

FERDINANDO MAZZARELLA

*Brevi note in margine al caso Englaro:
a proposito di interpretazione “giurisprudenziale”
e di dimensione storico-sociale del diritto**

1. *Un'occasione per ripensare il ruolo dell'interprete* – 2. *Ordine giuridico e interpretazione “ragionevole”* – 3. *Le radici non legislative del «diritto dei privati»* – 4. *Codificazione e interpretazione* – 5. *Oltre lo Stato di diritto: la dimensione storico-sociale del fenomeno giuridico* – 6. *L'allergia del “politico” allo «stato fluido» del diritto*

and similar papers at core.ac.uk

provided by Archivio istituzionale

A parte ogni rilievo sul merito, sui contenuti e sulle conseguenze pratiche, il decreto con il quale la Corte d'appello di Milano ha autorizzato Giuseppe Englaro ad interrompere il «trattamento di sostegno» che tiene in vita la figlia Eluana, rappresenta un'occasione, l'ennesima, per ripensare l'assetto delle fonti del diritto dello Stato moderno, per rivedere i rapporti fra legge e interpretazione, per ridiscutere l'«assolutismo giuridico» della modernità¹.

Mentre il potere politico tuona contro lo strapotere dei giudici, rispolverando i temi e i motivi che nel secolo XVIII avevano spinto la polemica contro il dispotismo giudiziale a identificare il «ministero de' Magistrati» nella «Cognizione del Fatto» e nella «applicazione letterale della legge»², il potere giudiziario conferma la sua vocazione ontologica a

* Una diversa e più breve versione del presente lavoro è pubblicata, con il titolo *Appunti storico-giuridici in margine a due recenti pronunce sul diritto alla vita*, in “Foro italiano”, 2009, I, cc. 786-789.

¹ P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Giuffrè, Milano 1998. Si vedano, dello stesso Autore, i saggi tematicamente raccolti sotto l'epigrafe *Per ripensare, oggi, il problema delle fonti del diritto*, in ID., *Società, diritto, stato. Un recupero per il diritto*, Giuffrè, Milano 2006, pp. 233-343.

² G. FILANGIERI, *Riflessioni politiche su l'ultima legge del sovrano che riguarda la riforma dell'amministrazione della Giustizia* (1774), Abbate, Palermo 1815, p. 31. Cfr. da ultimo P. ALVAZZI DEL FRATE, *Illuminismo e interpretazione. Gaetano Filangieri e le*

regolare il sociale, sì da concorrere, insieme con gli altri corifei dell'ordinamento (scienza giuridica, pratici, notai, avvocati), alla trasformazione del diritto ed in special modo del diritto privato.

Il processo argomentativo attraverso il quale, in difetto di un testo legislativo, la Corte di Cassazione e la Corte milanese sono approdate, districandosi fra «diritto alla vita» e «libertà di autodeterminazione», «stato vegetativo» e «trattamento terapeutico», alla soluzione di un problema ripetutamente sollevato dalla comunità, ed altrettanto ripetutamente misconosciuto dal legislatore, rilancia l'idea dell'interpretazione come lettura ragionevole di un ordine, di un'epoca, di un contesto³.

2. Ordine giuridico e interpretazione "ragionevole"

Dal processo argomentativo del giudice scaturisce una norma giuridica che si candida, a dispetto del testamento ideologico lasciato dal *Titre préliminaire* del *Code Napoléon*, a regolare in via generale fattispecie simili, in virtù di una forza cogente che le deriva non dal rispetto di procedure formali, ma dalla conformità a principi di giustizia vagliati in base a criteri di ragionevolezza⁴. Proprio come scriveva Coke, il celebre giudice che fu fra i bersagli preferiti del "legalista" Hobbes, «*nihil quod est contra rationem est licitum*», ove «ratio» stava non per mera razionalità, né per arbitrio soggettivo, bensì per ragione perfezionata «*by long study, observation and experience*», cioè,

Riflessioni politiche *del 1774*, in F. LIOTTA (a cura di), *Studi di storia del diritto medioevale e moderno*, vol. II, Monduzzi, Bologna 2007, pp. 237-260.

