e non deve – fare il legislatore, mentre deve, invece, decidere sempre; e deve decidere utilizzando i mezzi che ha a disposizione, costituiti da un insieme più o meno chiaro e completo di norme, ricavate da un insieme più o meno chiaro e completo di disposizioni e di principi, oltre che dagli strumenti dell'interpretazione e della logica. Il legislatore, dal canto suo, non può – e non deve – fare

⁵⁵ ID, *ibidem*, 277

⁵⁶ ID, *ibidem*, 278

il giudice, ma deve intervenire ogni qual volta la certezza del diritto risulti compromessa o rischi di esserlo. Nell'attesa, il giudice deve decidere comunque i casi ancora non espressamente regolati, poiché questo gli impone il divieto di *non liquet*. Diversamente, tutti i soggetti titolari di diritti non ancora provvisti di una disciplina specifica, rischierebbero di non poterli tutelare e, dunque, di fatto, sarebbero trattati come se non ne fossero titolari, con evidente violazione, almeno, degli artt. 3, sia 1° che 2° comma e 24, 1° comma della Costituzione. Da questo punto di vista, il divieto di *non liquet* opera come strumento ultimo, di chiusura, per così dire, dell'ordinamento, rispetto alla tutela dei diritti, in tutti i casi in cui, per taluni di essi, l'ordinamento stesso non abbia ancora approntato strumenti più specifici.

Proseguendo sotto questo profilo, la tutela dei diritti sembra dipendere, più che dalla completezza delle norme che li prevedono espressamente, da quella degli strumenti per poterne comunque tutelare in sede giurisdizionale l'esercizio. Ciò non vuol dire che si debba trascurare il profilo della tutela primaria; vuol dire, piuttosto, possibilità di giungere in ogni caso, con gli strumenti resi disponibili dall'ordinamento e dall'interpretazione, ad una soluzione per ogni questione, ove la tutela primaria risulti ancora carente proprio sotto il profilo degli strumenti. A ben vedere, è proprio questo il profilo sotto cui il giudice non ha ammesso l'azione cautelare nel "caso Welby": non perché non abbia riconosciuto l'esistenza del diritto, anzi affermato come sussistente in capo all'attore, bensì per la mancanza di una disciplina specifica dello stesso, vale a dire di strumenti specifici di tutela. Il che è cosa ben diversa dall'affermare la non meritevolezza di tutela per non meritevolezza dell'interesse (a sua volta derivante dall'inesistenza del diritto o dalla sua mancata lesione/messa in pericolo). E analoghe sono le ragioni sulle quali la Corte costituzionale ha fondato la propria sentenza n. 1/2014, consentendo un accesso, per così dire "sui generis" al sindacato in via incidentale.

Tali circostanze inducono ad una riflessione ulteriore. Se la tendenziale completezza dell'ordinamento è (come è) rimessa al legislatore, tutti quei casi come quello Englaro e Welby, potrebbero dover attendere chissà quanto a lungo prima di ricevere una disciplina specifica, o, addirittura, potrebbero non riceverla mai. Il legislatore infatti, come ben noto, è espressione di una maggioranza politica. Le persone che versano in condizioni come quelle i cui versavano Eluana Englaro e Piergiorgio Welby, invece, costituiscono una minoranza sociale e, dunque, anche politica. Ora, la possibilità che l'attenzione e la sensibilità di un legislatore espressione della maggioranza si rivolgano a tali minoranze è, in teoria, minima. Il legislatore sostiene un governo che ha un proprio programma politico

da realizzare; programma che, presumibilmente, includerà obiettivi tali da determinare il consenso di una maggioranza (necessaria per costituire il governo stesso e per governare in seguito); tale programma potrebbe senz'altro includere anche obiettivi di tutela delle minoranze ma, magari, non di tutte. Senza dilungarsi su tali dinamiche di base dell'organizzazione costituzionale, si può senz'altro rilevare come condizionare la tutela giurisdizionale di un diritto all'esistenza di una specifica disciplina dettata allo scopo, potrebbe inibire il concreto esercizio di tutti quei diritti che, per ragioni le più varie, il legislatore non inserisce nella propria agenda.

