

IL POTERE, LE REGOLE, I CONTROLLI: LA COSTITUZIONE E LA VICENDA ENGLARO

Scritti di

Umberto Allegretti, Gaetano Azzariti, Franco Bassanini, Claudio Chiola, Augusto Cerri, Vincenzo Cerulli Irelli, Tania Groppi, Fulco Lanchester, Massimo Luciani, Valerio Onida, Alessandra Pioggia, Federico G. Pizzetti, Salvatore Prisco, Roberto Romboli, Antonio Ruggeri, Giovanni Serges, Sergio Stamatì

ROMA – 13 MARZO 2009

INDICE

Presentazione <i>di Franco Bassanini</i>	3
PARTE I - IL POTERE, LE REGOLE, I CONTROLLI: LA COSTITUZIONE E LA VICENDA ENGLARO	
ATTI DEL SEMINARIO ASTRID - 5 MARZO 2009	4
L’emanazione presidenziale dei decreti-legge (spunti a partire dal caso E.) <i>di Massimo Luciani</i>	5
Il caso Englaro: un viaggio alle origini dello Stato di diritto e ritorno <i>di Tania Groppi</i>	29
In margine ai profili costituzionali degli ultimi sviluppi del “caso Englaro”: limiti della legge e “progetto di vita” <i>di Federico Gustavo Pizzetti</i>	47
In margine al caso E.: sui limiti della funzione legislativa <i>di Vincenzo Cerulli Irelli</i>	75
PARTE II – LA COSTITUZIONE E LA VICENDA ENGLARO	
NOTE PER IL FORUM ASTRID	82
Un rifiuto presidenziale ben fondato <i>di Umberto Allegretti</i>	83
Era ipotizzabile un rinvio alle Camere della legge che il Parlamento si apprestava a approvare per bloccare l’esecuzione della decisione “Englaro”? <i>di Gaetano Azzariti</i>	88
Osservazioni a margine del caso Englaro <i>di Augusto Cerri</i>	91
Il rifiuto dell’emanazione del decreto-legge <i>di Claudio Chiola</i>	95
Le istituzioni surriscaldate e i pericoli della disidratazione <i>di Fulco Lancaster</i>	98
Il controllo del Presidente della Repubblica sulla costituzionalità dei decreti-legge <i>di Valerio Onida</i>	100

Brevi considerazioni sui profili di incostituzionalità del ddl Calabrò <i>di Alessandra Pioggia</i>	103
Il diritto e la fine della vita. Note preliminari <i>di Salvatore Prisco</i>	107
Il controllo presidenziale e quello della Corte costituzionale: qualche osservazione in merito al rifiuto di emanazione del decreto legge per il caso Englaro <i>di Roberto Romboli</i>	113
Il caso Englaro e il controllo contestato <i>di Antonio Ruggeri</i>	118
Il rifiuto di emanazione del decreto legge <i>di Giovanni Serges</i>	127
Breve nota sui problemi costituzionali suscitati dal caso Englaro <i>di Sergio Stammati</i>	142

Presentazione

di FRANCO BASSANINI

La vicenda della povera Eluana Englaro è stata oggetto di molte riflessioni e di molte polemiche. Investe infatti questioni tragiche e cruciali; come sono, inevitabilmente, tutte quelle che riguardano la vita e la morte, il diritto di ogni persona di disporre della sua vita e del suo corpo e i suoi limiti, il potere dello Stato e la libertà delle persone.

Questioni che possono e devono essere esaminate da molti punti di vista. Ma, inevitabilmente, anche da quello della Costituzione: che è e resta, in uno Stato di diritto, la Carta suprema che riconosce e garantisce i diritti inviolabili di ogni persona umana, definisce i poteri dello Stato e ne stabilisce i limiti, disciplina il delicato rapporto tra regole e autonomia individuale, tra libertà e potere.

Ma la Costituzione è anche la Carta che regola l'organizzazione democratica della Repubblica, determina i poteri di ciascuna istituzione dello Stato, ne disciplina i poteri, i limiti, le modalità di funzionamento. Anche sotto questo profilo, la vicenda Englaro ha posto interrogativi fondamentali e suscitato dibattiti accesi: sul rapporto tra potere giurisdizionale e potere legislativo, sui limiti dell'esercizio straordinario di poteri legislativi da parte del Governo, sui poteri del Capo dello Stato nella emanazione dei decreti-legge, sui rapporti tra il Governo e il Presidente della Repubblica.

Su entrambi i profili, Astrid ha organizzato un seminario, tenutosi a Roma il 5 marzo scorso. E ha aperto un Forum di dibattito sulle pagine del suo sito (www.astrid.eu).

Anche per dare un piccolo contributo scientifico al dibattito in corso, innanzitutto nelle aule parlamentari, abbiamo ritenuto opportuno raccogliere in questo fascicolo le relazioni lette al Seminario e i primi contributi pervenuti al Forum. Gli altri, che perverranno nei prossimi giorni, saranno pubblicati sul sito e poi raccolti tutti in un Quaderno di Astrid.

PARTE I

IL POTERE, LE REGOLE, I CONTROLLI: LA COSTITUZIONE E LA VICENDA ENGLARO

ATTI DEL SEMINARIO ASTRID
5 MARZO 2009

L’emanazione presidenziale dei decreti-legge (spunti a partire dal caso E.)*

Massimo Luciani

Sommario: 1. Premessa. - 2. Se sia possibile applicare all’emanazione dei decreti-legge i principi stabiliti per la promulgazione dall’art. 74 Cost. - 3. L’emanazione presidenziale nel contesto della disciplina costituzionale della decretazione d’urgenza. - 4. Di quali siano i possibili ostacoli all’emanazione e di quali siano le possibili reazioni del capo dello Stato alla loro sussistenza. - 5. Qualche cenno alla prassi. - 6. Lo specifico del caso E. - 7. A mo’ di conclusione.

1.- *Premessa.* La questione dei poteri presidenziali in sede di emanazione degli atti con forza di legge e in particolare dei decreti-legge non era certo sconosciuta alla dottrina. Ancor meno sconosciuta - ovviamente - era alla prassi. Lo era, intendo, ben prima del “caso E.”, e cioè del singolare caso di un decreto-legge dichiaratamente adottato dal Governo non solo e non tanto per disciplinare in via generale alcune fattispecie della problematica del “fine vita”, bensì per impedire l’interruzione dell’alimentazione e dell’idratazione artificiale di un paziente in stato vegetativo permanente (questa formula è, testualmente, quella che si legge nell’ord. Corte cost., n. 334 del 2008, relativa ad un conflitto tra poteri dello Stato originato proprio dal caso E.). Tutti sanno quale sia la concreta vicenda umana che si nasconde dietro quella iniziale, ma spero d’essere compreso se (nel contesto di una fredda riflessione giuridica che deve assumere quella vicenda come evento ormai dis-umanizzato, disincarnato e paradigmatico) ometto il preciso riferimento: si ha ritengo a fare altrimenti, infatti, per rispetto delle persone direttamente coinvolte, per le quali - tutte - sarebbe stato doveroso che si manifestasse - tutti - un sentimento di umana pietà.

Come frequentemente accade, tuttavia, in occasione della vicenda concreta, l’astratta questione di diritto costituzionale è stata affrontata, nella discussione pubblica, come se la dottrina e la prassi non esistessero, come se si dovesse partire da zero. Così, ovviamente, non era e così non è. Vediamo, dunque, in sintesi, le principali posizioni sostenute in dottrina.

I problemi interpretativi della disposizione costituzionale attribuita al Presidente della Repubblica del potere di emanare i decreti-legge nascono anzitutto, lo si sa bene, dall’estrema laconicità del suo testo. L’art. 87, comma 5,

* Relazione al Seminario di ASTRID, *Il potere, le regole, i controlli: la Costituzione e la vicenda Englaro* - Roma, 5 marzo 2009 (e scritto destinato alla Raccolta di Studi in onore di A.A. Cervati).

in effetti, si limita a prevedere che il Presidente “[...] *emana i decreti aventi valore di legge* [...]” e non contiene alcun altra previsione sostanziale o procedimentale che delimiti il potere presidenziale¹. E’ evidente, dunque, la differenza con la disciplina della promulgazione dettata dall’art. 74, che, sebbene resti silente sui profili sostanziali del potere, almeno ne regola modalità e procedimento di esercizio. Il problema interpretativo dell’art. 87, comma 5, è dunque assai più vasto di quello posto dall’art. 74². Si può ben dire che tutte le ipotesi di soluzione sono state prospettate e caldegiate in dottrina. Tanto, sia in riferimento ai confini del potere presidenziale di non emanare il decreto-legge, sia in riferimento agli effetti dell’esercizio di tale potere (all’applicabilità, in particolare, del meccanismo della doppia approvazione di cui all’art. 74 e – quindi – alla qualificabilità della mancata emanazione come veto meramente sospensivo ovvero assoluto)³.

2.- *Se sia possibile applicare all’emanazione dei decreti-legge i principi stabiliti per la promulgazione dall’art. 74 Cost.*

E’ bene prendere le mosse dalla tesi che modella il potere di emanazione su quello di promulgazione, sia perché da tempo ha avuto modo di essere frequentemente sostenuta⁴, sia perché è stata recentemente riaffermata in termini assai netti da un’autorevole dottrina. Ha scritto, in particolare, Valerio Onida, che

¹ La normazione di rango primario, a sua volta, non offre indicazioni particolarmente rilevanti. In definitiva, il dato più significativo è quello che si desume dall’art. 15 della l. n. 400 del 1988, a tenor del quale “*I provvedimenti provvisori con forza di legge ordinaria adottati ai sensi dell’articolo 77 della Costituzione sono presentati per l’emanazione al Presidente della Repubblica [...]*”, il che (“presentati” non equivale a “trasmessi”) sembra suggerire l’esistenza di un non formale potere di controllo del Presidente della Repubblica sui decreti-legge.

² L’osservazione è comune in dottrina. Da ultimo, G. CAPORALI, *Il Presidente della Repubblica e l’emanazione degli atti con forza di legge*, Torino, Giappichelli, 2000, 95.

³ E’ questa seconda, evidentemente, la questione realmente decisiva (analogamente, in riferimento al potere previsto dall’art. 87, comma 4, Cost., G. GUIGLIA, *L’autorizzazione alla presentazione dei disegni di legge governativi*, Torino, Giappichelli, 1991, 51): conta più che un rilievo presidenziale - quale ch’esso sia - sia insuperabile, piuttosto che sia connesso a ragioni di forma o di sostanza, di legittimità o di merito.

⁴ Cfr., ad es., P. BARILE, *I poteri del Presidente della Repubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, 323; E. CHELLI, *Deliberazione, emanazione, pubblicazione ed esercizio della funzione legislativa delegata entro il termine della delega*, in *Giur. cost.*, 1959, 1014 sgg.; C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, in *Enc. dir.*, vol. XI, Milano, Giuffrè, 1962, 855; G. VIESTI, *Il decreto-legge*, Napoli, Jovene, 1967, 141; S.M. CICCONE, *Decreti-legge e poteri del Presidente della Repubblica*, in *Dir. soc.*, 1980, 564 (il quale, peraltro, a sostegno della tesi dell’esistenza di un potere presidenziale di rinvio dei decreti-legge con richiesta di riesame, invoca anche l’ulteriore argomento del principio della collaborazione personale di Presidente della Repubblica e Ministro, “certificata dalla firma del primo e dalla controfirma del secondo”); A. PIZZORUSSO, *I controlli sul decreto-legge in rapporto al problema della forma di governo*, in *Pol. dir.*, 1981, 306 sg.; L. PALADIN, *Presidente della Repubblica*, in *Enc. dir.*, vol. XXXV, Milano, Giuffrè, 1986, 216 sg.; G. PITRUZZELLA, *La legge di conversione del decreto-legge*, Padova, Cedam, 1989, 229.

anche in “considerazione del ruolo rispettivo del Governo e del Presidente in un regime parlamentare come il nostro”, vi sarebbe una “analogia fra la funzione della «promulgazione» della legge e quella della «emanazione» dei decreti-legge”, mentre anche “lo stesso richiamo congiunto che all’una e all’altra fa l’art. 87 Cost.” indurrebbe a “ritenere che nei due casi il Presidente eserciti una funzione analoga di controllo”⁵.

Queste argomentazioni, a mio avviso, non sono convincenti.

Non mi sembra necessario soffermarsi eccessivamente sul richiamo “congiunto” dell’art. 87, comma 5, alla promulgazione e all’emanazione. Anche il comma 8 menziona congiuntamente l’accredito dei rappresentanti diplomatici e la ratifica dei trattati, ma non per questo il trattamento giuridico delle due fattispecie è assimilabile, così come non può ritenersi assimilabile il trattamento del potere di comando delle Forze armate e del potere di dichiarare lo stato di guerra deliberato dalle Camere, sebbene entrambi siano menzionati “congiuntamente” dal comma 9. Senza contare che le stesse qualificazioni generali del primo comma, che congiuntamente vede nel Presidente della Repubblica il capo dello Stato e il rappresentante dell’unità nazionale, hanno significati – e conseguenze – completamente diversi.

