

SENATO DELLA REPUBBLICA

----- XVI LEGISLATURA -----

49ª SEDUTA PUBBLICA

MARTEDÌ 29 LUGLIO 2008

Discussione del documento:

(Doc. XVI, n. 1) Relazione della 1ª Commissione permanente sulla questione se il Senato debba promuovere conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato innanzi alla Corte costituzionale con riguardo alla sentenza n. 21748, resa dalla Corte di cassazione - Prima sezione civile, in data 16 ottobre 2007, e alle decisioni successive e consequenziali adottate da altri organi di giurisdizione, a proposito del noto caso della giovane Eluana Englaro

CECCANTI, *relatore di minoranza*. Signor Presidente, cari colleghi, vorrei in primo luogo che fosse chiaro il tema posto dalla relazione del senatore Vizzini. Il conflitto contro la Cassazione non è legato a ciò che essa ha concretamente deciso, ma alla legittimità che un giudice possa prendere una qualsiasi decisione quando manca una specifica disciplina. Siamo chiamati a decidere non se quella sentenza sia sbagliata, ma se in quelle condizioni sia legittima una qualsiasi sentenza.

In secondo luogo, vorrei far rilevare i limiti della nostra decisione. Non ci potrà comunque essere nessun riflesso immediato sulla vicenda Englaro. Il nostro ruolo non è quello del giudice *a quo*, il quale, quando ritiene la questione rilevante e non manifestamente infondata, sospende il processo. Noi non possiamo sospendere nulla. Per di più la Corte dovrà prima decidere se il conflitto è ammissibile, il che non accadrà prima del 2009 e poi, più avanti, in caso positivo, decidere nel merito.

In terzo luogo, vorrei far riflettere sulle matrici culturali che spingono a questa decisione. Sembra che si voglia reintrodurre l'antico istituto giacobino del *référé législatif* del 1790. Si era infatti stabilito allora il divieto per i giudici di interpretare la legge, riservando tale potere ai Parlamenti e chiedendo ai giudici di rivolgersi ad essi o in caso di dubbio o di contrasto tra diverse sentenze. Nel novembre-dicembre 1790 fu altresì creato presso il Parlamento, come suo organo ausiliare, proprio il Tribunale di Cassazione, per cassare quelle decisioni che pretendessero di legiferare a partire dal caso singolo. Robespierre affermò con particolare radicalità nel discorso del 25 maggio 1790 alla Costituente che - cito letteralmente - «se un'autorità diversa da quella del legislatore potesse interpretare le leggi, essa finirebbe per alterarle e per elevare al di sopra la sua volontà», «*ejus est interpretari legem, qui condidit legem*» e il 18 novembre ancora Robespierre disse che «questo termine di giurisprudenza dei tribunali deve essere cancellato dalla nostra lingua» dato che «in uno Stato che ha una Costituzione e una legislazione, la giurisprudenza dei tribunali non è nient'altro che la legge».

Il Tribunale fu in origine sussidiario del corpo legislativo, anche se non strettamente alle sue dipendenze, tranne che nel periodo del Terrore, quando, ci ricorda Piero Calamandrei nella sua opera «Cassazione civile», «La Convenzione nazionale nella sua onnipotenza non si fece scrupolo di accogliere petizioni di privati cittadini contro le decisioni del Tribunale di Cassazione e di revocare tali decisioni per mezzo di decreti»; «un abuso» - dice Calamandrei - che fu poi proibito con la Costituzione girondina.

La linea giacobina fu del tutto sconfitta a causa della sua rigidità, che portava i giudici a sospendere i processi nella lunga attesa di decisioni della Cassazione e del Parlamento, la quale sfociava spesso in un diniego di giustizia. L'articolo 4 del codice Napoleone del 1804 sanzionò il giudice che a causa del silenzio, dell'oscurità o dell'insufficienza della legge si fosse rifiutato di giudicare una causa. Infine, la Cassazione sfuggì all'orbita del potere legislativo e si pose al vertice del giudiziario.

Queste posizioni giacobine sono state poi ulteriormente radicalizzate nell'esperienza delle democrazie popolari, con nozioni quali l'unità del potere statale e la legalità socialista e con conseguenze quali quella prevista dal secondo comma dell'articolo 52 della Costituzione della

Romania del 1965, che prevedeva la possibilità per i parlamentari di presentare interrogazioni ai giudici. Il paradosso è che proprio da parte di forze politiche che dichiarano di ispirarsi al liberalismo democratico si voglia oggi il giudice bocca della legge, come in suggestioni rivoluzionarie giacobine di società semplici, o di economie pianificate da socialismo reale, in cui tutto si pensava che potesse essere predeterminato a tavolino dalla politica. Capisco che il Presidente del Consiglio, che ha approvato questa iniziativa, dichiari di voler fare anche una politica di sinistra, ma forse in questo caso era una sinistra che poteva evitare di imitare.