Sotto questo diverso aspetto, dunque, il divieto di *non liquet* può essere visto anche come uno strumento di tutela delle minoranze, ove esse non ricevano tutela da parte del legislatore in sede primaria (con disposizioni espresse riferite ad interessi di cui sono portatrici solo minoranze) e, a ben vedere, anche ove esse non la ricevano neppure e conseguentemente in sede secondaria (con la previsione, sempre da parte del legislatore, di specifici strumenti di tutela per quei medesimi interessi). L'operare del divieto garantisce infatti tutela giurisdizionale anche agli interessi delle minoranze nel senso che impone al giudice di pronunciarsi in ogni caso. Con ciò, ove anche il legislatore non si occupi degli interessi delle minoranze, non per questo le medesime non potranno chiederne tutela al giudice. E rispetto alla soluzione elaborata dal giudice, il legislatore non potrà avanzare reclami, se egli stesso, pur avendone il potere, non sarà intervenuto preliminarmente, definendo i termini entro cui ritiene debba ricevere tutela quel dato diritto o quel dato interesse, così che un giudice, in assenza di un'apposita disciplina, abbia tentato di offrire comunque una soluzione. In questo modo il divieto in questione può venire in concreto ad operare anche come pungolo nei confronti del legislatore, attirando la sua attenzione su temi che, altrimenti, forse sarebbero rimasti trascurati. La minaccia alla certezza del diritto può servire da stimolo affinché il legislatore la persegua anche su campi che, forse, non prenderebbe in considerazione. Questo è avvenuto, ad esempio, durante la vicenda Englaro che, nei suoi ultimi capitoli, ha suscitato un dibattito ed un interesse del Parlamento assai ampi. In ogni caso, attirare l'attenzione non garantisce, purtroppo, che finalmente si pervenga ad una disciplina espressa. Proprio per questo il divieto è importante. Perché anche laddove l'interesse del legislatore registri, nel tempo, un affievolimento, intanto la tutela giurisdizionale potrà continuare ad essere comunque prestata. Se, poi, le soluzioni elaborate dai giudici non dovessero registrare l'approvazione del legislatore, questi potrà benissimo intervenire dettando le regole che riterrà più opportune. Ciò che ha espressamente risposto, infatti, la Corte costituzionale al Parlamento in occasione del

conflitto di attribuzione sollevato rispetto proprio alla vicenda di Eluana Englaro. Se poi il legislatore, nel momento in cui si ritenga leso nelle proprie attribuzioni da parte di un giudice, sollevi conflitto di attribuzione tra poteri e, una volta negato il conflitto, continui a non legiferare sulla materia, così da rimettere ancora ai giudici il compito di elaborare la soluzione dei casi, allora le sue doglianze non meriteranno ascolto.

Ancora. È pressoché pacifico che in un ordinamento complesso, pluralista, con una potestà legislativa non più accentrata ed esclusiva per lo Stato, nonché soggetto alle profonde influenze delle fonti sovranazionali, i caratteri della coerenza e, dunque, della certezza, siano sempre più difficili da realizzare. Ciò ha risvolti anche sulla completezza, anch'essa ormai senz'altro ricercata ma, di certo, non garantita in assoluto. La circostanza che un ordinamento giuridico si componga di molte norme, infatti, non implica affatto che tale ordinamento sia più completo di uno che comprende un numero minore di norme. Il semplice confronto tra la teoria della completezza elaborata da Donati e quella della incompletezza elaborata da Bobbio, viste a loro tempo, sarebbe sufficiente a dimostrare piuttosto il contrario. Donati, con una sola norma generale esclusiva, riuscì a chiudere l'ordinamento; Bobbio, con due norme generali, una esclusiva e l'altra inclusiva, dimostrò il contrario. Maggiore è il numero delle norme, minore, paradossalmente, può essere la completezza, per via delle incertezze cui la produzione e la sovrapposizione normativa può dare luogo, come ben messo in evidenza da Bobbio, il quale infatti individua le lacune nella mancanza di norme che stabiliscano quali norme applicare, nel caso più d'una risulti astrattamente idonea. I criteri di risoluzione delle antinomie possono non essere sempre sufficienti, poiché a volte non si tratta di contrasto tra norme, ma di ricostruzione dell'esistenza di un diritto a partire da principi tra cui non esiste una gerarchia e neppure può essere fatta valere la successione temporale⁵⁷, oppure di diverse interpretazioni che possono essere date alle medesime disposizioni o ai medesimi principi.