E’ più importante, semmai, ricordare che da tempo le differenze che intercorrono tra emanazione e promulgazione sono state poste efficacemente in luce.

Ha giustamente osservato Ugo Rescigno⁶ che l’emanazione, al contrario della promulgazione, non si risolve in una “formula sacramentale fissa e tipica”⁷, ma assume “la forma del decreto”⁸. Conseguentemente, mentre la promulgazione (che resta estranea alla fase costitutiva della legge e si colloca in quella integrativa dell’efficacia)⁹ identifica con certezza l’appartenenza dell’atto promulgato al tipo di atto “legge”, non altrettanto può dirsi per l’emanazione, che non è riservata ai

⁵ V. ONIDA, Il controllo del Presidente della Repubblica sulla costituzionalità dei decreti-legge, in *www.astrid.eu*, alla pagina web <http://www.astrid-online.it/FORUM--Il/>, 1 (lo stesso A., peraltro, afferma che “un «veto assoluto» del Presidente potrebbe probabilmente essere opposto solo nei casi limite di decreti-legge «eversivi» o che fossero suscettibili di produrre, durante il loro provvisorio vigore, effetti irreversibili”). L’accoglimento della tesi dell’analogia tra promulgazione ed emanazione ha condotto altri, sempre in sede di commento proprio al caso E., ad esiti diametralmente opposti (cfr. L. PEDULLÀ, *Perché il Capo dello Stato avrebbe dovuto firmare il decreto-legge “salva-Eluana”*, in *www.forumcostituzionale.it*, 4 sg.).

⁶ Il quale - pure - sostiene che, di fronte all’insistenza del Governo, il Presidente, dopo aver rinviato una prima volta, dovrebbe poi piegarsi ed essere tenuto ad emanare (G.U. RESCIGNO, *Articolo 87*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, *Il Presidente della Repubblica*, Bologna-Roma, Zanichelli – Il Foro Italiano, 1978, 207).

⁷ G.U. RESCIGNO, *Articolo 87*, cit., 205 sg.

⁸ V., in effetti, l’art. 3 del d.P.R. 28 dicembre 1985, n. 1092.

⁹ S. GALEOTTI, *Contributo alla teoria del procedimento legislativo*, Milano, Giuffrè, 1957, 241 sgg.; 322 sgg.; 390 sgg.

decreti-legge, ma si estende a tutti i decreti aventi valore di legge ordinaria, così come ai regolamenti. D’altro canto, come dimostra l’art. 74, comma 2, Cost., che parla di nuova approvazione della “legge” dopo l’eventuale rinvio presidenziale, la legge possiede la propria identità di legge già pel solo fatto dell’approvazione¹⁰, laddove - come rilevato da Paladin e da Esposito, il decreto-legge può dirsi effettivamente “adottato” solo dopo l’emanazione (se non, addirittura, dopo la pubblicazione)¹¹. La cosa è rilevante anche sul piano pratico, perché, per quanto riguarda la legge, se il testo approvato dalle Camere è difforme da quello promulgato, non v’è dubbio che debba prevalere il primo¹², mentre nel caso del decreto-legge il testo trasmesso dal Governo non possiede alcuna identità giuridica distinta e differenziata da quella del testo emanato¹³, che è quello del decreto-legge¹⁴.

Non basta. La promulgazione interviene su un atto irrevocabile, mentre non altrettanto può dirsi per il testo approvato dal Consiglio dei Ministri e sottoposto al capo dello Stato per l’emanazione¹⁵. Aggiungo che, in prospettiva più generale, la diversità del rapporto fra emanazione dei decreti con forza di legge e promulgazione delle leggi è dimostrata anche dal fatto che, per quanto riguarda i decreti legislativi, è l’emanazione (e non l’adozione) che fissa il *dies ad quem* per calcolare il rispetto del termine fissato dalla legge di delegazione¹⁶. Il

¹⁰ In questo senso, G. CAPORALI, *Il Presidente della Repubblica*, cit., 110.

¹¹ L. PALADIN, *Decreto-legge*, in *N.ss.D.I.*, vol. V, Torino, UTET, 1960, 291; C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, cit., 855, con la conseguenza che “il giorno stesso” della presentazione alle Camere, previsto dall’art. 77 Cost., è quello della pubblicazione (già prima, comunque, A. BERIO, *Il decreto-legge nella nuova Costituzione*, in *Nuova Rass.*, 1948, 679, peraltro invocando un argomento non più attuale, quale l’inefficacia del decreto-legge non pubblicato, in ragione della mancanza del visto della Corte dei conti). Adesivamente, C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, Cedam, 1976, 706; S.M. CICCONE, *Decreti-legge*, cit., 565. Come è noto, questa opinione ha avuto una traduzione normativa nell’art. 15, comma 4, della l. n. 400 del 1988, ove si prevede la pubblicazione del decreto-legge immediatamente dopo l’emanazione e si stabilisce che il decreto-legge (pubblicato, dunque) “*deve contenere la clausola di presentazione al Parlamento per la conversione in legge*”.

¹² G. CAPORALI, *Il Presidente della Repubblica*, cit., 111.

¹³ Si è correttamente osservato (da E. CHELI, *Deliberazione, emanazione, pubblicazione*, cit., 1016) che “la delibera del Consiglio dei ministri, anche se documentata nel verbale della seduta, non acquista allo stato attuale della legislazione e della prassi un preciso rilievo esterno”.

¹⁴ La condizione del decreto-legge non emanato e quella della legge non promulgata, pertanto, non sono identiche (come ritiene, invece, S.M. CICCONE, *Decreti-legge*, cit., 565).

¹⁵ V. ancora G.U. RESCIGNO, *Articolo 87*, cit., 207

¹⁶ Come ha ripetutamente affermato la Corte costituzionale, nella delegazione legislativa, “*il «tempo limitato», che deve essere prestabilito, concerne precisamente l’esercizio di tale funzione; non comprende invece adempimenti successivi a quell’esercizio, che si è esaurito con la emanazione del provvedimento legislativo, posto che gli adempimenti stessi competono ad altri organi, di natura amministrativa*” (così la sent. n. 39 del 1959, cui *adde* sentt. nn. 34 del 1960; 91 del 1962; 148 del 1981).

che è possibile solo a causa della peculiare struttura dell’emanazione, che abbiamo appena ricordato.

Già sul piano dommatico, dunque, la situazione dell’emanazione e quella della promulgazione non coincidono, sicché il fatto che tanto la legge (ovviamente) quanto il decreto-legge abbiano forza di legge non offre alcuna indicazione sul loro trattamento da parte del capo dello Stato¹⁷, mentre - anzi - la loro diversa natura sollecita la riflessione sulla possibile diversità anche del loro regime.

Quel che più conta, poiché il potere di emanazione trova il proprio fondamento in una disposizione diversa dall’art. 74, l’applicazione della disciplina contenuta in quest’ultimo potrebbe essere argomentata solo ricorrendo all’analogia. Tuttavia, non solo il necessariamente diverso inquadramento dommatico dell’emanazione e della promulgazione già costituisce un ostacolo a tale esito interpretativo, ma esso appare precluso anche da più generali considerazioni di ordine sistemico.

Sotto il meccanismo disegnato dall’art. 74 (approvazione parlamentare / rinvio presidenziale / nuova approvazione parlamentare / obbligo presidenziale di promulgare) giace la concezione “forte” (e forse ottimistica) del parlamentarismo abbracciata dai nostri Costituenti. Nella prospettiva della Costituzione, il secondo intervento parlamentare è visto esso stesso come un meccanismo – sia pure politico – di tutela dei principi costituzionali che reggono la normazione primaria. Per un verso, la pubblicità della discussione parlamentare impone a chi voglia superare il veto sospensivo presidenziale di motivare la propria posizione aprendola al giudizio dell’opinione pubblica; per l’altro, la presenza in Parlamento delle opposizioni fa sì che il giuoco politico sia in qualche modo riaperto dal rinvio, che proprio dalle opposizioni, anzi, sollecita una risposta e una reazione, che esse possono dare con tutti gli strumenti messi a loro disposizione dalla normativa regolamentare¹⁸. Il rinvio presidenziale, in altri termini, apre una fase di confronto, se non di vera e propria battaglia politica, che, in realtà, non vede contrapposti il Presidente e il Parlamento, bensì la maggioranza parlamentare e le opposizioni, ovvero la maggioranza parlamentare e l’opinione pubblica (al limite, il ruolo di quest’ultima potrebbe essere avvicinato a quello – arbitrario – cui secondo una risalente dottrina assolverebbe in talune ipotesi il *referendum*)¹⁹. Nulla di tutto questo avviene nella fattispecie dell’emanazione dell’atto con forza

¹⁷ E’ quanto è sostenuto, invece, da S.M. CICONETTI, *Decreti-legge*, cit., 564.

¹⁸ Considerazioni parzialmente simili in E. CHELI, *Deliberazione, emanazione, pubblicazione*, cit., 1014; G. CAPORALI, *Il Presidente della Repubblica*, cit., 112 sg.

¹⁹ R. CARRÉ DE MALBERG, *Considérations théoriques sur la question de la combinaison du référendum avec le parlementarisme*, in *Annuaire de l’Institut international de droit public*, 1931, II, spec. 262 sgg.

di legge e in particolare del decreto-legge: nessuna pubblicità vi è delle sedute del Consiglio dei Ministri, né in quella sede v'è alcun possibile confronto tra la maggioranza e le opposizioni, che possa essere gestito secondo le regole del diritto parlamentare.

Se l'applicazione analogica dell'art. 74 Cost. alla fattispecie dell'emanazione non è suggerita da dati testuali²⁰ e – anzi – è preclusa dalle differenze dottrinarie e sistemiche che ora si sono messe in luce, le regole dell'emanazione del decreto-legge debbono essere rinvenute nella disciplina normativa e nella logica *della decretazione d'urgenza*. E' questo - della considerazione della disciplina e della logica *specifiche* dei singoli istituti - un metodo di indagine e di interpretazione che deve essere osservato con grande attenzione soprattutto nel dominio dei poteri presidenziali, che, altrimenti, correrebbero il rischio d'essere confusi in una indistinta e indifferenziata omogeneità. E' proprio applicando questo metodo, in particolare, che possono e debbono essere adeguatamente inquadrati le prerogative presidenziali evocate dalla vicenda dei decreti-legge, sulla quale il capo dello Stato interviene ben tre volte: in sede di emanazione; in sede di autorizzazione alla presentazione del disegno di legge di conversione; in sede di promulgazione della legge di conversione. Se non si compie un'indagine specifica su ogni fase e su ogni tipo di potere, non si comprende nemmeno la *ratio* di questa sovrapposizione di interventi²¹.

In particolare, se non si procedesse in questo senso, il potere di autorizzazione alla presentazione dei disegni di legge governativi finirebbe per essere confuso con (e sovrapposto a) quelli connessi all'emanazione o alla promulgazione²². Invece, come è stato esattamente osservato proprio prendendo spunto dal caso E. e dall'apparente contraddizione tra la mancata emanazione di un decreto-legge e l'autorizzazione alla presentazione di un disegno di legge di identico contenuto, “la minore incisività dell'intervento presidenziale di

²⁰ Proprio il silenzio degli artt. 77 e 87 Cost., anzi, è stato richiamato quale ulteriore dimostrazione dell'impossibilità di estendere all'emanazione le regole (invece) testualmente ed espressamente stabilite per la promulgazione (così, G. CAPORALI, *Il Presidente della Repubblica*, cit., 97).

²¹ E' opportuno segnalare che una parte della dottrina ha ridotto ad un apporto meramente formale gli ultimi due interventi di cui si dice nel testo, in considerazione del fatto che anche un semplice rinvio presidenziale determinerebbe un ritardo nell'approvazione della legge di conversione che sarebbe idoneo, di fatto, a trasformare il veto sospensivo in veto assoluto (in questo senso, e per ulteriori indicazioni, P. FALZEA, *Il rinvio delle leggi nel sistema degli atti presidenziali*, Milano, Giuffrè, 2000, 362 sg.). Le ragioni che inducono a respingere questa posizione sono desumibili, *passim*, dal testo.