Per di più il legislatore dovrebbe essere bocca di una legge che sembra non si voglia fare, tant'è che nella mozione parlamentare da cui si è partiti si afferma testualmente che la mancanza di una disciplina legislativa specifica potrebbe essere il frutto di una scelta consapevole del Parlamento, il quale non ha sino ad oggi ritenuto opportuno intervenire per disciplinare fattispecie del tipo di quella oggetto della sentenza.

Noi non abbiamo nessun timore reverenziale per nessuna sentenza e nessun giudice. Questo Parlamento ha legiferato, quando ha ritenuto, anche contro sentenze, persino della Corte costituzionale: in ultimo quando ha introdotto il nuovo articolo 111 della Costituzione sul giusto processo, ma lo ha sempre fatto per la via maestra, votando leggi. Siamo infatti al paradosso logico che il Parlamento, per protestare contro l'attivismo giudiziario, si rivolge per decidere alla Corte costituzionale. Riepilogo, infine, le sei ragioni, ognuna delle quali è di per sé sufficiente a portare all'inammissibilità del conflitto.

Primo: una sentenza di rinvio non si presta per definizione ad essere inquadrata nello schema dei conflitti di attribuzione previsto dall'articolo 37 della legge n. 87 dell'11 marzo 1953, che li regola, e che parla testualmente di organi competenti a dichiarare definitivamente la volontà del potere cui appartengono.

Secondo: una sentenza che risolve un caso concreto *inter partes* non può essere intesa come lesiva della legge che ha efficacia *erga omnes*.

Terzo: l'attività di creazione del diritto è insita nel potere interpretativo del giudice, soprattutto laddove non esista una legge e pur nei limiti previsti dall'articolo 12 delle preleggi. Come ha scritto Giuseppe Morbidelli in uno dei più diffusi manuali di diritto «è acquisito che l'interpretazione non può essere un'attività pressoché meccanicistica o improntata su un semplice sillogismo, è prevalente la tesi che le assegna un significato creativo».

Quarto: se si accede alla tesi che in mancanza di una legge il giudice commetta un errore con una qualsivoglia sentenza, chi oggi propone questo conflitto deve essere disponibile a ricorrere anche quando la Cassazione o un altro giudice prendano una decisione opposta. Esattamente come noi ci impegniamo a opporci a ricorsi di questo tipo, a prescindere dal concreto dispositivo di una qualunque sentenza, con l'evidente conseguenza che d'ora in poi, onorevoli colleghi, nel caso si affermi la vostra tesi si imporrebbe alle Assemblee parlamentari di dotarsi di strutture stabili di monitoraggio delle sentenze in tutti i casi analoghi, a prescindere dall'esito e dal tema.

Quinto: esiste nel nostro ordinamento il principio non derogabile del divieto di *non liquet*, cioè di non riproporre la formula "non è chiaro" con cui un giudice non decideva la causa per un'incertezza sul diritto da applicare. L'assenza di una normativa specifica, che noi qualifichiamo dal nostro punto di vista come un vuoto, non può esserlo per il giudice. Ciò è tanto più vero quando si tratta di diritti fondamentali, i quali sono immediatamente precettivi; altrimenti consentiremmo al legislatore, con proprie omissioni, di paralizzarli. Per questo non è in alcun modo accettabile l'argomento chiave della memoria dell'onorevole Maurizio Lupi all'Ufficio di Presidenza della Camera. Per Lupi la riserva assoluta di legge prevista dall'articolo 32 della Costituzione in relazione al divieto di trattamenti sanitari obbligatori esclude la legittimità dell'intervento del giudice alla ricerca di un principio da cui far derivare la regola da applicare. Ma la riserva assoluta di legge è costruita proprio per evitare indebite ingerenze da parte di fonti normative inferiori o non competenti che limitino in maniera indebita un diritto, non per impedire che esso si faccia valere. Dopo di che è evidente che la risposta nel merito su quali trattamenti debbano essere inclusi in un elenco di quelli potenzialmente rientranti nel divieto di trattamenti sanitari obbligatori e su quali siano le modalità con cui possa essere acquisito il consenso informato è oggi lasciato tutto aperto al giudice, con possibilità di esiti diversi.

Sesto: il conflitto interviene in una fase in cui esso non è l'ultimo rimedio possibile, giacché com'è noto, pendono possibili ricorsi della procura generale di Milano.

È allora evidente che rischiamo oggi di ledere il prestigio del Senato, perdendo tempo nel chiedere alla Corte costituzionale di statuire che i giudici siano solo bocca di una legge che non si vuol fare, anziché costruire una legge equilibrata sul testamento biologico. La Corte, cari colleghi, non potrà che rivolgersi a noi con un'ordinanza di inammissibilità il cui significato sarà quello delle parole evangeliche: «Medico, cura te stesso». (Applausi dai Gruppi PD e IdV).

