

## RECENSIONI

G. STURM, *Vormundschaftliche Hilfen für Betagte in Deutschland und in der Schweiz*, «Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg, Schweiz», 114, Universitätsverlag, Freiburg (Schweiz) 1992, pp. XXX-163.

Dopo l'entrata in vigore del nostro codice civile, tanto viscoso si è palesato e si va palesando il settore delle obbligazioni e dei contratti, quanto in continuo fermento – ma non ingiustificatamente, né inopportuno – è quello delle persone e della famiglia: che ha risentito e risente della grande evoluzione, in atto da alcuni decenni, nella vita, nel costume e nella stessa coscienza sociale.

Le rilevanti riforme, tanto discusse e avversate, degli anni Settanta non costituiscono, come allora si pensava, una fase di arrivo, bensì soltanto una tappa intermedia. In questi ultimi anni giuristi e politici vanno dedicando un'attenzione del tutto particolare ai minori. E gli *Atti Parlamentari* danno notizia di numerose proposte di legge: in materia di adozione e affidamento (per modificazioni e integrazioni della legge del 1983); di asili-nido (per un adeguamento della normativa di cui alla legge del 1971); di scuola dell'infanzia (per un riordino della scuola materna statale di cui alla legge del 1968); di inserimento nelle scuole elementari dei piccoli nomadi; di assistenza e cura del neonato e del bambino nelle strutture ospedaliere, ed altresì nei consultori familiari (per un miglioramento della legge del 1975 istitutiva di questi ultimi); di visite assistenziali sistematiche a domicilio per i bimbi di età inferiore a tre anni che siano figli di tossicodipendenti, alcolisti, malati di mente, e violenti; di spettacoli rivolti ai minori nonché di impiego in essi dei minori stessi (per un aggiornamento della normativa del 1967); di protezione dei figli minori di genitori che stanno per separarsi, attraverso l'opera di un curatore speciale, denominato «l'avvocato del bambino»; di prevenzione e repressione delle violenze consumate ai danni dei minori (con l'inserimento di una nuova sezione *ad hoc* nel capo dei «Delitti contro la libertà individuale» del codice penale); di violazione degli obblighi di assistenza (estendendo la pena, prevista dal codice penale, al genitore che non adempia l'obbligo di versare l'assegno dovuto in seguito a separazione o a divorzio e a titolo di alimenti) e prevedendo come nuova circostanza aggravante comune, per ogni reato, quella di «aver commesso il fatto in danno o nei confronti di minori di quattordici anni». Ma è stata anche proposta l'istituzione, in ogni comune, di un «tutore pubblico dell'infanzia», con un potere di intervento in caso di danno, abuso, o maltrattamento di un minore di quattordici anni; e alcune senatrici hanno proposto di costituire una commissione parlamentare di inchiesta sulle condizioni dell'infanzia e dell'adolescenza che segnali e predisponga le misure necessarie.

Encomiabile è tale sollecitudine: solo che si mediti sul concetto espresso dallo statista Benjamin Disraeli, secondo cui i giovani sono i depositari della posterità, la quale è in pericolo nella misura in cui lo è l'età della giovinezza. Ma una pari sollecitudine è auspicabile a favore dei vecchi e degli anziani invalidi, già alla luce dell'amara riflessione di Johann Wolfgang Goethe, che ravvisava in ogni vecchio un «reliitto», quale lo fu il re Lear.

Commemorando lo scorso anno Cesare Grassetti, lo elogiavo per aver egli censura-

to l'atteggiamento dei legislatori costituenti, che non hanno incluso nella Costituzione una norma, quale era stata proposta, per imporre ai figli maggiorenni di mantenere ed assistere «proporzionalmente alle loro possibilità economiche» i genitori vecchi e invalidi e privi dei mezzi necessari. Neppure la riforma del 1975 ha affermato un tale dovere, limitandosi ad introdurre l'obbligo per il figlio di contribuire al mantenimento della famiglia «finché convive in essa».

Ma l'attenzione per gli anziani sembra stia finalmente affermandosi, e non solo attraverso quelle misure di indole culturale e quelle concessioni sul piano amministrativo e tariffario che riservano ad essi uno speciale trattamento. In tema di iniziative di ordine legislativo ho, fra l'altro, davanti agli occhi un disegno di legge presentato nel 1992 il quale, sia pure nell'ambito di una serie di norme piuttosto vaghe, affronta il problema dell'integrazione dell'anziano nella famiglia, e prevede sia dei sostegni economici e degli sgravi fiscali per i nuclei familiari e associativi di cui facciano parte o che accolgano degli anziani, sia l'istituzione di una sistematica assistenza socio-sanitaria dei medesimi a domicilio.

Questa situazione che va maturando raccomanda la lettura, e anzitutto la segnalazione, del libro che vengo recensendo, il quale esamina in modo approfondito, e critico nel contempo, le misure di carattere tutelare-assistenziale a favore degli anziani nell'ambito degli ordinamenti del Centro-Europa e precisamente della Germania e Svizzera.