²² In effetti, la dottrina ha sovente affrontato la questione del potere di autorizzazione applicando i medesimi paradigmi che l'avevano guidata (specialmente quello dell'applicabilità analogica dell'art. 74 Cost.) nella ricostruzione dei poteri di promulgazione e di emanazione. V., sul punto, le indicazioni di G. GUIGLIA, *L'autorizzazione*, cit., 42 sgg.

autorizzazione alla presentazione del disegno di legge” si spiega perfettamente in ragione della “minore invasività costituzionale dello strumento che il Governo si è rassegnato ad adottare”²³. Il tutto, senza considerare che in sede di autorizzazione i poteri del Presidente sembrano finalizzati soprattutto a difendere la funzionalità del Parlamento, non a rimediare *ex ante* a vizi che il Parlamento stesso potrebbe eliminare per conto proprio (tanto che, se non lo facesse, sarebbe possibile un intervento presidenziale in sede di promulgazione)²⁴.

Vediamo, dunque, quali sono le indicazioni che possiamo trarre dalla disciplina e dalla logica della decretazione d’urgenza.

3.- *L’emanazione presidenziale nel contesto della disciplina costituzionale della decretazione d’urgenza.*

Qualunque potere presidenziale di controllo dei decreti-legge in sede di emanazione sembra escluso dalla previsione, dell’art. 77 Cost., che il Governo adotta tali atti “*sotto la sua responsabilità*”. Il monopolio della responsabilità in favore del Governo parrebbe implicare il monopolio del potere, escludendo – specularmente – potere e responsabilità del capo dello Stato. Questa ricostruzione (che – pure – potrebbe anche sembrare, a un primo sguardo, ben fondata) è, però, eccessivamente semplicistica.

E’ addirittura banale, infatti, osservare che il Governo ha il monopolio della responsabilità e del potere nella *adozione* dei decreti-legge, e cioè nella decisione politica sul se e come intervenire con la decretazione d’urgenza. Cosa diversa, però, è la loro *emanazione*. L’emanazione è atto presidenziale (e, come detto, si manifesta per tramite dell’atto presidenziale tipico, e cioè di un decreto), sicché presidenziale è e deve essere (ovviamente, nei limiti desumibili dagli artt. 89 e 90 Cost.) anche la responsabilità che l’accompagna²⁵. E poiché, come è

²³ S. STAMMATI, *Breve nota sui problemi costituzionali suscitati dal caso Englaro*, in www.astrid.eu, alla pagina web <http://www.astrid-online.it/FORUM--IL/>, 6. In senso contrario, e per l’affermazione della contraddizione in cui sarebbe incorso il capo dello Stato, A. RUGGERI, *Il caso Englaro e il controllo contestato*, ivi, 3; L. PEDULLÀ, *Perché il Capo dello Stato avrebbe dovuto firmare*, cit., 6.

²⁴ Se così non fosse, se - cioè - il Presidente davvero potesse e dovesse negare l’autorizzazione alla presentazione dei disegni di legge governativi in tutti i casi di contrasto con i principi fondamentali della Costituzione (come vuole A. RUGGERI, *Op. cit.*, 5), assisteremmo ad un aggiramento dei limiti del diniego assoluto di promulgazione fissati dal combinato disposto degli artt. 74 e 90 Cost., ottenendo il Presidente il risultato di bloccare del tutto la produzione legislativa parlamentare già in anticipo e ben al di là dei limiti in questione. Oppure, assisteremmo ad una vera e propria farsa, ben potendo il Governo far presentare il medesimo progetto di legge da un parlamentare della maggioranza, che non ha bisogno di alcuna autorizzazione presidenziale per esercitare, ai sensi dell’art. 71 Cost., il diritto di iniziativa.

²⁵ Anche la dottrina che, nella ricostruzione dei limiti del potere presidenziale di (non) emanazione sottolinea l’importanza della previsione dell’esclusiva responsabilità governativa nell’adozione del decreto-legge (V. DI CIOLO, *Questioni in tema di decreti-legge*, I, Milano, Giuffrè, 1970, 51) non

presupposto proprio dai sostenitori della tesi qui contestata, alla responsabilità si accompagna il potere, è appunto nell’esercizio di questo potere che il capo dello Stato può decidere quale atteggiamento tenere nei confronti dell’atto che gli si chiede di emanare.

Questo non significa, è bene ribadire, che l’emanazione consenta al capo dello Stato la compartecipazione sostanziale e di merito al decreto-legge, quasi ch’esso fosse un atto complesso. Questa tesi, è noto, è stata prospettata da Balladore Pallieri, secondo il quale proprio pel tramite dell’emanazione sarebbe assicurata “una partecipazione del Capo dello Stato alla formazione medesima dell’atto”²⁶, e da Sandulli, il quale ha sostenuto che la stessa promulgazione manifesterebbe il “consenso” del Presidente della Repubblica²⁷ all’atto legislativo. Non appare, tuttavia, una tesi convincente.

Certo, non si può trascurare l’osservazione, acutamente proposta proprio da Sandulli, che negli atti firmati dal capo dello Stato e controfirmati dal Governo vi è una pari efficacia formale della manifestazione della volontà del primo, ciò che determina l’equiordinazione (formale) della volontà del Presidente a quella del Governo, esternata attraverso la controfirma di quegli stessi atti. L’intervento del Presidente, infatti, è “necessario ed efficiente” quanto quello del Governo medesimo, sicché non v’è spazio per una concezione meramente decorativa dell’intervento presidenziale nelle funzioni amministrative e politiche spettanti all’Esecutivo²⁸. Presidente e Governo sono “compartecipi pariordinati della potestà” che esercitano²⁹, perché questo è esattamente ciò che logicamente consegue alla pari efficacia formale delle loro manifestazioni di volontà. Ne viene che nella classificazione degli atti presidenziali la soluzione - diciamo così - standard dovrebbe essere quella della loro natura di atti *complessi* anche nella *sostanza*, a meno che non sia altrimenti dimostrabile la loro natura di atti “ministeriali” ovvero “propriamente presidenziali”. La dottrina della monofunzionalità della controfirma³⁰, a mio avviso, è opinabile, ma solo robuste e documentate ragioni di sistema possono far escludere che la sequenza firma presidenziale / controfirma ministeriale esprima una sostanziale collaborazione *di volontà* dei due organi.

può non riconoscere che l’emanazione è attività propria del capo dello Stato, che di questi coinvolge la responsabilità (*ivi*, 52).

²⁶ G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto costituzionale*, 11^a ed., Milano, Giuffrè, 1976, 209.

²⁷ A.M. SANDULLI, *Il Presidente della Repubblica e la funzione amministrativa*, in *Scritti in onore di Francesco Carnelutti*, Padova, Cedam, 1950, IV, 217 sgg., ora in *Scritti giuridici*, Napoli, Jovene, 1990, I, 239.

²⁸ *Il Presidente della Repubblica*, cit., 232.

²⁹ *Il Presidente della Repubblica*, cit., 239.

³⁰ Sostenuta, come è ben noto, in particolare da C. ESPOSITO, *Controfirma ministeriale*, in *Enc. dir.*, vol. X, Milano, Giuffrè, 1962, 285 sg.

Si deve ricordare, tuttavia, che lo stesso Sandulli distingueva accuratamente, negli atti a fattispecie complessa, l'atto *determinante* (del contenuto dell'atto) e quello *costitutivo* (del venire in essere dell'effetto)³¹ e che l'intervento del capo dello Stato negli atti del potere esecutivo era interpretato come un "intervento di forza operante pari a quella dell'azione del Governo sulla quale viene a esercitarsi", ma "privo di ogni forza determinante" perché, "essendo il Presidente sprovvisto di un potere di iniziativa, la forza di determinare il contenuto del provvedimento appartiene esclusivamente al Governo", mentre la funzione dell'intervento del capo dello Stato "consiste nel consentire che soltanto l'azione governativa in conformità con le leggi della Repubblica e con l'interesse della Nazione venga portata a effetto"³².

Precisati, dunque, quali sono i veri (e non sempre puntualmente ricordati) confini di questa posizione, è comunque agevole rilevare come non sia dubbio che di ragioni robuste e documentate per escludere che il decreto-legge sia un atto complesso ce ne sono parecchie. Come interpretare diversamente l'assenza di qualunque previsione costituzionale che affidi al capo dello Stato anche una minima frazione dell'indirizzo politico, mentre tutto il contrario avviene per il Governo (art. 95 Cost.)? Come interpretare il monopolio del Governo³³ quanto alla delegabilità dell'esercizio della funzione legislativa (art. 76)? Come non tenere presente che il Presidente è del tutto estraneo al sub-procedimento che conduce all'approvazione del testo del decreto da parte del Consiglio dei Ministri³⁴? Come non considerare il dato storico, che ha visto i Costituenti optare con chiarezza per una forma di governo parlamentare che affidasse il circuito della politica al raccordo Parlamento-Governo, tenendone fuori il capo dello Stato (non il *fainéant* sul quale ironizzava Vittorio Emanuele Orlando, certo, ma nemmeno il protagonista della scena politica)³⁵?

4.- *Di quali siano i possibili ostacoli all'emanazione e di quali siano le possibili reazioni del capo dello Stato alla loro sussistenza.*

³¹ A. M. SANDULLI, *In tema di provvedimenti ministeriali su delibera del consiglio dei ministri*, in *Giur. compl. Corte Supr. di Cass. Sez. civ.*, 1949, I, 894 sgg., ora in *Scritti giuridici*, cit., 96 sg.

³² A.M. SANDULLI, *Il Presidente della Repubblica*, cit., 240.

³³ Inteso, ovviamente, in senso proprio, per come definito dall'art. 92 Cost.: E. CHELI, *Deliberazione, emanazione, pubblicazione*, cit., 1015.

³⁴ A. PIZZORUSSO, *I controlli sul decreto-legge*, cit., 306. Altra questione, ovviamente, è quella dell'ambito di "negoiazione" tra Presidente e Governo che si apre proprio in sede di emanazione. Di questo si dirà più avanti, quando si farà cenno al tema della c. d. *moral suasion*.

³⁵ Per Orlando, come è noto, il capo dello Stato avrebbe fatalmente maturato la pretesa a non restare estraneo agli atti legislativi, a meno che - appunto - non fosse un *fainéant* (*Atti Ass. Cost.*, seduta del 23 ottobre 1947, 1478).

Se nessun automatismo connota l'emanazione, si aprono, a questo punto, due ordini di problemi: cosa può ostacolare l'emanazione; quali sono le conseguenze della sussistenza di tali ostacoli.

Si tratta, è evidente, di due problemi strettamente connessi, visto che la diversità dell'ostacolo può determinare anche la diversità della reazione del Presidente della Repubblica (che può essere più o meno netta e radicale a seconda dell'altezza del primo). Pur essendo meritevoli di una trattazione congiunta, tuttavia, è bene sin d'ora precisare, quanto al secondo, che è possibile ipotizzare almeno questi ordini di reazioni del capo dello Stato di fronte al testo del decreto trasmesso dal Governo (e fermo restando che - come la stessa prassi indica - il Presidente può anche anticipare il Governo e formulare rilievi o richieste di chiarimenti sulle semplici intenzioni del Governo, di cui sia venuto a conoscenza)³⁶: a) il rinvio del decreto-legge al Governo, per sollecitare una nuova determinazione che elimini l'ostacolo ravvisato dal Presidente. Il rinvio, a sua volta, potrebbe preludere: a1) al definitivo rifiuto di emanare, nell'ipotesi in cui il Governo non abbia eliminato l'ostacolo; a2) all'emanazione obbligata, ove si ritengano applicabili le stesse regole dell'art. 74 Cost.; b) il rifiuto immediato e assoluto di emanare; c) la mera segnalazione informale al Governo dell'esistenza di perplessità, che, a sua volta, nell'ipotesi di insistenza dell'Esecutivo sul testo contestato dal capo dello Stato, può: c1) preludere ad un rinvio formale; c2) restare fine a se stessa, qualora si ritenga non esercitabile un potere di rinvio o - a maggior ragione - di rifiuto di emanazione.

Non menziono, tra le possibili reazioni del capo dello Stato al decreto-legge ch'egli ritenga censurabile, le dimissioni. Anche se una parte della dottrina vi ha fatto cenno³⁷, mi sembra che sia tutto sommato inutile tenerne specifico conto, visto che la minaccia delle dimissioni è sempre nelle mani di qualunque titolare di una carica costituzionale (o semplicemente pubblica), quale strumento di pressione o di realizzazione, per altre vie, dei propri obiettivi.

Tralascerei senz'altro anche l'ipotesi segnalata *sub c)*. Anzitutto, perché la facoltà del Presidente di segnalare informalmente dei problemi al Governo (nell'esercizio di quelli che, con formula alquanto abusata, vengono chiamati poteri di *moral suasion*) non sembra contestabile (e, del resto, è prassi assolutamente consolidata). In secondo luogo, perché l'ipotesi che, nonostante l'insistenza del Governo, alla segnalazione possa - anzi debba - non conseguire alcun atto formale, non sembra convincente. Certo, è stato sostenuto che il Presidente della Repubblica sarebbe una "magistratura d'influenza", che quindi

³⁶ Sul punto, la dottrina è praticamente unanime. Cfr., da ultimo, G. CAPORALI, *Il Presidente della Repubblica*, cit., 144.