Sotto questo ulteriore aspetto, il rimedio può forse essere più utilmente ricercato negli strumenti di tutela, nel senso di ritenere completo quell'ordinamento che, non tanto possieda una norma per ogni caso, ma che possieda strumenti tali da poter affrontare ogni richiesta di tutela giurisdizionale. Tali strumenti sono, in primo luogo, quelli previsti dall'ordinamento processuale. Essi tuttavia, ove non completati dal divieto di *non liquet*, potrebbero talvolta fallire. Gli strumenti processuali consentono infatti, come visto, di introdurre una domanda e di gestire eventuali inconvenienti che potrebbero insorgere al principio o nel corso del processo (vizi di ammissibilità della domanda, conflitti di

⁵⁷ Tra i contributi più recenti Cfr., p.e., G. PINO, *Diritti e interpretazione*, Bologna, 2010, cit.

competenza, conflitti di giurisdizione, difetto di litisconsorzio necessario, vizi della sentenza, contestabili attraverso i mezzi di impugnazione ed entro i gradi di giudizio previsti dall'ordinamento). Ove, tuttavia, il giudice potesse rifiutare la decisione invocando la mancanza o l'oscurità di una disciplina specifica, tutta la macchina processuale risulterebbe girare a vuoto o, comunque, funzionare inutilmente. In questo senso il divieto in questione può invece operare sia per imporre di ricercare comunque una norma con cui risolvere il caso, sia per imporre di avviare e svolgere comunque il processo ove, pur esistendo un diritto, non esista per avventura uno specifico mezzo per introdurre l'azione dinanzi al giudice. Il divieto sarebbe, in altre parole, lo strumento processuale ultimo cui fare ricorso per introdurre un processo o per condurlo in ogni caso ad una pronuncia nel merito (una volta accertata l'esistenza del diritto).

Tutto ciò non vuol dire svalutare l'importanza e la necessità di perseguimento della certezza del diritto. Vuol dire, piuttosto, che, ovunque gli strumenti interpretativi si rivelino idonei per dare una soluzione al caso, il raggiungimento di una possibile soluzione (non in contrasto con l'ordinamento) dovrebbe essere privilegiato, per una sorta di *favor* per la tutela effettiva dei diritti, anche a (temporaneo, finché il legislatore non provvederà) scapito della certezza del diritto intesa come prevedibilità del contenuto delle decisioni.

Del resto, la circostanza che, forse, sarebbe più sensato ed utile ricercare la completezza dell'ordinamento sotto il profilo degli strumenti di tutela giurisdizionale (tra cui, come *extrema ratio*, verrebbe ad operare il divieto di *non liquet*), che non attraverso l'eliminazione di tutte le possibili lacune nella disciplina sostanziale, sembra sostenibile sulla base della seguente osservazione. La presenza di una disposizione espressa per il caso da decidere non garantisce, di per sé, la certezza del diritto: tale disposizione è, infatti, come tale, soggetta ad interpretazione, con la conseguenza che giudici diversi potrebbero ricavarne norme diverse. A ciò si aggiunga che, infatti, tra i vari motivi di ricorso per Cassazione previsti dall'art. 360 c.p.c. figura quello della «violazione o falsa applicazione di legge»; motivo che, per esempio, è quello che ricorre di più nei motivi del ricorso deciso dalla Cassazione con la sentenza n. 16754/2012, sez. III civile (e considerato nel capitolo II). Ora, è evidente che un tale motivo non può essere stato previsto che con riferimento a disposizioni espresse, non essendo possibile immaginare la violazione o la falsa applicazione di una disposizione non presente nell'ordinamento poiché, anzi, la violazione o falsa applicazione sarà tanto più predicabile quanto più esista una espressa disciplina rispetto alla quale apprezzarla. Ciò vuol dire che neppure la presenza di una espressa disposizione (o di più), garantisce in assoluto da diverse interpretazioni e, in ultima analisi,

da esiti “incerti” di un processo. Forse il principio della certezza dovrebbe più propriamente dirsi soddisfatto quando la norma elaborata dal giudice per risolvere il caso derivi logicamente da disposizioni espresse o, più propriamente, non risulti in contrasto con esse. Sotto questo aspetto la certezza consisterebbe, in altri termini, nella compatibilità con l’ordinamento. Compatibilità che, però, ogni giudice potrà perseguire e raggiungere con metodi e risultati interpretativi che non potranno mai essere assolutamente predeterminabili. Essi potranno solo essere posti in discussione, dato l’obbligo di motivazione imprescindibilmente imposto per i provvedimenti giurisdizionali.