³ Il decreto della I sez. civile della Corte d'appello di Milano del 25 giugno-9 luglio 2008 fa applicazione del principio di diritto enunciato dalla Corte di Cassazione, sez. I civile, con la sentenza 16 ottobre 2007, n. 21748, pubblicata in "Foro italiano", 2007, I, cc. 3025 ss., con nota di G. CASABURI. La massima della sentenza della Cassazione è nuovamente pubblicata in "Foro italiano", 2008, I, c. 125, con nota di D. MALTESE, e *ibidem*, c. 2609, con nota di S. CACACE. Successivamente, con sentenza n. 27145 dell'11 novembre 2008, le S.U. della Cassazione hanno dichiarato inammissibile, per difetto di legittimazione, il ricorso presentato dal Procuratore generale presso la Corte d'appello di Milano avverso il suddetto decreto del 9 luglio 2008. Infine, il 22 dicembre del 2008, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha dichiarato inammissibile il ricorso proposto, sempre contro la decisione della Corte milanese, da un gruppo di associazioni e cittadini italiani.

⁴ Autentici comandamenti destinati a regolare il rapporto fra giudice e legge nel contesto del nuovo ordine legale, gli artt. 4 e 5 del *Titre préliminaire* del *Code civil* stabilivano, rispettivamente, che «*le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice*» e che «*il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises*».

appunto, per interpretazione ragionevole compiuta dai giudici nel processo formativo del *common law*⁵. Che abbia ad oggetto la Costituzione, una legge ordinaria, un atto amministrativo o una fattispecie concreta sprovvista di specifica disciplina legislativa, l'interpretazione del giudice contribuisce, sotto forma o di dichiarazione di incostituzionalità o di applicazione di una legge o di annullamento di un atto amministrativo o di risoluzione di una fattispecie nuova, all'avveramento di un ordine che si manifesta di volta in volta sotto forma di *rationes* composte da elementi etici, sociali ed economici. La «ragionevolezza» della decisione, comunemente invocata per il giudizio della Corte costituzionale, assume, in quest'ottica, non soltanto l'aspetto di un elemento imprescindibile di ogni interpretazione, ma anche quello di un passaggio irrinunciabile nel processo di edificazione del diritto⁶.

In questo senso, e con le cautele imposte da ogni raffronto storico-giuridico, può tornare utile il ricordo di quella visione "giusdicente" del diritto che, accomunando l'Europa continentale e quella insulare prima dell'avvento delle codificazioni, presupponeva in ogni organo, dal legislatore al giurista, dal giudice alla comunità, un *iudex* chiamato a dichiarare contenuti agganciati a fondamenti obiettivi⁷: l'*aequitas rudis*, l'ordine razionale impresso da Dio alle cose, il complesso di diritti soggettivi "comandati" dalla *ratio naturalis*, il patrimonio costituzionale e consuetudinario di un Regno (*ancient constitution* in Inghilterra, *lois fondamentales* in Francia)⁸.

⁵ E. COKE, *Institutes*, in S. SHEPPARD, *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, vol. I, Liberty Fund, Indianapolis 2003, Part I, section 138, p. 701. Ma già Cicerone: «nihil enim potest esse aequabile quod non a certa ratione profisciscatur» (*Tusculanae*, 2.27). E San Tommaso: «lex est aliquid rationis» (*Summa Theologiae*, 2.1, q. 91, art. 2); «rationis autem prima regula est lex naturae ... omnis lex humanitas posita intantum habet de ratione legis, inquantum a lege naturae derivatur. Si vero in aliquo, a lege naturali discordet, iam non erit lex sed legis corruptio» (*ibidem*, q. 95, art. 2).

⁶ Cfr. per tutti R. BIN, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in M. LA TORRE e A. SPADARO (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Giappichelli, Torino 2002, pp. 59-83; L. D'ANDREA, *Contributo ad uno studio del principio di ragionevolezza nell'ordinamento costituzionale*, Giuffrè, Milano 2000; A. MORRONE, *Il Custode della ragionevolezza*, Giuffrè, Milano 2001; G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano 2000; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino 1992.

⁷ Si evoca qui anche il ruolo della «comunità», perché nella tradizione della giurisprudenza medievale essa figura, accanto al *princeps*, al *iudex* e al *magister*, quale soggetto capace di «ius dicere», di dichiarare, per il tramite della *consuetudo*, l'ordine giuridico sottostante: si vedano P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Laterza, Roma-Bari 1995, pp. 162-175, ed E. CORTESE, *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico*, vol. II, Giuffrè, Milano 1964, pp. 363-381, nonché, sulla concezione "dichiarativa" del potere politico, P. COSTA, *Iurisdicatio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)*, Giuffrè, Milano 1969, rist. 2002.