³⁷ Ricordo, in particolare, A. PIZZORUSSO, *I controlli sul decreto-legge*, cit.; G. CAPORALI, *Il Presidente della Repubblica*, cit., 88.

avrebbe un “ampio potere di persuasione” esplicantesi “in una serie di attività, per lo più informali, dirette a far conoscere le proprie valutazioni al Governo circa la legittimità e l’opportunità (anche politica) di adottare o di non adottare un determinato provvedimento”³⁸. Ma questa tesi non spiega cosa accada se la persuasione non funziona e sembra idonea a governare la fisiologia, non le patologie del sistema.

Qualche considerazione supplementare, semmai, si deve spendere per il riconoscimento al Presidente della Repubblica del potere di rinvio dei decreti-legge. Una volta che si sia respinta la prospettiva dell’applicabilità analogica dell’art. 74 Cost., infatti, parrebbe venir meno anche il potere di rinvio, che è previsto per la promulgazione, ma non per l’emanazione. Credo, però, che il dubbio non abbia ragione d’essere. Anzitutto, perché - come segnalato dalla dottrina più risalente - l’alternativa tra l’assenza di qualunque potere presidenziale in sede di emanazione e il riconoscimento del solo potere di diniego assoluto di emanazione è troppo secca per essere logica. In secondo luogo, perché, come osservato di recente, lo stesso principio di leale collaborazione sollecita l’applicabilità del meccanismo (dialogico) del rinvio³⁹. Da ultimo - ma mi sembra il rilievo più importante - nessuno può negare che il Presidente possa prendere contatti informali con il Governo, anche per segnalare i propri dubbi o il proprio dissenso. Né si può negare l’assenza di termini perentori per l’emanazione, sicché ben potrebbe il Presidente restare inerte in attesa di un riscontro alle proprie informali sollecitazioni⁴⁰. E, francamente, qualora ciò avvenisse, non si comprende quale mai differenza vi sarebbe - se non nominalistica e forse limitata ai soli profili pubblicitari⁴¹ - con quella di un formale rinvio.

Ora, precisato tutto questo in ordine alle possibili modalità della reazione presidenziale, occorre subito dire che, quanto alla sostanza del controllo esercitato dal Presidente in sede di emanazione, abbiamo una significativa (ancorché sovente trascurata) indicazione nella giurisprudenza costituzionale.

La sent. n. 406 del 1989, infatti, pronunciandosi sulla soppressione del visto della Corte dei conti sugli atti con forza di legge, ha affermato che fra i controlli su tali atti deve essere “*annoverato anche quello spettante al Presidente*

³⁸ Così (ma - se bene interpreto - in forma dubitativa, che non esclude l’ipotesi del rinvio) F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto amministrativo*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. Santaniello, Padova, Cedam, 2004, 158; F. SORRENTINO - G. CAPORALI, *Legge (atti con forza di)*, in *Digesto*, IV Ed., *Discipline pubblicistiche*, vol. IX, Torino, UTET, 1994, 117.

³⁹ A. RUGGERI, *Il caso Englaro e il controllo contestato*, cit., 3.

⁴⁰ Questa strategia, anzi, era addirittura suggerita come prassi normale da V. DI CIOLO, *Questioni in tema di decreti-legge*, cit., 53.

⁴¹ Anche questo, del resto, è dubbio, poiché non è pacifico che il rinvio del decreto-legge debba necessariamente essere accompagnato da un messaggio scritto, né che questo debba essere necessariamente pubblicizzato (per questa osservazione, A. PIZZORUSSO, *I controlli sul decreto-legge*, cit., 307; v. anche quanto si dirà più avanti, alla fine del par. 6).

della Repubblica in sede di emanazione degli atti del Governo aventi valore di legge ai sensi dell'art. 87, quinto comma, della Costituzione, che è ritenuto di intensità almeno pari a quello spettante allo stesso Presidente sulle leggi ai sensi dell'art. 87, terzo comma, della Costituzione". Come si vede, la Corte non ha preso posizione sulla questione dell'applicabilità analogica delle regole sulla promulgazione al controllo in sede di emanazione. Ha, però, sostenuto che il secondo deve avere una "intensità" almeno "pari" al primo. Ha lasciato aperta la porta, dunque, non solo per l'equiparazione del potere di emanazione a quello di promulgazione, ma anche per l'identificazione di margini ancora più ampi per il suo esercizio.

In dottrina, per converso, non vi è unità di opinione.

Si può subito dire che non sembrano esserci molti dubbi sul fatto che il capo dello Stato possa rifiutarsi definitivamente di emanare (non importa qui dire, ribadisco, se direttamente o solo a seguito di un rinvio) qualora il decreto-legge sia carente dei "requisiti essenziali alla sua perfezione"⁴², ovvero nella "ipotesi di un'assoluta incertezza sulla natura dell'atto per mancanza dei requisiti di riconoscibilità"⁴³. Qui, in effetti, si dovrebbero applicare i comuni principi in materia di *autoqualificazione* e di *apparenza*: non basta che un atto (sottoposto al capo dello Stato) si autoqualifichi decreto-legge perché lo sia veramente; non basta che un atto appaia come decreto-legge perché sia - appunto - tale. Poiché il Presidente della Repubblica è chiamato ad emanare decreti-legge, ne consegue che non può e non deve emanare ciò che (al di là del nome o dell'apparenza) decreto-legge non sia. Del resto, è vero che "nel potere di emanare o di firmare questa o quella specie di decreti è implicito il potere di subordinarne l'emanazione o la firma alla ricorrenza di determinate condizioni"⁴⁴, sicché non sembra davvero possibile nutrire dubbi su questa prima conclusione.

Vicina a questa concettualmente, ma assai diversa dal punto di vista della sua pratica operatività, è l'ipotesi del rifiuto di emanazione per "assoluta inesistenza" dei presupposti di necessità e di urgenza⁴⁵, che, a ben vedere, prospetta un caso di incompetenza del Governo (che può adottare i decreti-legge

⁴² Così G. VIESTI, *Il decreto-legge*, cit., 139; V. DI CIOLO, *Questioni in tema di decreti-legge*, cit., 52; S.M. CICONETTI, *Decreti-legge*, cit., 560; G.F. CIAURRO, *Decreto-legge*, in *Enc. giur.*, vol. X, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 1988, 7; V. LIPPOLIS, *Presidente della Repubblica e controllo in sede di emanazione dei decreti-legge*, in *Quad. cost.*, 1989, 538; G. CAPORALI, *Il Presidente della Repubblica*, cit., 154; L. PEDULLÀ, *Perché il Capo dello Stato avrebbe dovuto firmare*, cit., 6.

⁴³ Così F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto amministrativo*, cit., 157.

⁴⁴ Così L. PALADIN, *Presidente della Repubblica*, cit., 215.

⁴⁵ C. MORTATI, *Istituzioni*, cit., II, 705; A. BALDASSARRE, *Il capo dello Stato*, in *Manuale di diritto pubblico*, II, *L'organizzazione costituzionale*, a cura di G. Amato - A. Barbera, Bologna, il Mulino, 5^a ed., 1997, 238 (che aggiunge anche l'ipotesi del rinvio del decreto-legge nell'ipotesi della riproposizione di altro già bocciato dalle Camere).

solo in presenza di quei presupposti)⁴⁶. In astratto, appunto, il vizio di incompetenza dovrebbe essere agevolmente rilevato (si può e si deve emanare solo se si è di fronte ad un decreto “del Governo”, non di fronte ad un atto che al Governo non potrebbe essere imputabile), ma nella pratica la reazione del capo dello Stato dovrebbe essere assai prudente, considerato l'elemento di politicità comunemente (anche se - come ricorda la giurisprudenza costituzionale - non sempre) insito nell'apprezzamento della necessità e dell'urgenza.

Diffusa è anche l'opinione che - essendo l'emanazione un atto del Presidente, che ne implica la responsabilità - il capo dello Stato possa rifiutarsi di emanare quando, agendo diversamente, si esporrebbe alla responsabilità prevista dall'art. 90 Cost. nelle ipotesi di altro tradimento e di attentato alla Costituzione⁴⁷.

Vi è, poi, chi afferma che l'emanazione potrebbe non conseguire all'adozione “per gravissime cause d'illegittimità”⁴⁸, o anche, semplicemente, all'esito negativo del controllo “in merito alla sussistenza dei requisiti di legittimità”⁴⁹ o, addirittura, anche semplicemente di merito⁵⁰. Nel primo caso, però, la dottrina che sostiene queste posizioni ammette che il Presidente possa opporre un rifiuto definitivo, mentre nel secondo esclude che si possa andare oltre un rinvio, dovendo il Presidente cedere di fronte all'insistenza del Governo.

⁴⁶ Analogamente, G. CAPORALI, *Il Presidente della Repubblica*, cit., 118; 154.

⁴⁷ C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, cit., 856 (con la precisazione del dovere del Presidente di informare le Camere, con apposito messaggio, del grave vizio del decreto); V. DI CIOLO, *Questioni in tema di decreti-legge*, loc. cit.; G. VIESTI, *Il decreto-legge*, cit., 139; S.M. CICONETTI, *Decreto-legge*, cit., 561; G.U. RESCIGNO, *Articolo 87*, cit., 208; L. PALADIN, *Presidente della Repubblica*, cit., 217; C. MORTATI, *Istituzioni*, cit., II, 705; V. LIPPOLIS, *Presidente della Repubblica*, cit., 538 sg.; A. BALDASSARRE, *Il capo dello Stato*, loc. cit.; G. CAPORALI, *Il Presidente della Repubblica*, cit., 154; L. PEDULLÀ, *Perché il Capo dello Stato avrebbe dovuto firmare*, cit., 5. Mi sembra che la tesi, pur “avanzata in termini necessariamente dubitativi” dallo stesso G. CAPORALI, *Il Presidente della Repubblica*, cit., 132 sg., che il Presidente della Repubblica possa opporre un rifiuto definitivo di emanazione ai decreti-legge che siano indebitamente anticipatori dello stato di guerra si possa inserire in questo filone (ravvisandosi, a mio avviso, in quel caso, l'ipotesi dell'alto tradimento e dell'attentato alla Costituzione).

⁴⁸ L. PALADIN, *Articolo 77*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, *Il Presidente della Repubblica*, Bologna-Roma, Zanichelli – Il Foro Italiano, 1979, 70.

Della possibilità per il capo dello Stato di opporre il veto (anche assoluto) a decreti-legge non semplicemente incostituzionali, ma anticostituzionali, A. SPADARO, *Prime considerazioni sul Presidente della Repubblica quale garante preventivo della Costituzione ed eventuale parte passiva in un conflitto per interposto potere*, in *Pol. dir.*, 1993, 222.

⁴⁹ M. FIORILLO, *Il capo dello Stato*, Roma - Bari, Laterza, 2002, 51.

⁵⁰ E', questa, la già ricordata (ancorché differenziata) posizione di Ballardore Pallieri e di Sandulli. V. anche la peculiare posizione di G. GUARINO, *Il Presidente della Repubblica Italiana (Note preliminari)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, 903 sgg., ora in *Dalla Costituzione all'Unione europea (Del fare diritto per cinquant'anni)*, Napoli, Jovene, 1994, I, 353, il quale configura il controllo presidenziale in sede di promulgazione come “controllo di merito a carattere consultivo”, mentre, a proposito dei poteri in sede di emanazione dei decreti-legge, afferma che la partecipazione del Presidente “si riduce ad un ruolo del tutto secondario”.

Ora, a mio parere, se seguiamo il metodo - già indicato - della considerazione della logica specifica della decretazione di urgenza, la soluzione da preferire appare piuttosto semplice.

Il decreto-legge costituisce la sola ipotesi in cui il Governo, sia pure provvisoriamente, per la durata massima di sessanta giorni, può mettere in discussione *motu proprio* il monopolio della funzione legislativa conferito alle Camere dall’art. 70 Cost. Sebbene la stabilizzazione degli effetti normativi del decreto-legge richieda un passaggio parlamentare, che deve condurre alla conversione in legge, non è dubbio che quegli effetti si producano per sessanta giorni nell’ordinamento, in ragione della semplice e autonoma volontà del Governo. Sebbene, poi, gli effetti giuridici siano effettivamente *pro tempore*, essendo destinati a svanire per la mancata conversione (o a consolidarsi, ma solo grazie alla conversione in legge), gli effetti di fatto costituiscono un dato - appunto - di fatto e possono anche essere irreversibili: l’art. 77 Cost. consegna una splendida macchina del tempo, ma è nel tempo del diritto ch’essa sa viaggiare, non in quello della vita reale delle persone⁵¹. Il tutto, senza contare che, come esattamente segnalato da Cheli, il controllo presidenziale sul decreto-legge deve essere particolarmente incisivo anche perché agisce su una forma di produzione normativa svincolata da qualunque controllo dell’opposizione parlamentare e dell’opinione pubblica⁵².