In prosecuzione di tale rilievo si può, poi, aggiungere la seguente, ulteriore osservazione. Nella dottrina la nascita del divieto di *non liquet* viene per lo più collocata nel XIX secolo, nel periodo delle grandi codificazioni moderne. La sua matrice culturale risiederebbe, dunque, nel mito (o, secondo altri, nel dogma) della completezza dell’ordinamento giuridico che sostenne tali codificazioni e ne accompagnò l’applicazione sino all’affermazione degli ordinamenti pluralisti e multicentrici contemporanei. Attualmente, il mito della completezza è ampiamente svanito⁵⁸, eppure il divieto che ad esso sarebbe agganciato, no. Tale constatazione consente di supporre che, allora, potrebbe non essere (o non essere soltanto) la fiducia nella completezza dell’ordinamento, la sua base, la sua ratio. Forse tale base risiede nella missione e nei valori fatti propri dal costituzionalismo moderno, che inserisce in costituzione la tutela dei diritti, anche in sede giurisdizionale, a differenza del costituzionalismo liberale, quello dell’età delle codificazioni, che dava i diritti per eguali limitatamente al loro aspetto formale e che, in ogni caso, si interessava dei diritti solo con riferimento alla libertà dell’individuo dall’autorità dello Stato. Attraverso questo percorso, il divieto si stacca dal suo *background*, venendo così a partecipare di quella eterogenesi dei fini fisiologica di ogni norma, che lo rende perfettamente compatibile, anzi, indispensabile, rispetto ad uno scenario, quello attuale, completamente diverso da quello che ne produsse l’elaborazione. Il principio è, per così dire, sopravvissuto al suo presupposto e ciò emerge anche dalle argomentazioni all’interno delle quali esso è usato: l’invocazione al suo rispetto non poggia mai sull’asserita necessità di confermare la completezza dell’ordinamento, quanto sulla insuperabile necessità di non privare un diritto di tutela giurisdizionale. Ciò quand’anche il giudice si trovi a dover esclamare che, accertata «l’impossibilità di individuare con sicurezza ed univocamente, al termine di un procedimento interpretativo pur metodicamente corretto, la norma giuridica sotto la quale

⁵⁸ *ex multis* e tra i più recenti, R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, cit., 4

effettuare la sussunzione di un caso [... il giudice medesimo...] paradossalmente è tenuto anche all'impossibile in forza del principio del divieto del *non liquet*⁵⁹.

In estrema sintesi, dunque, in base al divieto di *non liquet*, ogni giudice che sia legittimamente tale deve decidere il caso, senza timore di pregiudicare la certezza del diritto in caso di lacuna o oscurità della disciplina, poiché non è ad esso che compete il perseguimento di tale obiettivo. Il divieto in questione impone di superare, attraverso gli strumenti interpretativi, le difficoltà eventualmente riscontrate nell'elaborazione di una norma da applicare o nella individuazione/adattamento di uno strumento processuale per consentire l'esercizio dell'azione. Il giudice rispetta il divieto anche quando si limita ad una pronuncia in rito. Tale tipo di pronuncia, tuttavia, è consentita solo in casi espressamente e tassativamente previsti dall'ordinamento. Tutto ciò che il giudice applica per giungere alla decisione è, inevitabilmente, frutto della sua interpretazione del materiale normativo; materiale che viene, a sua volta, selezionato dal giudice medesimo. Anche laddove tale materiale derivi da disposizioni specifiche ed espresse, non vi potrà mai essere certezza assoluta circa l'approdo cui giungerà ogni singolo giudice nell'interpretazione di un medesimo materiale.

Solo su due decisioni, il giudice non avrà margini interpretativi: l'obbligo di decidere e l'obbligo di motivare della propria decisione. Ciò consentirà di contestare il percorso interpretativo ed argomentativo seguito dal giudice, aprendolo ad eventuali nuovi sviluppi e sbocchi. Tutto, sino all'esaurimento dei gradi di giudizio. Raggiunto tale esaurimento, si formerà il giudicato che, salvi i rari casi di revisione ammessi dall'ordinamento, costituirà accertamento definitivo. La certezza, come si vede, è necessariamente in parte anche finzione. Non in quanto il percorso che conduce ad essa sia (o si debba consentire che sia) condotto con superficialità e scarso rigore, ma perché essa costituisce, come detto, un obiettivo tendenziale in quanto mai realizzabile in termini assoluti. La tutela dei diritti, invece, almeno nella garanzia minima dell'accesso ad essa, non può essere neppure in minima parte finzione: una domanda di tutela deve ricevere almeno una risposta.