⁸ Si rinvia a F. MAZZARELLA, *Riflessioni sulle radici storiche del principio di*

L'idea medievale di *iustitia*, quale insieme di precetti derivati da un'*aequitas* («iustitiae fons et origo est aequitas», scriveva il glossatore Martino)⁹, esprimeva sì la necessità di un diritto conforme al *ius divinum* o a un *ius naturale*, ma implicava innanzitutto, nel momento “dichiarativo”, che tale diritto corrispondesse all'ordine giuridico sottostante, a *rationes* desunte dalla vita di ogni giorno (secondo Accursio «iustitia est animi congrua dispositio in singulis rebus recte diudicans»)¹⁰. Erano il giudice e il giurista, con il ricorso alla logica aristotelica e all'*analogia iuris*, con le loro *interpretationes*, rispettivamente «necessaria» e «probabilis», non solo ad immergere la *lex* nella vita di ogni giorno, ma a provvedere l'ordine sociale di istituti adeguati e le relazioni economiche di «*negotia nova*»¹¹. Da questa

ragionevolezza, in “Rivista di storia del diritto italiano”, 76, 2003, pp. 93-133; *Un diritto «allo stato fluido». Note storico-giuridiche su aequitas e ragionevolezza*, in “Giornale di Storia costituzionale”, 11, 1/2006, pp. 121-144; “*Stato fluido*” del diritto e ragionevolezza fra età moderna ed età contemporanea, in AA. VV., *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, Atti del Convegno di Studi (Roma “La Sapienza”. 2-4 ottobre 2006), Aracne, Roma 2007, tomo II, pp. 359-377.

⁹ *Exordium Institutionum*, in Imerio, *Summa Institutionum cum glossis Martini, Bulgari, Alberici, aliorumve*, in G.B. PALMIERI, *Scripta anecdota glossatorum*, vol. I, Typis societatis Azzoguidiana, Bologna 1913, p. 4, nota a.

¹⁰ Gl. *iustitia*, Inst. I.1.1.1, *de iustitia et iure* I. *iustitia*.

¹¹ Cfr. F. CALASSO, *Causa legis. Motivi logici e storici del diritto comune*, in “Rivista di storia del diritto italiano”, 29, 1956, pp. 25-37; S. CAPRIOLI, *Tre capitoli intorno alla nozione di «regula iuris» nel pensiero dei glossatori*, in “Annali di storia del diritto”, 5-6, 1961-1962, pp. 231-266; E. CORTESE, *La norma giuridica*, cit., vol. II, pp. 363-394; ID., *Meccanismi logici dei giuristi medievali e creazione del diritto comune*, in G. DI RENZO VILLATA (a cura di), *Il diritto fra scoperta e creazione. Giudici e giuristi nella storia della giustizia civile*, Atti del Convegno Internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto (Napoli, 18-20 ottobre 2001), Jovene, Napoli 2003, pp. 327-355; ID., *Tra glossa, commento e umanesimo*, in “Studi senesi”, 104 (III serie, XLI), 1992, pp. 458-503; G. DIURNI, *Ratio e rationes tra interpretatio e aequitas nell'esperienza medievale*, in AA. VV., *La ragionevolezza nella ricerca scientifica*, cit., tomo I, pp. 129-154; A. ERRERA, *Forme letterarie e metodologie didattiche nella scuola bolognese dei glossatori civilisti: tra evoluzione ed innovazione*, in F. LIOTTA (a cura di), *Studi di storia del diritto medioevale e moderno*, Monduzzi, Bologna 1999, pp. 33-106, e *Il concetto di scientia iuris dal XII al XIV secolo. Il ruolo della Logica platonica e aristotelica nelle scuole giuridiche medievali*, Giuffrè, Milano 2003, specialmente pp. 43-152; P. GROSSI, *L'ordine giuridico*, cit., , specialmente pp. 144-175; E.M. MEIJERS, *Le conflit entre l'équité et la loi chez les premiers glossateurs*, in “Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis”, 17, 1941, ora in ID., *Etudes d'histoire du droit*, tomo IV, *Le droit romain au moyen âge*, Leyde 1966, pp. 142-156; V. PIANO MORTARI, *Il problema dell'interpretatio iuris nei Commentatori*, in “Annali di storia del diritto”, 2, 1958, pp. 29-109; D. QUAGLIONI, *La giustizia nel Medioevo e nella prima età moderna*, Il Mulino, Bologna 2004; J. VALLEJO, *Ruda equidad, ley consumada. Concepcion de la potestad normativa (1250-1350)*, Centro de Estudios constitucionales, Madrid 1992.