Questi ben noti tratti caratteristici del decreto-legge, in una con l’esiguità dei termini (è evidente la difficoltà di un intervento della Corte costituzionale nei sessanta giorni antecedenti l’eventuale conversione), rendono il controllo presidenziale esercitato in sede di emanazione l’unico controllo efficace sino all’intervento parlamentare in sede di conversione. Anche a condividere l’opinione, ad esempio, di Paladin, secondo la quale le *rationes* di un eventuale controllo negativo da parte del Presidente dovrebbero essere meno incisive di quelle invocabili per il rinvio delle leggi⁵³, quel che conta è che, comunque, la casistica del veto assoluto deve essere più ampia di quella tradizionalmente ipotizzata in sede di promulgazione. Proprio l’assolutezza del veto, infatti, costituisce il solo rimedio ad una distorsione del monopolio parlamentare della funzione legislativa voluto dall’art. 70 Cost. e impedisce che venga aggirata l’evidente diffidenza della Costituzione per la produzione normativa primaria del

⁵¹ E’ condivisibile, pertanto, l’affermazione di R. ROMBOLI, *Il controllo presidenziale e quello della Corte costituzionale: qualche osservazione in merito al rifiuto di emanazione del decreto-legge per il caso Englaro*, in www.astrid.eu, alla pagina web <http://www.astrid-online.it/FORUM-IL/>, 2: “solo il Presidente ha la possibilità di una verifica preventiva e tale quindi, almeno nei casi di decreti aventi un contenuto eversivo, da impedire l’entrata in vigore del decreto ed il determinarsi di effetti irreversibili anche nei riguardi di diritti fondamentali della persona”.

⁵² E. CHELI, *Deliberazione, emanazione, pubblicazione*, cit., 1014.

⁵³ L. PALADIN, *Presidente della Repubblica*, cit. 217.

Governo, palesata dalle doppie negazioni rinvenibili negli artt. 76 e 77. Se il Presidente della Repubblica può esercitare in sede di emanazione poteri tipologicamente più forti di quelli che la Costituzione gli conferisce in sede di promulgazione, pertanto, non lo si deve al silenzio dell'art. 87⁵⁴ bensì al peculiare disegno della forma di governo parlamentare tracciato dalla Costituzione e alla posizione che, in esso, occupa il Governo, in particolare per quanto riguarda l'esercizio della funzione legislativa.

In definitiva, mi sembra si possa dire questo: il rispetto delle esigenze di necessità e di urgenza sottese al decreto-legge⁵⁵ suggerisce di limitare il veto presidenziale ai soli casi di evidente incostituzionalità e a quelli di sospetta violazione dei principi fondamentali della Costituzione (oltre che, ovviamente, alla fattispecie, tipica del solo decreto-legge ed estranea alla legge, della carenza dei presupposti di necessità e di urgenza). Suggestiscono anche, però, di estendere il raggio del veto assoluto ben oltre il limite (dell'inesistenza dell'atto e del coinvolgimento delle responsabilità penali presidenziali) comunemente tracciato a questa ipotesi in sede di promulgazione. Un sindacato in sede di emanazione, insomma, quantitativamente meno esteso, ma qualitativamente più incisivo di quello esercitabile in sede di promulgazione.

5.- *Qualche cenno alla prassi.*

Nella lettera che il Presidente della Repubblica ha indirizzato al Presidente del Consiglio in occasione del caso E. si mette fortemente l'accento sulla prassi dei predecessori dell'attuale capo dello Stato, affermando che “il potere del Presidente della Repubblica di rifiutare la sottoscrizione di provvedimenti di urgenza manifestamente privi dei requisiti di straordinaria necessità e urgenza previsti dall'art. 77 della Costituzione o per altro verso manifestamente lesivi di norme e principi costituzionali discende dalla natura della funzione di garanzia istituzionale che la Costituzione assegna al Capo dello Stato ed è confermata da più precedenti consistenti sia in formali dinieghi di emanazione di decreti-legge sia in espresse dichiarazioni di principio” dei precedenti capi dello Stato.

⁵⁴ Che andrebbe interpretato, secondo alcuni, come legittimante - appunto - tali poteri: E. CHELI, *Deliberazione, emanazione, pubblicazione*, cit., 1013 sg.

⁵⁵ Che sono, poi, quelle che hanno spinto i Costituenti a conferire a questo atto la forza della legge, rendendolo fungibile con la legge in senso proprio. A tal proposito, tranne casi specifici di insostituibilità della legge con il decreto-legge, non sembra sostenibile la tesi che le materie coperte da riserva di legge non possano essere disciplinate da alcun atto normativo governativo, ivi compresi i decreti-legge (L. CARLASSARE, *Le fonti del diritto nel rapporto Governo-Parlamento: il decreto-legge*, in AA. VV., *Le fonti del diritto, oggi. Giornate di studio in onore di Alessandro Pizzorusso*, 166 sg.). Se così fosse, infatti, visto il numero e la qualità delle riserve di legge previste in Costituzione, l'art. 77 avrebbe davvero poco senso.

Nonostante questa autorevole presa di posizione, preferisco dire ben poco della prassi, e questo almeno per due ragioni. La prima è che, come ho avuto modo di osservare in altra occasione⁵⁶, la diffusa prospettiva di analisi delle norme costituzionali sul capo dello Stato attraverso la prassi dovrebbe essere rovesciata, dovendosi - invece - valutare la prassi in ragione delle norme costituzionali, con la conseguenza che una prassi contraria a quelle norme non basta a legittimare il comportamento che le sia conforme. La seconda è che le più note indagini della dottrina sulla specifica prassi in materia di emanazione dei decreti-legge dimostrano la grande difficoltà di ricostruirla, vuoi a causa della notevole riservatezza che in genere l'ha caratterizzata, vuoi a causa di un certo difetto di chiarezza dei dati a nostra disposizione, che sovente non sono in grado di dirci con certezza se ci troviamo di fronte ad un caso di veto sospensivo o ad uno di veto assoluto⁵⁷.

In effetti, il primo caso di pubblica notizia della mancata emanazione di un atto con forza di legge risale, come ha notato la dottrina⁵⁸, al 1980, allorché il Presidente Pertini non emanò un decreto-legge che modificava le regole sulla verifica delle sottoscrizioni delle richieste di *referendum* proprio nell'imminenza della conclusione delle operazioni di raccolta delle sottoscrizioni necessarie per la consultazione referendaria. Nondimeno, l'interpretazione tutt'altro che formale del ruolo presidenziale in sede di emanazione degli atti con forza di legge e la prassi dei contatti informali con il Governo sono cose risalenti, come dimostrano anche i ricordi di Einaudi⁵⁹. Se, però, i dati in nostro possesso confermano l'esistenza non solo di una semplice prassi, ma addirittura di una vera e propria consuetudine costituzionale quanto all'esercitabilità di un controllo in sede di emanazione, anche tramite apposito rinvio⁶⁰, non mi sembra che (almeno dalla documentazione accessibile agli studiosi) un'analogia, stabile, consuetudine sia attestata senza ombra di dubbio quanto alla possibilità di un veto assoluto e non solo sospensivo. Questo, ripeto, per l'incompletezza e la solo relativa affidabilità dei dati in nostro possesso.

Se questo è vero, però, non è meno vero che è ancor meno attestata una prassi in senso contrario, e - soprattutto - non è meno vero che l'interpretazione

⁵⁶ *Introduzione. Il Presidente della Repubblica: oltre la funzione di garanzia della Costituzione*, in *Il Presidente della Repubblica*, a cura di M. Luciani e M. Volpi, Bologna, Il Mulino, 1997, 11.

⁵⁷ V. LIPPOLIS, *Presidente della Repubblica*, cit., 534 sgg.; G. CAPORALI, *Il Presidente della Repubblica*, cit., spec. 139 sgg.

⁵⁸ Cfr. G. CAPORALI, *Il Presidente della Repubblica*, cit., 69.

⁵⁹ L. EINAUDI, *Lo scrittoio del Presidente*, Torino, Einaudi, 1956, 435 sgg. L'episodio ricordato nel passaggio ora citato riguardava, però, l'emanazione di *decreti legislativi* (precisamente, di quelli attuativi della delega conferita con la l. 28 dicembre 1952, n. 3060, recante "Delega al Governo della facoltà di provvedere alla riforma degli ordinamenti delle professioni di esercente in economia e commercio e di ragioniere"), non l'emanazione di un decreto-legge.

⁶⁰ Così G. CAPORALI, *Il Presidente della Repubblica*, cit., 153.

delle norme costituzionali che sopra si è proposta non ha affatto bisogno del conforto della prassi per dimostrare la propria fondatezza.

6.- *Lo specifico del caso E.*

Se, adesso, applichiamo le conclusioni ora raggiunte allo specifico del caso E., mi sembra che le cose siano meno complesse di quanto possa apparire a prima vista⁶¹.

Le questioni essenziali messe sul tappeto dal Presidente della Repubblica erano sostanzialmente tre: il carattere “inappropriato” del decreto del Governo; l'assenza della necessità e dell'urgenza; la violazione delle prerogative della giurisdizione e del principio (supremo)⁶² di separazione dei poteri⁶³.

Il profilo relativo al carattere non appropriato del decreto sembra stare, per la lettera presidenziale, oltre i confini della legittimità e nel campo del merito costituzionale. Non pare, infatti, che il capo dello Stato abbia inteso seguire la rigorosa dottrina che ritiene riservata alla legislazione propriamente parlamentare la determinazione di alcune scelte “fondamentali” e “di principio”, sottratte - invece - agli atti con forza di legge⁶⁴: la critica mossa al Governo, sembra mostrarlo la stessa terminologia utilizzata, si appunta più su un difetto di correttezza della scelta di ricorrere alla decretazione d'urgenza quando è in corso una serrata discussione parlamentare sui medesimi temi che ne sono oggetto, che non sulla violazione di specifici precetti costituzionali. Solo le altre due questioni, pertanto, si collocano sul terreno specifico della legittimità costituzionale.

⁶¹ Questo è stato anche il convincimento di alcuni dei più attenti commentatori della vicenda in sede giornalistica: v., in particolare, M. VILLONE, *Cinque risposte dalla Costituzione*, ne “Il Riformista” del 7 febbraio 2009. Incidentalmente: meno complicato di quanto non sia parso a qualcuno era anche il problema sostanziale sotteso al caso E.: i soli (ancorché delicatissimi) problemi di diritto, infatti, erano quelli delle modalità di manifestazione e delle modalità di accertamento del consenso, visto che altre questioni (la nozione di “trattamento sanitario”; l'esistenza di un diritto a non farsi curare, anche compromettendo la propria esistenza in vita) avevano già trovato precise risposte in giurisprudenza.

⁶² Come opportunamente ricorda, proprio in riferimento al caso E., U. ALLEGRETTI, *Un rifiuto presidenziale ben fondato*, in *www.astrid.eu*, alla pagina web <http://www.astrid-online.it/FORUM--II/>, 3. V. anche G. AZZARITI, *Un inquietante schiaffo al Presidente della Repubblica*, ne “Il Manifesto” del 6 febbraio 2009.

⁶³ Meno rilevante, invece, e in qualche misura assorbita dalla questione dei presupposti, mi sembra la questione del rapporto Parlamento-Governo e legge-decreto (la cui adozione, in questa prospettiva, il capo dello Stato ha giudicato inopportuna). E' bene ricordare, però, che la Corte costituzionale, con l'ord. n. 334 del 2008, aveva affermato che “il Parlamento [e proprio il Parlamento] può in qualsiasi momento adottare una specifica normativa della materia, fondata su adeguati punti di equilibrio fra i fondamentali beni costituzionali coinvolti”.

⁶⁴ Nel testo si allude alla posizione finemente argomentata da A.A. CERVATI, *Articolo 70*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, *La formazione delle leggi*, Bologna-Roma, Zanichelli – Il Foro Italiano, 1985, spec. 10 sgg. dell'estr

Quanto al primo punto, alcuni critici dell’operato del Presidente Napolitano hanno mostrato sorpresa per l’affermazione della carenza dei presupposti previsti dall’art. 77 Cost., perché, a loro avviso, questo sarebbe stato un caso paradigmatico di una loro presenza, in quanto si trattava di salvare una vita umana. Chi sostiene queste posizioni, però, all’evidenza, ha equivocato il ragionamento del capo dello Stato (e nulla dico, visto il taglio di questo scritto, sulla condivisibilità o meno dei presupposti etici e scientifici sui quali tali posizioni si fondano). Tale ragionamento, infatti, si muoveva tutto sul terreno delle esigenze generali del sistema, rispetto alle quali debbono essere normalmente misurati i presupposti costituzionali della decretazione d’urgenza. Molto esattamente il capo dello Stato ha constatato che, come dimostrava l’andamento dei lavori parlamentari in materia di fine vita, non esisteva alcuna necessità o urgenza ordinamentale di intervenire nei termini prospettati dal Governo. La drammaticità di un singolo caso, pertanto, non bastava a legittimare un decreto-legge che non sapeva radicarsi in più generali e comuni esigenze, ma che - ciononostante - conteneva precetti che andavano ben al di là del caso singolo che lo aveva sollecitato.