Devo avvertire subito come dal volume emerge chiara la desolante constatazione che tradizionalmente, nel diritto civile, la condizione dell'uomo carico di anni è purtroppo ignorata. Il che ha indotto il giurista francese Gérard Lyon-Caen a porsi tale problema, derivante da siffatta lacuna, in un saggio intitolato *Una vecchiaia senza diritto*. Si tratta di un silenzio legislativo in effetti di non poca gravità, posto che la nostra è una società «di anziani», o sta ineluttabilmente per diventarla.

Ciò nell'opera qui esaminata risulta dall'attenta e perspicua «introduzione» dedicata agli aspetti di natura demografica, medica e sociologica del fenomeno (con altresì una nitida enunciazione del programma dell'indagine, anche sotto il profilo metodologico). Se ne desume che l'abdicazione normativa aggrava il problema. Il numero degli anziani (e dei molto anziani) cresce continuamente, al pari della loro proporzione rispetto alla popolazione. E, tanto più aumenta la durata della vita del singolo, tanto maggiori diventano per lui il pericolo di soffrire nella tarda età di deficienze fisiche e psichiche, e la necessità dell'altrui aiuto. È un destino al quale va incontro la gran parte di tutti noi.

È dunque meritorio per l'A. aver dedicato un'indagine ad un gruppo sociologicamente così importante, quale quello della «terza età», che gli ordinamenti giuridici hanno per troppo tempo ignorato e per il quale si rendono necessarie delle norme che contemplino espressamente quei soggetti (anziani) i quali per malanni fisici o psichici non possano provvedere convenientemente a se stessi e alle loro faccende.

Una tale esigenza è ormai fortunatamente avvertita in vari Paesi, e ben può dirsi che l'onda della riforma stia invadendo l'Europa occidentale: Francia, Belgio, Olanda, Lussemburgo, Spagna, Svezia, Austria e Germania hanno, in modo più o meno pronunciato, affrontato il problema medesimo. Ma l'A., quale giurista formatasi in Germania e che ora, professando in Svizzera, opera costantemente con i due relativi ordinamenti, ha giustamente preferito – come scientificamente più produttivo – concentrarsi su una comparazione fra i diritti tedesco ed elvetico, anziché prospettare un confronto globale, esteso a tutta l'area europea occidentale, che necessariamente si fermerebbe alla superficie. E c'è anche da avvertire che una siffatta scelta trova una sua ulteriore plausibilità nel fatto che nel 1992 è entrata in vigore in Germania la legge di riforma

sulla tutela e curatela per i maggiori di età. Così, mentre il primo capitolo dell'opera costituisce un prezioso inventario comparativo alla fine del 1991, il secondo è dedicato alla riforma tedesca e ai propositi di riforma che si vanno manifestando in Svizzera.

Particolarmente proficuo è il metodo con cui, nel primo capitolo, si pongono a confronto le due esperienze, tedesca ed elvetica. Non si considerano separatamente i due ordinamenti per rilevarne, alla fine, le affinità e le differenze. Lo studio giustappone invece i due diritti, collocandoli – vorrei dire – l'uno sopra l'altro come due foglie trasparenti. Ciò che collima e ciò che non coincide si rendono così plasticamente ed istantaneamente percettibili, anche alla luce dell'evoluzione dovuta alla prassi.

Il codice germanico e quello svizzero presentano delle differenze rilevanti di impostazione. Nel primo – osserva l'A. – l'interdizione, come misura radicale e incisiva, si contrappone alla curatela dell'inabile, la quale non ha riflessi sulla capacità di agire nel campo negoziale. Il secondo appresta una più vasta gamma di interventi di natura tutelare e assistenziale, in una scala gerarchica che ha offerto la felice possibilità di una combinazione e di un arricchimento dei vari rimedi, ove ha avuto una parte notevole la giurisprudenza.

Ma in entrambi i Paesi il criterio della «proporzionalità» ha acquistato sempre maggior rilevanza; e, insieme con l'adeguamento dei mezzi apprestabili, ha determinato una compressione dell'interdizione a favore di altra misura meno drastica. Sotto questo profilo, con particolare riguardo alla protezione degli adulti (e prescindendo dalla riforma sovvertitrice, sulla privazione della libertà, che si è avuta nel 1978 in Svizzera) si giunge nell'opera qui recensita alla conclusione che i due ordinamenti si sono l'un l'altro gradualmente avvicinati, sino alla recentissima riforma tedesca.

Istruttivo anche il confronto fra i due Paesi per quanto concerne il momento procedurale: se è palese in Germania l'influenza della Costituzione di Bonn sul piano delle garanzie processuali, in Svizzera gli impulsi sono derivati, in materia, dalla Convenzione europea sui diritti dell'uomo.