fucina scaturivano la figura del dominio diviso e le soluzioni volte ad aggirare il divieto d'usura (da intendersi come corresponsione di interessi sulle somme date in prestito), le norme in tema di segni distintivi e di società¹².

3. *Le radici non legislative del «diritto dei privati»*

Allora come ora, l'evoluzione del diritto privato dipendeva dalla forza vivificante dell'interpretazione, dal contributo quotidiano di interpreti in trincea, di uomini in carne ed ossa, chiamati a misurarsi giorno dopo giorno con l'evoluzione del contesto socio-economico e del quadro etico-politico di riferimento. Certo, da un lato il legislatore napoleonico avrebbe scolpito il «diritto dei privati» (Cesarini Sforza) sulle tavole marmoree della legge, dall'altro il *Rechtsstaat* avrebbe accentuato la divaricazione fra Stato e società, identificando il *diritto* nel *diritto dello Stato*, ma per quanto questi passaggi abbiano potuto sterilizzare il momento giurisprudenziale, avallare l'ortodossia dell'*École de l'exégèse* e piegare il *Gericht* al *Gesetz*, giammai essi hanno potuto spezzare la catena di umano sentire che lega lo sviluppo del diritto privato all'interpretazione, e questa ai «principi generali del diritto» (art. 3 del Codice civile italiano del 1865), alla realtà immanente, al contesto socio-economico¹³.

¹² Si vedano sui singoli temi, citati a titolo meramente esemplificativo, P. GROSSI, *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Giuffrè, Milano 1992; I. BIROCCHI, *Tra elaborazioni nuove e dottrine tradizionali. Il contratto trino e la 'natura contractus'*, in "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", 19, 1990, pp. 243-322; M. BOARI, *Usura (diritto intermedio)*, in "Enciclopedia del diritto", vol. XLV, pp. 1135-1142; A. LANDI, *Ad evitandas usuras. Ricerche sul contratto di censo nell'Usus modernus Pandectarum*, Fondazione Sergio Mochi Onory, Roma 2004; U. SANTARELLI, *Mercanti e società tra mercanti*, Giappichelli, Torino 1998³, pp. 146 ss., *Il divieto delle usure da canone morale a regola giuridica. Modalità ed esiti di un trapianto*, in "Rivista di storia del diritto italiano", 46, 1993, pp. 51-73, e *La categoria dei contratti irregolari. Lezioni di storia del diritto*, Giappichelli, Torino 1990, pp. 67-168; F. MAZZARELLA, *Nel segno dei tempi. Marchi persone e cose dalla corporazione medievale all'impresa globale*, Giuffrè, Milano 2005.

¹³ Sull'importanza, nella prospettiva storica, dei principi generali del diritto, cfr. A. SCIUMÈ, *Principi generali del diritto. Itinerari storici di una formula*, Giappichelli, Torino 1998, e *I principi generali del diritto nell'ordine giuridico contemporaneo (1837-1942)*, Giappichelli, Torino 2002. Cfr. anche G. GORLA, *I precedenti storici dell'art. 12 disposizioni preliminari del codice civile del 1942 (un problema di diritto costituzionale?)*, in "Foro italiano", 1969, V, cc. 112-132, il quale però accomuna ingiustificatamente i codici civili italiani del 1865 e del 1942 e sembra avvolgere in un clima di legalismo anche l'età moderna; infine E. PATTARO, *La completezza degli ordinamenti giuridici e i «principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato»*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", 1/1988, pp. 145-161.