Non si trattava tanto, insomma, di stabilire se fosse o meno legittimo intervenire con un decreto-legge per far fronte all’urgenza di un caso singolo⁶⁵, quanto di stabilire se una disciplina generale e astratta, quale indubbiamente era quella prevista dal Governo⁶⁶, ancorché sollecitata da un caso singolo, potesse trovare nella sollecitazione anche la legittimazione. Il capo dello Stato ha detto di no e - mi sembra addirittura ovvio - aveva perfettamente ragione.

Quanto alla questione delle prerogative della magistratura e del principio di separazione dei poteri, mi sembra che si tratti di quella realmente decisiva.

Premetto che non mi convince la tesi secondo la quale il decreto-legge concepito per il caso E. non avrebbe avuto effetti per il passato e non si sarebbe

⁶⁵ In sede di primo commento giornalistico, ha sostenuto l’insufficienza dell’urgenza del caso singolo T. GROPPPI, *Incostituzionale un decreto per il caso Eluana*, ne “L’Unità” del 6 febbraio 2009. V. anche C. SALAZAR, *Riflessioni sul “Caso Englaro”*, www.forumcostituzionale.it, 4. Nel senso, invece, che (in astratto, non in riferimento al caso E.) anche l’urgenza del caso singolo legittimerebbe il ricorso al decreto-legge. A. SPADARO, *Può il Presidente della Repubblica rifiutarsi di emanare un decreto-legge? Le “ragioni” di Napolitano*, in www.forumcostituzionale.it, 5. Con concreto riferimento al caso E., S. SPINELLI, *Un nuovo conflitto costituzionale tra Presidente della Repubblica e Governo*, in www.forumcostituzionale.it, 1.

⁶⁶ Il capo dello Stato non ha contestato al decreto-legge di avere natura provvedimentale, ciò che, come è noto, comportando uno scrutinio stretto di costituzionalità, avrebbe probabilmente autorizzato anche il Presidente ad un controllo particolarmente penetrante. E bene - a mio avviso - ha fatto, perché, pur essendo stato sollecitato da un caso singolo e pur incidendo su quel caso, l’atto del Governo conteneva norme generali e astratte, applicabili a tutti i casi consimili. Era, insomma, un provvedimento nelle intenzioni, non nella sua sostanza normativa.

applicato proprio al caso E.⁶⁷. A mio avviso, infatti, oltre all’intenzione, era esplicita anche la lettera del decreto-legge, che fatalmente avrebbe determinato effetti per tutti i trattamenti di alimentazione e di idratazione artificiale *in corso*, ivi compreso, dunque, il caso E⁶⁸.

Se è così, il compito dell’interprete nel valutare l’operato del capo dello Stato è facilitato da una salda giurisprudenza costituzionale.

La Corte costituzionale, infatti, ha chiaramente imposto alle leggi che incidono nel passato il limite del giudicato. Come si legge nella sent. n. 282 del 2005 (l’ampia citazione, che segue, mi sembra indispensabile per chiarire i termini della questione), *“La riconosciuta natura effettivamente interpretativa di una legge non esclude che da essa possano derivare violazioni costituzionali. Invero, al di fuori della materia penale (dove il divieto di retroattività della legge è stato elevato a dignità costituzionale dall’art. 25 Cost.), l’emanazione di leggi con efficacia retroattiva da parte del legislatore incontra una serie di limiti che questa Corte ha da tempo individuato, e che attengono alla salvaguardia, tra l’altro, di fondamentali valori di civiltà giuridica posti a tutela dei destinatari della norma e dello stesso ordinamento, tra i quali vanno ricompresi il rispetto del principio generale di ragionevolezza e di eguaglianza, la tutela dell’affidamento legittimamente sorto nei soggetti quale principio connaturato allo Stato di diritto e il rispetto delle funzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario (da ultimo, [sentenze n. 376 del 2004](#), [n. 291 del 2003](#) e [n. 446 del 2002](#)). In particolare, al legislatore è precluso intervenire, con norme aventi portata retroattiva, «per annullare gli effetti del giudicato» ([sentenza n. 525 del 2000](#)): se vi fosse un’incidenza sul giudicato, la legge di interpretazione autentica non si limiterebbe a muovere, come ad essa è consentito, sul piano delle fonti normative, attraverso la precisazione della regola e del modello di decisione cui l’esercizio della potestà di giudicare deve attenersi, ma lederebbe i principi relativi ai rapporti tra potere legislativo e potere giurisdizionale le disposizioni relative alla tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi (cfr.*

⁶⁷ In questo senso, A. RUGGERI, *Il caso Englaro e il controllo contestato*, cit., 4; A. PACE, *L’inutilità pratica della legge “per” Eluana*, in “La Repubblica” dell’11 febbraio 2009 (osservo che, a mio avviso, è piuttosto contraddittorio affermare che il decreto-legge in questione non si sarebbe applicato al caso E. e sostenere, allo stesso tempo, la correttezza della motivazione del mancato rinvio con la compromissione di un giudicato). Nel senso del testo, invece, S. STAMMATI, *Breve nota*, cit, 3.

⁶⁸ Così come l’intenzione del Governo, ribadisco, il testo del decreto non si prestava all’equivoco. Esso stabiliva, infatti, che *“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 rifiutate dai soggetti interessati o sospese da chi assiste soggetti non in grado di provvedere a se stessi”*, il che - mi sembra - disegnava prescrizioni “procedurali” pienamente applicabili, secondo i principi generali, ai casi di alimentazione e idratazione artificiale in corso, ivi compreso il caso E.

sentenze n. 374 del 2000 e n. 15 del 1995)”. Nondimeno, prosegue sempre la riferita pronuncia, *“Diversamente da quanto ritenuto dal giudice remittente, deve tuttavia escludersi che la portata retroattiva del denunciato art. 50, comma 4, della legge n. 388 del 2000 sia tale da riguardare e da porre nel nulla anche gli effetti di sentenze passate in giudicato basate su un’interpretazione in ordine alla vigenza del nono comma dell’art. 4 della legge n. 425 del 1984 difforme da quella ora imposta dal legislatore. La norma censurata contempla infatti la perdita di efficacia delle «decisioni di autorità giurisdizionali», quindi delle decisioni impugnate o impugnabili, non già delle decisioni irrevocabili o passate in giudicato. Il silenzio del legislatore deve ritenersi significativo di un’implicita salvezza del giudicato; ed in questa direzione orientano sia il canone interpretativo per cui, tra due possibili interpretazioni consentite dalla lettera di una disposizione, è corretta quella conforme alla (o non contrastante con la) Costituzione, sia i lavori preparatori della legge, dai quali emerge che, in sede di dibattito parlamentare (Atti parlamentari – Camera dei deputati, seduta del 22 dicembre 2000), fu escluso che la norma in corso di approvazione riguardasse anche le sentenze coperte dal giudicato”*.

Come si vede, sia perché è in giuoco il principio di separazione dei poteri, sia perché altrimenti sarebbe travolto il consolidato diritto all’affidamento (sul quale v., da ultimo, la sent. n. 24 del 2009), il giudicato non può essere toccato. La giurisprudenza che ho ricordato riportandone ampi brani non si presta all’equivoco: ad essere precluse non sono soltanto le leggi che incidano frontalmente sul giudicato, stabilendo, ad esempio, che una certa sentenza passata in giudicato perde i suoi effetti. Questa è un’ipotesi puramente residuale e se la Corte avesse stabilito solo questo avrebbe detto, in realtà, ben poco. Quel che la Corte ha detto, invece, è molto di più (e di più praticamente significativo): sono illegittime tutte le leggi che “interferiscono” con il giudicato, che sul giudicato “incidono” o che del giudicato “annullano gli effetti”.

Ebbene, se è così, venendo al caso E., si deve ritenere sostanzialmente inutile la discussione sulla qualificabilità del decreto della Corte di appello di Milano come pronuncia “passata in giudicato”. Vi è, si sa, chi lo nega⁶⁹ e chi lo afferma⁷⁰. In realtà, quale che sia la soluzione da dare a questo interrogativo squisitamente processualcivilistico, a me sembra evidente che il giudicato con il quale il decreto-legge *interferiva* era comunque rappresentato dalla sentenza della Corte di cassazione in base alla quale il decreto della Corte di appello era stato adottato, e cioè dalla sent. Cass., Sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748 (oltre che dal

⁶⁹ N. ZANON, *Scelto il principio di precauzione*, in “Il Sole 24 Ore” del 7 febbraio 2009.

⁷⁰ A. PACE, *L’inutilità pratica della legge “per” Eluana*, cit., richiamando Cass., Sez. un., 8 settembre 1983, n. 5521.

giudicato interno ormai prodottosi, vincolante nel procedimento innanzi la stessa Corte di appello un funzione di giudice di rinvio)⁷¹. E anche la semplice interferenza con il giudicato, come si è visto, anche il semplice annullamento dei suoi effetti, sono preclusi al legislatore.

Il Presidente della Repubblica, pertanto, rifiutandosi di emanare il decreto sul caso E., si è tenuto ben entro i limiti costituzionali delle sue prerogative, opponendosi ad un intervento normativo d'urgenza che avrebbe comportato la palese violazione di alcuni fondamentali principi costituzionali, connessi ad uno dei pilastri fondativi dello Stato di diritto: la certezza.

Restano due ultime osservazioni, che non si possono non fare, sul modo in cui l'intera vicenda istituzionale si è dipanata.

La prima riguarda l'esercizio dei poteri di c.d. *moral suasion*. Si sa che i Presidenti, in vario modo, hanno interagito con i Governi per convincere e indirizzare, segnalando illegittimità o inopportunità (gravi) di alcuni intenti o di alcune azioni del Governo. Si tratta di un atteggiamento pienamente legittimo, che, tuttavia, non può giungere sino all'affermazione di una pretesa partecipativa del Presidente alla determinazione anche del *contenuto* degli atti "ministeriali" (ciononostante, come è noto, sono stati relativamente frequenti anche i casi di vera e propria negoziazione tra Presidente e Governo sul contenuto degli atti legislativi)⁷². Si tratta, anche, di un'arma a doppio taglio, perché il Presidente che abbia "persuaso" non può essere, poi, il Presidente che "demolisce" (e abbiamo casi, anche recenti, in cui la demolizione sarebbe stata ben migliore della persuasione). Qui, il Presidente Napolitano non si è avvalso affatto di questa opportunità, ma ha fatto direttamente conoscere al Governo i

⁷¹ Nessun dubbio, invero, sul fatto che si fosse formato il giudicato per il principio di diritto fissato dalla Corte di cassazione. E nessun dubbio nemmeno sul giudicato interno, visto che lo stesso decreto della Corte di appello di Milano del 9 luglio 2008 (par. 2) afferma espressamente l'esistenza di un "giudicato interno sul carattere «irreversibile» dello stato vegetativo", già accertato (nella fase del reclamo avverso il precedente decreto negativo del Tribunale di Lecco) dal decreto della stessa Corte di appello di Milano del 15 novembre - 16 dicembre 2006, o comunque di un "effetto preclusivo endoprocessuale di stabilità/immodificabilità del tutto equiparabile al giudicato". Sempre il decreto della Corte di appello di Milano, poi, afferma che nel procedimento faceva stato anche l'affermazione della Suprema Corte sulla natura di "trattamento di natura medica" dell'alimentazione e idratazione artificiale tramite sondino naso-gastrico (par 3, *ad finem*). Un vincolo conseguente alla pronuncia della Corte di cassazione e alla mancata impugnazione - per questo profilo - del già menzionato decreto del 2006, infine, è stato ravvisato, da parte del giudice di rinvio, nella natura incontrovertibile degli accertamenti di fatto esperiti tramite prove testimoniali, relativi alla personalità del paziente in stato vegetativo permanente dei cui diritti era causa (par. 4).

⁷² Critico su questa che è stata per un certo tempo una vera e propria prassi (ora cancellata dalla particolare forza parlamentare dell'attuale Esecutivo, che non teme lo scontro con il capo dello Stato), A. SIMONCINI, *Tendenze recenti della decretazione d'urgenza in Italia e linee per una nuova riflessione*, in AA. VV., *L'emergenza infinita. La decretazione d'urgenza in Italia*, a cura dello stesso A., Macerata, eum, 2006, 44. Seri dubbi sul "Presidente co-legislatore" anche in V. LIPPOLIS, *Gli equilibri Colle-Governo*, ne "Il Mattino" del 17 febbraio 2009.

gravi ostacoli che si opponevano all'intento di risolvere brutalmente il caso E. Nessuna pretesa compartecipativa, dunque, poteva essergli addebitata, né alcun rimprovero di ingerenza poteva essergli formulato.