A tale proposito, non può in ogni caso tacersi quanto osservato da autorevolissima dottrina⁶⁰, seppure con specifico riferimento alla attuazione della Costituzione. Muovendo dalla constatazione che una radicale e generale crisi registrata dalla politica dagli anni '90 ha comportato un rafforzamento della giurisdizione nell'adozione delle scelte pubbliche, si

⁵⁹ Cassazione civile, sez. V tributaria, n. 2467/2007

⁶⁰ M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della costituzione repubblicana*, relazione al seminario *Dalla costituzione «inattuata» alla costituzione «inattuale»? Potere costituyente e riforme costituzionali nell'Italia repubblicana*, AIC, 1/2013.

è rilevato come tale rafforzamento sia stato favorito anche «[dal]l'affermarsi nella giurisprudenza di alcuni indirizzi teorici particolarmente favorevoli all'espansione del giudiziario, come la lettura molto rigida del divieto di *non liquet*, l'applicazione estrema della norma generale inclusiva (che postula che il diritto non tolleri lacune e che – comunque – sia compito della giurisdizione colmarle [...], l'ampliamento del raggio delle questioni sulle quali si ritiene che la giurisdizione sia legittimata a pronunciarsi». Tali sviluppi, si prosegue, hanno condotto ad una «radicale alterazione del modello disegnato dalla Costituzione [... in quanto...] l'attuazione della Costituzione non si accontenta delle aule dei tribunali, ma pretende di passare attraverso le aule parlamentari». L'A., come anticipato, si occupa di riflettere sul tema dell'attuazione della Costituzione; attuazione che egli distingue – sulla base di quanto affermato dalla Corte costituzionale nella sua prima sentenza (n. 1/1956) – dall'applicazione, identificando la prima nella realizzazione «[del]la volontà progettuale dei costituenti» e la seconda nel «far valere la sua [della Costituzione] supremazia nei riguardi delle fonti subordinate», così che la prima compete al legislatore, la seconda al giudice costituzionale. Ciò posto, l'A. riconosce che «il compito di applicare la Costituzione deve essere assolto anche dalla giurisdizione», che «tuttavia [...] per essere applicata la legge richiede d'essere interpretata» e che «i margini di apprezzamento dell'interprete sono molto ampi».

Ribadendo l'autorevolezza della posizione, in questa sede ci si limita a formulare un'osservazione interlocutoria su come si possa stabilire quando la lettura del divieto di *non liquet* debba ritenersi troppo rigida. Rispetto a quali diritti o interessi essa dovrebbe essere mitigata? In base a quali criteri? È pur vero che il divieto in questione è un principio e che è stato rilevato⁶¹ come una caratteristica dei principi sia la maggiore genericità ed indeterminatezza rispetto ai mezzi con cui realizzare un fine di quanto non lo sia una regola, così che essi vanno concretizzati in sede di applicazione. In ciò risiederebbe anche una delle cause di conflitto tra principi; conflitto che andrebbe risolto volta per volta attraverso un bilanciamento⁶². Ora, anche quello della certezza del diritto è un principio, così che si potrebbe sostenere che esso non debba necessariamente sempre soccombere rispetto al divieto di denegare giustizia. Ma il punto è: i) esiste un criterio che consenta di stabilire preventivamente quando dovrebbe prevalere l'uno e quando l'altro? Si è visto che non esiste; ii) poiché tale criterio non esiste, la scelta è rimessa all'interprete del caso, così che iii) il rispetto del principio della certezza, che vorrebbe sottrarre alle specifiche

⁶¹ p.e. G. PINO, *Diritti e interpretazione*, cit., cap. III.

⁶² Cfr. S. BARTOLE, voce *Principi*, in *Enc. Dir.*, XXXV, 494 ss.

valutazioni dell'interprete ampi margini di discrezionalità, si troverebbe in realtà a dipendere... dalle specifiche valutazioni dell'interprete. Oltre a ciò si ritiene, come già osservato, che quantomeno la previsione di cui all'art. 24, 1° comma Costituzione dovrebbe orientare ad una inderogabilità del divieto di *non liquet*, non solo perché essa attribuisce un espresso diritto alla tutela giurisdizionale, ma anche perché negare tale tutela significa nullificare (magari irreversibilmente o, comunque, per un tempo la cui durata non potrà dipendere dal soggetto che chiede la tutela) un diritto sostanziale (quello per il quale si chiede la tutela), mentre un'eventuale incisione della certezza sarebbe pur sempre rimediabile dal legislatore entro i tempi che esso preferisca e, comunque, non sembra comporterebbe la lesione di alcuno specifico diritto, quale invece è quello previsto dal citato art. 24, 1° comma Costituzione.