«La legge» – scriveva Enrico Cimbali nel 1881, nel pieno fulgore della legolatria positivista – «non può mai esercitare regolarmente il suo giusto ed utile impero nel governo dei molteplici e variabili rapporti della vita ... perché, compressa troppo, diviene illiberale ed impotente a soddisfare i nuovi bisogni e le nuove esigenze sociali»¹⁴. La vicinanza del giudice e del giurista al comune sentire, la loro prossimità ai problemi quotidiani, viceversa, era ciò che consentiva loro di elaborare un diritto privato a misura dei privati, come lo stesso Cimbali in quel torno di anni dimostrava con una serie di proposte tanto *ragionevoli* (appunto) quanto innovative: espungere l'istituto della cittadinanza dal Codice civile per trasferirlo «in una legge di ordine politico», riformare l'istituto dell'assenza, fermo a un'epoca in cui la regolarità delle comunicazioni non era garantita dai telegrafi elettrici e dal servizio postale, introdurre il divorzio, perché il matrimonio non avrebbe certo dovuto «mantenersi a qualunque costo in vita per compressione forzata della legge, quando vengono meno irevocabilmente i motivi che determinarono gli sposi a siffatta unione», liberalizzare la ricerca della paternità naturale, consentire il riconoscimento dei figli adulterini e incestuosi, ammettere alla successione i figli naturali e il coniuge superstite, dare maggiore spazio alla proprietà mobiliare, rivedere il diritto delle obbligazioni e dei contratti¹⁵.

4. Codificazione e interpretazione

Nonostante la codificazione, nonostante i vincoli legalistici dello Stato di diritto, lo sviluppo del diritto privato ha dunque continuato a passare dagli ospedali, dalle case, dalle imprese e dalle università prima che dalle commissioni legislative; dagli studi legali e notarili prima che dai disegni di legge; dalle aule di tribunale prima che dagli scranni parlamentari; dalle organizzazioni, dalle istituzioni, dagli ordinamenti¹⁶; dalle associazioni, dai circoli ricreativi, dai *clubs* sportivi, «da un'unione di persone in fila per raggiungere uno sportello»¹⁷; «per le vie, nei fori, nei mercati, nelle prigioni, negli stessi giornali, ovunque in qualche modo si viva, e l'occhio sappia vedere le manifestazioni giuridiche della vita»¹⁸.

¹⁴ *Lo studio del diritto civile negli Stati moderni*, Prolusione letta nella Regia Università di Roma il 25 gennaio 1881, Fratelli Bocca, Roma 1881, poi in ID., *Studi di diritto civile*, Utet, Torino 1900², p. 13.

¹⁵ E. CIMBALI, *La nuova fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali*, Utet, Torino 1895³, pp. 59-346.

¹⁶ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico: studi sul concetto, le fonti e i caratteri del diritto*, Mariotti, Pisa 1918.

¹⁷ W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati* (1929), Giuffrè, Milano 1963, p. 30 e *passim*.

¹⁸ S. SATTA, *Soliloqui e colloqui di un giurista* (1968), rist. Ilisso, Nuoro 2004, p. 157.

In questo senso, non lontano da quello che già il primo Savigny aveva racchiuso nell'immagine delle «forze interiori che agiscono silenziosamente»¹⁹, va letto il ruolo che sullo scorcio del secolo XIX giocò la scienza giuridica nella costruzione di un diritto privato, civile e commerciale, adatto alle nuove esigenze della società industriale, con l'affinamento di istituti come l'assicurazione sulla vita, la società cooperativa, il contratto di riporto, l'assegno bancario, il conto corrente, il deposito di merci e derrate nei magazzini generali, il contratto di lavoro, l'enfiteusi, la proprietà collettiva, la responsabilità senza colpa; in questo senso, ancor di più, va letto il ruolo che, tra fine Ottocento e primi del Novecento, la scienza giuridica e la giurisprudenza pratica avrebbero avuto nella formazione di una disciplina giuridica sul marchio, sull'impresa, sull'azienda, sulla concorrenza sleale e sulle invenzioni industriali, ma anche sulla *culpa in contrahendo*, sugli effetti della volontà nel negozio giuridico, sulla promessa al pubblico, sulla persona giuridica, sui negozi fiduciari, sul contratto con efficacia di tutela verso i terzi, grazie a quel moto di «giusliberismo» che dall'Europa all'America, sotto un unico vessillo, aveva raccolto gli eserciti pacifici del socialismo giuridico e della *Interessenjurisprudenz*, della *sociological jurisprudence* e del *legal realism*, del solidarismo giuridico e della *libre recherche scientifique*, della *Lebenderechtslehre* e della *Freirechtsbewegung*, della *freie Rechtsfindung* e del modernismo giuridico²⁰.