La seconda riguarda gli aspetti pubblicitari della vicenda. La dottrina, da tempo, ha segnalato che nei rapporti tra capo dello Stato e Governo in ordine all'emanazione dei decreti-legge la riservatezza è assai opportuna, perché la pubblicità porterebbe ad “irrigidimenti delle rispettive posizioni”⁷³ e, anzi, potrebbe essere indebitamente usata per sollecitare il consenso e l'appoggio dell'opinione pubblica⁷⁴ in vicende che - invece - debbono rimanere interne al mondo delle istituzioni⁷⁵. La pubblicizzazione dello scontro, dunque, dovrebbe rimanere come *ultima ratio*, cui ricorrere quando proprio è impossibile farne a meno (ipotesi tipica, quella della proposizione di un conflitto di attribuzione da parte del Governo che si ritenga leso nelle proprie attribuzioni da un esercizio troppo incisivo dei poteri presidenziali)⁷⁶.

Le cose, stavolta, sono andate molto diversamente, per la precisa scelta del Governo di drammatizzare lo scontro e di trasferirlo sul terreno della comunicazione di massa. Le ragioni tattiche di questa scelta sono molto chiare. In una prospettiva strategica, però, c'è da chiedersi quali saranno i prezzi che, in termini di prestigio e di stabilità, le istituzioni saranno chiamate, prima o poi, a pagare⁷⁷.

⁷³ V. LIPPOLIS, *Presidente della Repubblica*, cit., 542. Un richiamo all'opportunità della riservatezza è fatto, in ordine alla parzialmente diversa vicenda dell'autorizzazione presidenziale alla presentazione dei disegni di legge del Governo, da G. GUIGLIA, *L'autorizzazione*, cit., 42.

⁷⁴ L. PALADIN, *Presidente della Repubblica*, cit. 216.

⁷⁵ Meno convincente, dunque, appare la tesi di chi ha sollecitato la massima trasparenza degli interventi presidenziali, anche nell'interesse degli altri organi interessati dal procedimento formativo e di controllo dei decreti-legge (Parlamento e Corte costituzionale): così G. GUIGLIA, *Ancora un intervento del Presidente della Repubblica in tema di decreti-legge*, in *Quad. cost.*, 1989, 549. Analogamente, A. SIMONCINI, *Tendenze recenti*, cit., 46.

⁷⁶ La praticabilità della via del conflitto è riconosciuta, ad esempio, da G. CAPORALI, *Il Presidente della Repubblica*, cit., 120; A. RUGGERI, *Il caso Englaro e il controllo contestato*, cit., 3; C. SALAZAR, *Riflessioni sul “Caso Englaro”*, cit., 5. La dottrina meno recente, invece, aveva manifestato perplessità sulla disponibilità del Governo e del Presidente a risolvere le loro controversie facendo intervenire un terzo organo costituzionale (così, ad es., M. MIDIRI, *La controfirma ministeriale nel sistema dei rapporti tra Presidente della Repubblica e Governo*, Padova, Cedam, 1988, 44). Questo dubbio, a mio avviso, resta ancora attuale, ma non si può negare che la forma di governo si sia evoluta in una direzione tale che l'incomponibilità dei conflitti può essere ben più frequente che in passato.

⁷⁷ Opportune considerazioni critiche anche in S. STAMMATI, *Breve nota*, cit., 3: “La vicenda descritta ha dato dunque vita a una fattispecie anomala, quella della comunicazione fra due dei massimi organi costituzionali che, avviatasi lungo la strada ordinaria e duttile del rinvio del decreto-legge al Governo, ha preso successivamente, a causa della pubblicizzazione ostentata della lettera del Presidente della Repubblica e dall'affermazione altrettanto ostentata dell'avversione unanime del Governo ad essa, la direzione eccezionale e rigida del rifiuto di emanazione di quel decreto”.

7.- *A mo’ di conclusione.*

Il percorso analitico e interpretativo che abbiamo seguito ci ha condotto a identificare alcuni significativi principi costituzionali che governano la materia dell’emanazione. La loro concreta applicazione, tuttavia, non è interamente predicibile, perché nei rapporti costituzionali l’apprezzamento del caso concreto, entro la complessità del contesto in cui di volta in volta si inserisce, è guidato da criteri assai più elastici di quelli che presiedono, ad esempio, all’attività amministrativa. Questo è ancor più vero quando uno dei soggetti del rapporto è il capo dello Stato, le cui funzioni non sono diseguate dalla Costituzione con nettezza e precisione. Oltretutto, poiché la forma di governo non è identificata solo dal complesso delle norme costituzionali sugli organi “supremi”, ma anche da molti altri fattori, quali il sistema elettorale o il formato (e le polarizzazioni interne) del sistema dei partiti, una certa dose di flessibilità nei rapporti costituzionali è fisiologica.

Non convincono, insomma, le tesi estreme e troppo nette. Non sa convincere, infatti, né chi mette eccessivamente in luce la forza delle ragioni che presiedono (meglio: dovrebbero presiedere) alla decretazione d’urgenza, comprimendo al massimo l’apporto del capo dello Stato, né chi, magari perché preoccupato proprio da alcune vicende recenti, esalta il ruolo del Presidente, facendone - alternativamente - un co-legislatore o il protagonista di un sindacato di costituzionalità anticipato. La chiave per inquadrare la figura del Presidente della Repubblica sta, una volta di più, nel primo comma dell’articolo 87 della Costituzione, che fissa le due qualifiche di rappresentante della Nazione e di capo dello Stato. Come ho cercato di argomentare altrove⁷⁸, nonostante quanto variamente sostenuto dalla dottrina dominante, né l’una né l’altra autorizzano a fare del Presidente il garante della Costituzione nel senso proprio di questa espressione. Non il garante “giuridico” (che possa anticipare la Corte costituzionale o addirittura sostituirsi ad essa); non il garante “politico” (che possa ergersi a reggitore della cosa pubblica negli stati di crisi). Egli, invece, è, né più né meno, ciò che gli dice d’essere il primo comma dell’articolo 87: è il soggetto che deve salvaguardare l’unità nazionale e trasmetterne il senso all’opinione pubblica; è lo strumento del corretto e puntuale funzionamento dei meccanismi istituzionali (in quanto “capo” estremo dei fili che compongono la matassa istituzionale).

⁷⁸ M. LUCIANI, *Introduzione*, cit., spec. 17 sgg.

Tutte le funzioni (decisorie, di controllo, di certazione, etc.) che la Costituzione assegna al capo dello Stato debbono essere lette, mi sembra, in questa chiave. E in questa chiave debbono essere vagliati i singoli atti presidenziali. Ebbene: il comportamento del Presidente della Repubblica nel caso E., in questa prospettiva, non solo non si espone a critica, ma è da considerare addirittura doveroso (e certo non ha oltrepassato i confini identificati dal primo comma dell’articolo 87 della Costituzione).

Il caso Englaro: un viaggio alle origini dello Stato di diritto e ritorno*

Tania Groppi

1. Un “grande caso costituzionale”

Alla fine anche l'Italia ha avuto il suo “grande” caso costituzionale: la tenacia di un cittadino, di un padre, unita alla capacità e all'impegno dei suoi avvocati, ci ha fatto dono, senza dubbio con un pesante prezzo personale, di uno di quei “leading cases” che, passo dopo passo, punteggiano la storia del diritto costituzionale e ne consentono l'avanzamento. Casi che chiamano gli studiosi a riflettere sull'essenza stessa del costituzionalismo, in tutte le sue sfaccettature: la garanzia dei diritti, la separazione dei poteri, il ruolo dell'opinione pubblica e dei mass media, il rapporto tra il diritto e la legge, tra il diritto e la morale.

Un “grande caso costituzionale” che deve essere colto appieno dalla comunità dei costituzionalisti, quale prezioso invito a fare il punto sullo stato della propria disciplina. Benvenuta quindi questa iniziativa di ASTRID, che proprio tale aspetto coglie, con tempestività.

2. Una vicenda “antica” nel rapporto tra diritti e potere

Una riflessione tanto più necessaria in quanto, al di là delle apparenze, mi pare di poter dire che siamo per molti versi di fronte ad una vicenda “antica” nel rapporto tra diritti e potere. Siamo cioè al cuore del costituzionalismo, dei suoi principi di base, affermatasi nel momento stesso della genesi dello Stato di diritto.

Tutti presi ad occuparci di “nuovi” diritti, “nuove” tecnologie, “nuove” problematiche della vita e della morte, rischiamo di non dare la dovuta importanza agli aspetti “antichi” del caso Englaro. Proprio da questi vorrei partire: il fatto che siano stati messi in discussione principi ritenuti ormai pacificamente acquisiti ha infatti dello stupefacente e non può essere passato sotto silenzio.

Intorno al “corpo conteso” di Eluana Englaro si è svolto un episodio della lotta secolare tra diritti individuali di libertà e invasività del potere politico.

Come è stato messo in evidenza dalle decisioni giudiziarie intervenute in materia, il diritto del quale si chiedeva il riconoscimento (e che tale riconoscimento ha infine trovato)¹ può essere ricondotto all'art.13 della

* Relazione al Seminario di ASTRID, *Il potere, le regole, i controlli: la Costituzione e la vicenda Englaro* - Roma, 5 marzo 2009.

¹ Che si tratti del riconoscimento di un diritto (di chiedere l'interruzione dell'alimentazione forzata di Eluana), e non della mera gestione di un interesse, al di là della forma procedimentale

Costituzione, ovvero al più classico e antico dei diritti della “prima generazione”, la libertà personale, nella quale “è postulata la sfera di esplicazione del potere della persona di disporre del proprio corpo”².

“Il diritto di rifiutare un trattamento indesiderato per il mantenimento in vita” (che di questo si tratta, sia pure limitatamente a soggetti in stato vegetativo permanente) configura una “libertà negativa”, che richiede un “non fare” dei poteri pubblici³, una astensione dall’interferire nella sfera privata dell’individuo, in quanto si collega alla possibilità di disporre di sé, del proprio corpo⁴ o, per usare le parole della Convenzione europea dei diritti dell’uomo, al “diritto alla vita privata” (art.8.1 CEDU)⁵.

prescelta, ovvero il procedimento in camera di consiglio ex art. 732 c.p.c., è affermato chiaramente da R. Caponi, A. Proto Pisani, *Il caso Englaro: brevi riflessioni dalla prospettiva del processo civile*, in corso di pubblicazione in *Foro italiano*, 2009, V, che escludono tra l’altro tassativamente trattarsi di un provvedimento di giurisdizione volontaria. Così anche il TAR Lombardia, sez. III, Milano, 22 gennaio 2009, n. 214. Il tema della volontaria giurisdizione è stato evocato da coloro che sostenevano non essersi formato un giudicato, per cui non ci sarebbe stata preclusione ad un intervento retroattivo del legislatore: al riguardo, oltre ad articoli di stampa, vari contributi (di A. Brunetti, A. Gambino, S. Rossi) sono comparsi su www.forumcostituzionale.it.

² Così la Corte di Cassazione, sez. I civile, sentenza 16 ottobre 2007 n. 21748, richiamando la Corte costituzionale, sentenza n. 471 del 1990. Non ignoriamo, naturalmente, il peso che nella argomentazione utilizzata dalla Corte di cassazione per affermare, in questa ed in preve pronunce, il principio del consenso informato, giocano l’art.2 e l’art.32, secondo comma, della Costituzione. Peraltro, anche del diritto alla salute viene messo in luce il versante “negativo”. Si dice infatti che questo, “come tutti i diritti di libertà, implica la tutela del suo risvolto negativo: il diritto di perdere la salute, di ammalarsi, di non curarsi, di vivere le fasi finali della propria esistenza secondo canoni di dignità umana propri dell’interessato, finanche di lasciarsi morire”: così ancora la sentenza del 16 ottobre 2007.

³ Anche se una qualche attività può comunque rivelarsi necessaria, quanto meno per la predisposizione dell’ambiente idoneo alla sospensione dei mezzi terapeutici: è questo il problema affrontato dal Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia, sez. III, Milano, 22 gennaio 2009, n. 214, secondo il quale “l’amministrazione sanitaria...dovrà indicare la struttura sanitaria dotata di requisiti strutturali, tecnologici ed organizzativi tali da renderla “confacente” agli interventi e alle prestazioni costituzionali di rifiutare le cure, onde evitare all’ammalata (ovvero al tutore e al curatore di lei) di indagare in prima persona quale struttura sanitaria sia meglio equipaggiata al riguardo”.