La riforma attuata in Germania e da poco entrata in vigore – e qui passo a considerare il secondo capitolo – non ha trovato le sue radici nelle direttive costituzionali, ma è stata stimolata dall'indagine svolta dalla Commissione per la riforma della volontaria giurisdizione e in particolare dai risultati della cosiddetta «Inchiesta psichiatrica». Si è avvertito che attraverso una modifica degli istituti della tutela e della curatela bisognava migliorare la condizione dei malati e minorati psichici. L'impegno legislativo, che ha ottenuto un largo consenso, ha determinato – osserva l'A. – la sostituzione della tutela e curatela con un unico istituto giuridico avente finalità essenzialmente assistenziali (la *Betreuung*). È, questa, una figura duttile, idoneamente adeguabile alle concrete esigenze del caso singolo, per quanto concerne sia l'assistenza che la rappresentanza.

Solo in quanto necessario è previsto l'assenso da parte di chi esercita la funzione di assistenza (*Betreuer*): perché, di regola, l'assistito può agire in sede negoziale anche se gli sia stato assegnato tale «curatore» (che ha in ogni modo il potere di rappresentarlo). Certo è che in primo piano viene la cura dell'assistito, la quale, al pari dell'aiuto nell'amministrazione del patrimonio, deve essere prestata il più possibile in sintonia con i suoi desideri. Dettagliatamente regolato è inoltre il procedimento di volontaria giurisdizione, teso a salvaguardare le garanzie tipiche dello Stato di diritto ed altresì l'interesse all'autodeterminazione dell'anziano.

Queste, molto brevemente, le linee direttive della riforma tedesca, che l'A. lueggia con particolare perizia.

Uno degli scopi fondamentali perseguiti dall'A., oltre a quello dell'indagine tipicamente scientifico-comparatistica, è di facilitare la conoscenza del nuovo regime tedesco

ai giuristi svizzeri, e di dare un contributo per un'auspicata revisione della materia nella Confederazione elvetica.

Ma un'analogia funzione l'opera assume per i giuristi italiani. Anche per essi la lettura sarà di grande profitto e interesse.

GIUSEPPE GANDOLFI

G. DI GASPARE, *Il potere nel diritto pubblico*, «Diritto e Istituzioni», Cedam, Padova 1992, pp. XII-449.

Alla fine della lettura del libro sul potere di Giuseppe Di Gaspare mi son sentito preso da una sorta di rimorso: aver fatto parte cioè della schiera di coloro che, nella ricostruzione dogmatica delle cose pubbliche, hanno creduto di trovare nel potere, come verbo e come concetto, la figura centrale della dinamica giuridica; di coloro cioè che hanno creduto che il potere, per il fatto stesso di avere comunque assunto una propria individualità, servisse allo stesso tempo a designare sia la fonte primaria di ogni processo giuridico, sia la regola coattiva o imperativa, destinata a reggere questo processo sino agli approdi finali dell'atto giuridico e della responsabilità. Mi pare che nel libro di Di Gaspare si colga anzitutto l'ansia di mettere a nudo questa figura, proprio attraverso l'analisi della varietà di punti di vista, di premesse culturali e di costruzioni sistematiche; la pluralità, non sempre coordinata o razionale, delle immagini e delle ombre che tale figura ha gettato nel pensiero giuridico teso appunto alla ricerca di un'appropriata articolazione dell'insieme noto come Stato di diritto.

Fu fatica giustificata o comunque richiesta, o si trattò invece dell'assurdo gioco di costruire un alibi per spiegare ciò che rifiutava veramente qualsiasi spiegazione razionale o veritiera, volendo invece accontentarsi di approssimazioni per nascondere le mille ambiguità di fondo del rapporto tra l'arbitrio politico e la garanzia giuridica? Il potere, diciamolo pure, è una trappola in cui tutti i giuristi sono caduti: un'immagine accattivante e talora attraente non poteva lasciare indifferenti coloro che per professione ed anche per convinzione tendevano a conciliare la potenza con il rispetto delle regole, l'autorità con il controllo democratico e con i diritti, e via dicendo.

Ha fatto bene Di Gaspare a prendere le mosse dall'unitarietà del potere nel diritto privato e nel diritto pubblico (forse più che di unitarietà si dovrebbe discorrere di figurazioni simmetriche) per approdare subito all'individuazione degli elementi di crisi impliciti nell'utilizzo del concetto, il che vuol dire nell'impossibilità del concetto stesso di costituire una valida dimensione della conoscenza.

Ed è stato anche opportuno, a mio avviso, che gli abbia messo costantemente in luce il peso che, anche nelle definizioni del potere, la dottrina ha attribuito alla personalità giuridica dello Stato, che mostra così in tutta evidenza il suo contenuto di artificio e di polivalenza.

Senza il gioco della personalità dello Stato, né Santi Romano né Donato Donati avrebbero potuto percorrere con relativa agilità i pur divaricanti sentieri. Interno ed esterno, legge positiva e istituzione, potere politico ed economia si racchiudono ad un certo punto nell'orizzonte della personalità dello Stato e questa funge allo stesso tempo da recipiente e da misuratore per qualsiasi operazione culturale ed anche di prassi. Infatti, il potere va via via internandosi nelle situazioni soggettive e lo stesso diritto personale ne rimane inquinato ed alla fine sfigurato.

Poi, con la Costituzione repubblicana, il pensiero si fa più complesso ed è più