5. *Oltre lo Stato di diritto: la dimensione storico-sociale del fenomeno giuridico*

Ci sono volute le aberrazioni e le miserie umane prodotte sotto l'impero legalistico del fascismo²¹, il dolore e la distruzione che la seconda guerra

¹⁹ F.C. VON SAVIGNY, *La vocazione del nostro tempo per la legislazione e la giurisprudenza* (1814), in G. MARINI (a cura di), *La polemica sulla codificazione*, ESI, Napoli 1992, p. 101.

²⁰ Sull'esperienza del «giusliberismo» G. FASSÒ, *Il giudice e l'adeguamento del diritto alla realtà storico-sociale*, in "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", 1972, pp. 897-952, e soprattutto L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano 1967. Si vedano con eguale attenzione, anche per saggiare i risultati raggiunti attraverso questa fertile attività interpretativa, P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, Giuffrè, Milano 2000, e *Assolutismo giuridico*, cit.; A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, Il Mulino, Bologna 2007, pp. 584-589; F. WIEACKER, *Diritto privato e società industriale* (1974), trad. it. di G. Liberati, ESI, Napoli 1983.

²¹ Se non si novera qui anche il nazismo è in considerazione del diverso peso – sottolineato fra gli altri da G. FASSÒ, *Il giudice*, cit., pp. 920-921 – che l'ideologia del Terzo Reich assegnò, da un lato, al parametro legislativo-normativo, dall'altro a quello, ritenuto prevalente, rappresentato dal diritto della nazione, «custodito» dalla burocrazia e in somma istanza dal dittatore. Si veda a

mondiale ha endemicamente sparso in un mondo che si riteneva protetto dal sicuro ancoraggio della legge, per aprire “ufficialmente” la crisi della concezione tradizionale dello Stato di diritto, e per recuperare, sotto forma di pluralismo istituzionale, di principi generali, di esperienza giuridica, di equità o di «natura della cosa», la dimensione storico-sociale del fenomeno giuridico.

L'ennesima «crisi del diritto», come impropriamente si è soliti battezzare ogni crisi che il genere umano provoca a causa della sua incapacità di assecondare la realtà storico-sociale²², ha allora spinto la cultura giuridica a ripensare il formalismo giuridico e a munirsi di un fondamento obiettivo che consentisse di escogitare una soluzione costituzionale che temperasse le garanzie di certezza con le esigenze di giustizia, di «andare oltre lo Stato di diritto» senza rinunciare al principio di legalità²³.

La soluzione dello Stato di diritto costituzionale, in questa prospettiva, ha consentito di spostare il punto di riferimento dell'interprete dal campo puro dell'etica a una costituzione rigida e immediatamente precettiva, dal mosaico vivente della società a un quadro assiologico, sociale ed economico tracciato dalle geometrie inviolabili di una carta fondamentale. Ciò, tuttavia, come dimostra l'uso demiurgico che la Corte costituzionale ha fatto del principio di ragionevolezza, non può significare che il giudice possa sempre trovare nella costituzione una norma esplicita che aderisca al caso concreto. Specie con il passare degli anni, con l'evoluzione del quadro economico-sociale e con l'arricchimento del pluralismo etico, il giudice, costituzionale e non, ha dimostrato di concorrere, secondo logiche di ragionevolezza, a formare la norma, ad avverare l'ordinamento, a leggere la coscienza giuridica e la realtà storico-sociale, ad adattare «un *corpus juris* precostituito a una vita in perenne movimento»²⁴.

tal proposito la ricostruzione del pensiero giuridico di Carl Schmitt offerta da M. FIORAVANTI, *Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell'Ottocento*, in ID., *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello stato e della costituzione tra Otto e Novecento*, tomo II, Giuffrè, Milano 2001, pp. 605-656; *Lo 'Stato moderno' nella dottrina della costituzione della prima metà del Novecento (1900-1940)*, in AA.VV., *Ordo iuris. Storia e forme dell'esperienza giuridica*, Giuffrè, Milano 2003, pp. 183-217; e *Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell'Ottocento*, in G. GOZZI e P. SCHIERA (a cura di), *Crisi istituzionale e teoria dello Stato in Germania dopo la prima guerra mondiale*, Il Mulino, Bologna 1986, pp. 51-104.

