

Disporre di sé, difficile libertà

di **Amedeo Santosuoso**

Nella Francia postrivoluzionaria fu proibito ai giudici di fare altro che decidere i singoli casi secondo la legge. La Costituzione del Sud Africa (1996, articolo 39) autorizza (unico caso al mondo) le corti nazionali a fare riferimento al diritto straniero. Questi estremi concettuali definiscono l'ambito della libertà dei giudici, in tutto il mondo e in tutte le materie, e sono anche i corni di un dilemma, che è presente nelle decisioni, specie in materie controverse.

Così è stato nel caso «Diamond versus Chakrabarty» (1980), dove la Corte suprema

I casi Welby ed Englaro ravvivano il dibattito tra i giuristi sulle lacune del nostro ordinamento e sul ruolo dei giudici

Usa si divide 5 a 4 sul punto se la brevettabilità degli organismi viventi fosse questione da rimettere al legislatore o decidibile da giudici, e così è stato nell'ordinanza della Corte d'appello di Milano (ottobre 2003, sul caso Englaro), dove i giudici si sono detti "perplexi" sulla «legittimità di un'interpretazione integrativa» che valorizzasse il principio di autodeterminazione. In modo analogo, il giudi-

ce di Roma ha rigettato (dicembre 2006) la richiesta di Piergiorgio Welby, perché manca una legge che attui il diritto riconosciuto a livello costituzionale. In breve, il dilemma è presente ogni qual volta si fa questione di «mancanza di una legge».

Delle due posizioni, quella "alla francese" è fuori dai tempi, sommersa da copiose elaborazioni teoriche, che ne hanno mostrato l'inconsistenza, e da una prassi estesa. La posizione "aperta" ha il vantaggio di riflettere lo stato attuale delle cose (nella Ue è riconosciuto alla giurisprudenza della Corte di giustizia il ruolo di fonte del diritto costituzionale!) e di dar conto delle diffuse migrazioni di stan-

dard giudiziari da un Paese all'altro. Entrambe, però, devono fare i conti con il deficit di legittimazione che i giudici soffrono ogni volta che si discostano dall'ancoraggio alla legge o al precedente vincolante. Se un giudice può oscillare tra l'ossequio formalistico alla regola esistente (o non esistente) e l'applicazione del diritto straniero, dove e come si pongono i confini di legittimità delle sue scelte?

Negli ultimi anni si è fatta strada l'idea (chi scrive ne è uno dei sostenitori: si veda il n. 65/2002 di «Politeia») che il vecchio sistema delle fonti, basato come era sulla sovranità nazionale e, specie nei Paesi di "civil law", strutturato in modo verti-

cale e legocentrico, non reggesse più. A questo punto, visti certi esiti italiani, viene da pensare che, nelle prassi, sia stato colto il solo lato iniziale del discorso, in termini di "licenza".

Quando si riconoscono i diritti costituzionali, ma poi si dice che «l'ordinamento va considerato nell'intero complesso» e si dà prevalenza alle norme dei codici civile e penale, negando il diritto (Tribunale di Roma nel caso Welby), non si sta delineando un nuovo sistema delle fonti, così come non lo si fa quando si afferma che, a livello costituzionale, il diritto alla vita prevale sulla libertà personale e sul diritto alla salute e lo si deduce dai codici civile e penale (Corte d'appello Milano, dicembre 2006, sul caso Englaro). Così come non lo fanno i penalisti che, in larghissima parte, continuano a ragionare come se la Costituzione non ci fosse.



Vivere. Eluana Englaro, in coma dal 1992, al mare a Pesaro, in una foto prima dell'incidente

In tutti questi casi si sta in realtà confondendo la "fine" di un modello statico e verticale della gerarchia delle fonti con la fine del ragionamento giuridico tout-court. La fine della vecchia gerarchia delle fonti non significa

che il "judge-made-law" abbia soppiantato il diritto di fonte legislativa, ma che può concorrere alla pari (è questo l'aspetto nuovo). Così è venuto meno un sistema unico, universale e stabile delle fonti (rimpiazzato da

un sistema mobile, policentrico, calibrato sui casi), ma non la gerarchia intrinseca al "ragionamento" giuridico. La novità è che i giudici si trovano spesso a dover prima "delineare" le norme che poi devono applicare. Una responsabilità enorme, con una bussola certa. La struttura della decisione deve sempre avere al vertice le norme costituzionali e se norme inferiori sono di ostacolo, o queste si interpretano alla luce delle superiori (mai viceversa) o si rimettono alla Corte costituzionale.

● **Presso l'aula magna del Palazzo di giustizia di Milano (via Freguglia 1) il 16 febbraio, alle 9, si terrà il convegno su «I giudici. I casi Welby ed Englaro. La libertà di disporre di sé». Partecipano, oltre ad Amedeo Santosuoso, Umberto Veronesi, Stefano Rodotà, Juanito Patrone, Vittorio Angiolini, Gilda Ferrando, Paolo Ielo.**