Ad ogni buon conto e conclusivamente, in casi di diritti non tipizzati, una sorta di bilanciamento accettabile tra l'obiettivo della certezza del diritto da un lato e la tutela giurisdizionale dei diritti dall'altro, forse potrebbe descriversi nei seguenti termini: una domanda di tutela non può essere ignorata; essa merita almeno una pronuncia in rito, vale a dire un accertamento almeno delle condizioni per essere decisa nel merito. Ove, poi, la soluzione fornita dal giudice dovesse condurre a minare la certezza del diritto, allora vorrà dire che si dovrà intervenire per migliorare, per aumentare tale certezza. Non si potrà, invece, lasciare un diritto privo di tutela solo per evitare di intaccare la certezza del diritto. Poiché mentre quella certezza viene ricercata e faticosamente costruita, quel diritto non può essere esercitato; ciò è particolarmente allarmante ed odioso nei casi come quello di Eluana Englaro, che per anni non ha potuto esercitare un diritto (tramite il padre tutore), solo perché il legislatore non provvedeva a dettarne una disciplina specifica: per fortuna, le sono venuti in soccorso un giudice, i principi costituzionali ed il divieto di *non liquet*.

Bibliografia

- AZZALINI, *Il rifiuto di cure. Riflessioni a margine del caso Welby*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2007, II, 313
- BARTOLE, voce *Principi*, in *Enc. Dir.*, XXXV
- BIN, *La protección interna de los derechos*, relazione al Convegno "La protección de los derechos en un ordenamiento plural", Barcelona, 17-18 ottobre 2013 (<http://www.robertobin.it/ARTICOLI/Barcelona.pdf>)
- BIN, G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, Torino, 2012
- BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1960
- BOBBIO, voce *Lacune del diritto*, in *Nss. Dig. It.*, IX, 1963
- COMOGLIO, G. FERRI, M. TARUFFO, *Lezioni sul processo civile I*, Bologna, 2011
- DI MAJO, voce *Tutela (dir. priv.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XLV, Milano, 1992
- FAZZALARI, voce *Tutela giurisdizionale*, in *Enciclopedia del diritto*, XLV, 1992
- GIANFORMAGGIO, voce *Certezza del diritto*, in *Dig. Priv.*, sez. civ., II, 1988
- GORLA, *I precedenti storici dell'art. 12 disposizioni preliminari del codice civile del 1942 (un problema di diritto costituzionale?)*, in *Foro it.*, 1969, V, 112 ss.
- GUASTINI, art. 101, in *Commentario alla costituzione italiana*, Bologna
- GUASTINI, voce *Lacune del diritto*, in *Digesto Priv.*, sez. civ., IX
- LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della costituzione repubblicana*, relazione al seminario *Dalla costituzione «inattuata» alla costituzione «inattuale»? Potere costituente e riforme costituzionali nell'Italia repubblicana*, AIC, 1/2013
- LUZZATTO, voce *Giurisdizione (dir. rom.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XIX, Milano, 1970
- MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Torino, 2011
- MANDRIOLI, voce *Giurisdizione (in generale)*, in *Dig. Priv. sez. Civ.*, IX, Torino, 1993
- PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, I, Padova, 2003
- PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996
- PINO, *Diritti e interpretazione*, Bologna, 2010

- PIZZORUSSO, art. 102, in *Commentario alla costituzione italiana*, Bologna
- PROTO PISANI, *Introduzione sulla atipicità dell'azione e la strumentalità del processo*, in *Il Foro italiano*, 2012, V, 1
- QUADRI, art. 12 Disposizioni preliminari al codice civile, in *Commentario al codice civile Scialoja-Branca*
- RABELLO, *Non liquet: from modern law to roman law*, in *10 Ann. Surv. Int'l & Comp. L.* 1 2004
- SATTA, voce, *Giurisdizione (nozioni generali)*, in *Enciclopedia del diritto*, XIX, Milano, 1970
- SCHWARZENBERG, voce *Giurisdizione (dir. intermedio)*, in *Enciclopedia del diritto*, XIX 1970
- SEGNI, voce *Giurisdizione (in generale)*, in *Nss. Dig. It.*, VII, 1965
- SPAGNA MUSSO, voce *Giudice (nozione)*, in *Enciclopedia del diritto*
- ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988