²² Di «crisi del diritto» parlava già nel 1890 I. VANNI, *Il problema della filosofia del diritto nella filosofia, nella scienza e nella vita ai tempi nostri*, Donato Tedeschi e figlio, Verona 1890, p. 14. Per quella, più nota, attraversata dalla cultura giuridica dopo il secondo conflitto mondiale, si veda innanzitutto G. TARELLO, *Sul problema della crisi del diritto*, Giappichelli, Torino 1957.

²³ G. FASSÒ, *Il giudice*, cit., p. 925.

²⁴ T. ASCARELLI, *L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione* (1945), ora in ID., *Saggi giuridici*, Giuffrè, Milano 1949, p. 71.

Come nei casi più o meno recenti del diritto all'identità personale (Trib. Milano, 19 giugno 1980, Cass. civ., sez. I, 22 giugno 1985, n. 3769), della responsabilità medica da contatto sociale (Cass. civ., sez. III, 22 gennaio 1999, n. 589), del danno esistenziale (Cass. civ., S.U., 11 novembre 2008, n. 26972; Cass. civ., sez. III, 12 giugno 2006, n. 13546; Cass. civ., S.U., 24 marzo 2006, n. 6572; Cass. civ., sez. III, 31 maggio 2003, nn. 8827 e 8828), della risarcibilità degli interessi legittimi (Cass. civ., S.U., 22 luglio 1999, n. 500), dell'occupazione acquisitiva (Cass. civ., S.U., 26 febbraio 1983, n. 1464), della contrattazione collettiva (Cass. civ., sez. lav., 2 maggio 1990, n. 3617) e della fecondazione artificiale (ord. Trib. Roma, 17 febbraio 2000, Cass. civ., sez. I, 16 marzo 1999, n. 2315, ord. Trib. Palermo, 8 gennaio 1999), anche nel caso Englaro l'interprete ha contemperato, bilanciato e ponderato beni non misurabili («diritto alla vita», «libertà di autodeterminazione», «libertà di scelta», «diritto alla salute», «autonomia del malato»)²⁵, compiuto un apprezzamento qualitativo volto a verificare, nel rispetto delle personali inclinazioni etico-esistenziali dei soggetti coinvolti («straordinaria tensione del suo carattere verso la libertà», «inconciliabilità della sua concezione sulla dignità della vita con la perdita totale ed irrecuperabile delle proprie facoltà motorie e psichiche e con la sopravvivenza solo biologica del suo corpo in uno stato di assoluta soggezione all'altrui volere»)²⁶, quale soluzione risultasse conforme al patrimonio giuridico di una data realtà storico-sociale, nella cornice non solo della Carta costituzionale, ma più in generale di un contesto storico concreto fatto di valori, prassi, linguaggio, condizioni socio-economiche, esperienza, riferimenti etici.

Con la sentenza n. 21748 del 16 ottobre 2007, dalla quale ha preso le mosse la Corte d'appello di Milano per approdare alla decisione del 9 luglio 2008, la Corte di Cassazione ha ragionato, come è stato autorevolmente rilevato²⁷, sulla base di norme vigenti, attinte alla Costituzione (artt. 2, 13 e 32), alla legislazione ordinaria (artt. 357, 404 ss., 405 e 424 c.c.; artt. 1 e 33 l. 23 dicembre 1978, n. 833; artt. 4 e 5 d.lgs. 24 giugno 2003, n. 211; art. 13 l. 22 maggio 1978, n. 194), a fonti sovranazionali (Convenzione sui diritti umani, Carta di Nizza sui diritti fondamentali dell'Unione Europea), ma questo non deve impedire di riconoscere che essa ha prima di tutto interpretato il linguaggio, il contesto, le premesse culturali, le condizioni socio-economiche, l'esperienza, i riferimenti etici, «il quadro compositivo dei valori in gioco» (come si legge nella sentenza), confer-

²⁵ Cass. civ., sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748.

²⁶ Decreto Corte d'appello di Milano 9 luglio 2008.

²⁷ S. RODOTÀ, *Politica prepotente davanti a Eluana*, in "La Repubblica", 19 luglio 2008, p. 25.

mando il ruolo del giudice come «*interprete attivo* della cultura, della coscienza sociale, dei principi e dei valori del suo tempo»²⁸.

Interpretazione, dunque, non necessariamente di un testo legislativo, dei *verba legis*, ma del comune sentire, del tessuto socio-economico, del patrimonio di diritti e di valori che una civiltà giuridica va nel tempo maturando, talché il testo legislativo diviene un elemento eventuale, che, quando c'è, costituisce il punto di partenza dell'argomentazione, ma la cui mancanza non può certo impedire all'ordine giuridico di inverarsi. Nel caso Englaro, di fronte alla consapevolezza che in mancanza «di una specifica disciplina legislativa, 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», la Corte di Cassazione, proprio come facevano i Grandi Tribunali dell'età moderna, ha invocato l'autorità di giurisdizioni straniere (Corte Suprema degli Stati Uniti, Corte Suprema del New Jersey, Bundesgerichtshof, House of Lords), ma anche norme di ordinamenti giuridici minori (art. 35 del codice di deontologia medica), fonti di ordinamenti stranieri (artt. 1111-10 del *code de la santé publique* francese) e perfino fonti del diritto sovranazionali, come la Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, che sebbene non ancora ratificate dallo Stato italiano svolgono tuttavia «una funzione ausiliaria sul piano interpretativo» (così sempre Cass. civ., n. 21748, in senso conforme a Corte Cost., sentenza n. 347 del 1998).

6. *L'allergia del "politico" allo «stato fluido» del diritto*

Tale modo di procedere e di interpretare, che consente di mantenere il diritto ad uno «stato fluido», non può, specie alla luce delle esperienze storiche ricordate, reputarsi grave né sovversivo²⁹; è grave, viceversa, che il potere politico denunci l'espropriazione di un potere, quello di produrre norme, che esso ritiene di esercitare in via esclusiva; che le Camere del Parlamento sollevino un conflitto di attribuzione davanti alla Corte costituzionale³⁰; che un Ministro emetta un atto di indirizzo per vietare

²⁸ M. TARUFFO, *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Il Mulino, Bologna 2002, p. 154.

²⁹ F. MAZZARELLA, *Un diritto «allo stato fluido»*, cit., e «*Stato fluido» del diritto*, cit.

³⁰ Con ordinanza 8 ottobre 2008, n. 334, la Consulta ha dichiarato inammissibili, «per carenza del requisito oggettivo», entrambi i ricorsi proposti dalla Camera dei Deputati e dal Senato della Repubblica, non rilevando fra l'altro «la sussistenza nella specie di indici atti a dimostrare che i giudici abbiano utilizzato i provvedimenti censurati – aventi tutte le caratteristiche di atti giurisdizionali loro proprie e, pertanto, spieganti efficacia solo per il caso di specie – come meri schermi formali per esercitare, invece, funzioni di produzione

comportamenti autorizzati dal potere giudiziario (16 dicembre 2008); che il Consiglio dei ministri approvi un decreto-legge in grado di neutralizzare gli effetti di un giudicato³¹; che una classe politica continui a ritenere, come usava nel Settecento, che quello del giudice sia un «sillogismo perfetto» e che quando il magistrato «sia costretto, o voglia fare anche soli due sillogismi, si apre la porta all'incertezza»³².

normativa o per menomare l'esercizio del potere legislativo da parte del Parlamento, che ne è sempre e comunque il titolare». Sul punto si vedano R. BIN, *Se non sale in cielo, non sarà forse un raglio d'asino? (a proposito dell'ord. 334/2008)*, e S. ROSSI, *Il Parlamento, la Cassazione e il diritto di Eluana*, entrambi in www.foruncostituzionale.it.

³¹ Ci si riferisce al decreto-legge, poi non firmato dal Presidente della Repubblica, Giorgio Napolitano, contenente «disposizioni urgenti in materia di alimentazione ed idratazione», approvato il 6 febbraio del 2009 dal Consiglio dei ministri, nella seduta n. 36, formato da un solo articolo in forza del quale «in attesa dell'approvazione di una completa e organica disciplina legislativa in materia di fine vita, l'alimentazione e l'idratazione, in quanto forme di sostegno vitale e fisiologicamente finalizzate ad alleviare le sofferenze, non possono in alcun caso essere sospese da chi assiste soggetti non in grado di provvedere a se stessi».

³² C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764), Bur, Milano 1981, § IV, p. 69.