⁴ Si veda uno dei precedenti citati nella sentenza del 16 ottobre 2007: “La legittimità di per sé dell’attività medica – ribadisce Cass. pen., Sez. IV, 11 luglio 2001-3 ottobre 2001 – richiede per la sua validità e concreta liceità, in principio, la manifestazione del consenso del paziente, il quale costituisce un presupposto di liceità del trattamento medico-chirurgico. Il consenso afferisce alla libertà morale del soggetto ed alla sua autodeterminazione, nonché alla sua libertà fisica intesa come diritto al rispetto della propria integrità corporea, le quali sono tutte profili della libertà personale proclamata inviolabile dall’art. 13 Cost.”.

⁵ Ancora dalla sentenza del 16 ottobre 2007, laddove cita il caso *Pretty vs. Regno Unito*, 29 aprile 2002, della Corte europea dei diritti dell’uomo: “Coerentemente con tale impostazione, la stessa sentenza della Corte europea ha cura di sottolineare: che, in campo sanitario, il rifiuto di accettare un particolare trattamento potrebbe, inevitabilmente, condurre ad un esito fatale, e tuttavia l’imposizione di un trattamento medico senza il consenso di un paziente adulto e mentalmente consapevole interferirebbe con l’integrità fisica di una persona in maniera tale da poter coinvolgere i diritti protetti dall’art. 8.1 della Convenzione (diritto alla vita privata); e che una persona

Per tutelare questa sfera di libertà dell'individuo dalla "naturale" invasività dei titolari del potere (allora identificati con il monarca assoluto) agli albori dello Stato di diritto si fece ricorso, come insegniamo ai nostri studenti nei corsi del primo anno, ad un variegato armamentario, costituito dalla separazione dei poteri, dal principio di legalità, dalla riserva di legge, dalla riserva di giurisdizione, ai quali ultimi fa, tra l'altro, preciso riferimento lo stesso art.13 Cost.

2.1. Il circuito dell'indirizzo politico

Mi pare assai difficile negare, considerata la sequenza degli eventi, la tendenza "invasiva" del potere politico, che si è manifestata a partire dal momento in cui il diritto di Eluana ha trovato riconoscimento, ovvero dalla sentenza della Corte di cassazione del 16 ottobre 2007 e dal conseguente decreto della Corte d'appello di Milano del 25 giugno 2008.

A tali pronunce ha fatto seguito una incredibile serie di atti, connotata da una medesima finalità: impedire l'esercizio del diritto di autodeterminazione, coartare la volontà dell'individuo attraverso una imposizione eteronoma, estranea alla sua volontà e alla sua concezione di vita⁶.

Nell'ordine:

la deliberazione delle Camere (ovvero della maggioranza parlamentare) di promuovere conflitto di attribuzione di fronte alla Corte costituzionale avverso le due decisioni citate (Camera dei deputati 31 luglio 2008; Senato della Repubblica 1 agosto 2008);

l'atto del direttore generale della direzione generale della sanità della giunta regionale della Lombardia (regione dove Eluana Englaro era ricoverata), con il quale "si nega che il personale del servizio pubblico sanitario regionale possa procedere, all'interno delle sue strutture, alla sospensione del sostegno vitale" (3 settembre 2008);

l' "atto di indirizzo" del Ministro del lavoro, della salute e delle politiche sociali rivolto ai presidenti delle regioni, affinché le strutture sanitarie pubbliche e private assicurino in ogni caso alle persone in stato vegetativo l'alimentazione e l'idratazione (16 dicembre 2008);

potrebbe pretendere di esercitare la scelta di morire rifiutandosi di acconsentire ad un trattamento potenzialmente idoneo a prolungare la vita".

⁶ Non possiamo non citare ancora una volta la sentenza del 16 ottobre 2007: "Ma – accanto a chi ritiene che sia nel proprio miglior interesse essere tenuto in vita artificialmente il più a lungo possibile, anche privo di coscienza – c'è chi, legando indissolubilmente la propria dignità alla vita di esperienza e questa alla coscienza, ritiene che sia assolutamente contrario ai propri convincimenti sopravvivere indefinitamente in una condizione di vita priva della percezione del mondo esterno. Uno Stato, come il nostro, organizzato, per fondamentali scelte vergate nella Carta costituzionale, sul pluralismo dei valori, e che mette al centro del rapporto tra paziente e medico il principio di autodeterminazione e la libertà di scelta, non può che rispettare anche quest'ultima scelta".

il decreto-legge deliberato dal Consiglio dei ministri (6 febbraio 2009), con il quale si stabiliva l'impossibilità di sospendere l'alimentazione e l'idratazione per "i soggetti non in grado di provvedere a se stessi", la cui emanazione è stata rifiutata dal Capo dello Stato;

l'identico disegno di legge approvato poche ore dopo dal Consiglio dei ministri, immediatamente presentato al Senato con l'autorizzazione del Presidente della Repubblica (AS 1369), subito calendarizzato, esaminato dalla 12a Commissione permanente nella giornata del 9 febbraio e trasmesso all'Aula nel pomeriggio medesimo, la cui votazione, già programmata per la seduta notturna non si è svolta a causa del concomitante decesso di Eluana Englaro.

Come si vede da questo sintetico elenco, si tratta di atti volti ad impedire l'esecuzione della decisione dei giudici, ovvero, detto con altri termini, a disconoscere il diritto da essi riconosciuto nel caso di specie.

Affermare che i diritti di libertà si concretano in pretese di non ingerenza dei titolari del potere nella sfera privata dell'individuo non significa peraltro escludere qualsiasi ruolo dei soggetti pubblici nella garanzia dei diritti, anche delle libertà negative (lasciando da parte il diverso discorso di quelle "positive", che implicano un attivo fare).

Un ruolo che si dovrebbe esplicitare in primo luogo attraverso la riserva di legge: è questa lo strumento che il potere politico ha per modulare, ed eventualmente limitare, i diritti costituzionali, sia pure, ovviamente, nel rispetto della Costituzione rigida. La riserva di legge, come si ricorderà, esplica la sua valenza garantistica quanto meno sotto due punti di vista. Da un lato la legge, in quanto atto del parlamento, implica, per la sua approvazione, che pure avviene a maggioranza semplice, un dibattito pubblico, trasparente, che coinvolge anche le opposizioni. Dall'altro essa, intervenendo in via generale ed astratta, garantisce il principio di uguaglianza ed evita l'arbitrio.

L'inerzia del legislatore in materia di testamento biologico ha comportato una elusione di entrambi gli aspetti. In assenza di una legge si è assistito infatti esattamente all'opposto, cioè all'adozione di atti dell'esecutivo finalizzati ad incidere su un caso singolo. Con tutta la opacità e l'arbitrarietà insite in tale modo di procedere⁷.

2.2. Il circuito delle garanzie

A fronte di queste manifestazioni del circuito dell'indirizzo politico, stretto tra l'incapacità di decidere nella forma appropriata (ovvero soddisfacendo la

⁷ Includerei in tale considerazione anche il decreto-legge, benché come è noto la Corte costituzionale italiana, a differenza del Tribunale costituzionale spagnolo, ritenga gli atti del governo con forza di legge siano pienamente idonei a soddisfare le riserve di legge previste nella Costituzione.

riserva di legge) e la volontà di intervenire sul caso singolo (ovvero impedendo l'esecuzione di decisioni giudiziarie), mi pare di poter dire che il sistema delle garanzie predisposto dai Costituenti ha, nel complesso, tenuto, con i soli limiti di cui si dirà in conclusione, e ciò vale sia per le garanzie giurisdizionali dei diritti (fatto salvo il problema che pare insormontabile dei tempi della giustizia), che per quelle dei rapporti tra i poteri.

Quanto alle garanzie giurisdizionali dei diritti, come già messo in rilievo, il ruolo chiave lo ha svolto la Corte di cassazione con la sentenza del 16 ottobre 2007, rispetto alla quale passano in secondo piano sia il decreto della Corte d'appello, sia il successivo intervento delle Sezioni Unite della medesima Corte di cassazione⁸. Nello stesso solco si è mossa anche la decisione del TAR Lombardia, che in sede di tutela cautelare ha statuito la doverosità per l'amministrazione del servizio sanitario di assicurare il ricovero anche al paziente in stato vegetativo permanente il quale, su richiesta del proprio tutore, si sia visto riconoscere dal giudice il diritto a veder sospesi i trattamenti medici che lo tengono in vita: il rifiuto di ricovero ospedaliero dovuto al fatto che il malato ha preannunciato la propria intenzione di avvalersi del suo diritto all'interruzione di un trattamento è stato ritenuto illegittimo in quanto limita un diritto di libertà assoluto, quello di rifiutare le cure, "il cui dovere di rispetto si impone erga omnes, nei confronti di chiunque intrattenga con l'ammalato un rapporto di cura, non importa se operante all'interno di una struttura sanitaria pubblica o privata"⁹.

Anche gli strumenti previsti dall'ordinamento a garanzia dei corretti rapporti tra i poteri hanno svolto il loro compito, proteggendo un altro fondamentale caposaldo dello Stato di diritto, il principio della separazione dei poteri, in particolare in riferimento al rapporto tra potere politico e potere giudiziario.

Nell'ultimo scorcio del 2008 ci sono state due importanti reazioni del circuito delle garanzie ai tentativi, di cui si è riferito in precedenza, di vanificare le sentenze della Corte di cassazione e della Corte d'appello.

Ciò può essere detto, in primo luogo, della Corte costituzionale (ordinanza 334/2008), che ha sbarazzato il campo in maniera impeccabile, con ordinanza e in camera di consiglio, dal conflitto di attribuzione promosso dalle Camere, che lamentavano un'invasione della propria sfera legislativa da parte dei giudici. Anche in questo caso, senza scomodare le nuove frontiere dello Stato costituzionale, il problema sottoposto alla Corte può essere ricondotto all'essenza dello Stato di diritto: la distinzione tra la funzione di produzione normativa e

⁸ Si tratta della sentenza SSUU 13 novembre 2008, n. 27145, con la quale si dichiara inammissibile per difetto di legittimazione l'impugnazione presentata dal PM presso la Corte d'appello avverso il decreto della Corte medesima.

⁹ Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia, sez. III, Milano, 22 gennaio 2009, n. 214.

l'attività giurisdizionale, limitata al caso concreto, in un contesto tra l'altro nel quale, come la Corte ha fatto rilevare, "il Parlamento può in qualsiasi momento adottare una specifica normativa della materia, fondata su adeguati punti di equilibrio fra i fondamentali beni costituzionali coinvolti".

In secondo luogo, l'intervento del Presidente della Repubblica che, dopo un tentativo di "moral suasion"¹⁰, ha rifiutato di emanare il decreto-legge volto a rendere inoperanti le decisioni giudiziarie, approvato dal governo senza tenere in conto gli informali rilievi presidenziali. In questo caso il Capo dello Stato si è fatto garante dei corretti rapporti tra i poteri almeno in due sensi. Da un lato in quanto ha difeso la sfera del potere giudiziario da un intervento normativo finalizzato ad incidere sul giudicato, in violazione di un principio cardine dello Stato di diritto, ripetutamente affermato dalla Corte costituzionale¹¹. Dall'altro, in quanto ha verificato la insussistenza dei requisiti straordinari di necessità e di urgenza della decretazione di urgenza, si è eretto a garante della funzione legislativa del Parlamento nei confronti dell'esecutivo¹².

Il Presidente non ha ripetuto i rilievi in sede di autorizzazione alla presentazione alle Camere di un identico disegno di legge del governo, anche se ciò non è sufficiente ad escludere un eventuale rinvio in sede di promulgazione della legge, qualora il procedimento di approvazione fosse andato avanti¹³. Ipotesi che poi non si è verificata, come si è detto, per il decesso di Eluana Englaro nella sera del 9 febbraio, quando il disegno di legge stava per essere approvato dall'Aula del Senato e doveva ancora affrontare l'iter nella Camera dei deputati.

3. Una vicenda "nuova" nel rapporto tra diritti e potere

Fin qui i caratteri "antichi" del caso Englaro, che ci mostrano la necessità di riaffermare la validità degli istituti dello Stato di diritto e finanche dell'idea ad essi sottostante, ovvero che gli uomini debbano essere governati dalle leggi e non dall'arbitrio¹⁴.

¹⁰ In questo senso la lettera del Presidente della Repubblica al Presidente del Consiglio del 6 febbraio 2009.

¹¹ Ad esempio si veda la sentenza n. 374 del 2000, in base alla quale una norma che incide direttamente sul giudicato determina una "lesione dei principi relativi ai rapporti tra potere legislativo e potere giurisdizionale, nonché delle disposizioni relative alla tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi".

¹² Secondo quanto a suo tempo affermato dalla Corte costituzionale già nella fondamentale sentenza n. 360 del 1996 sulla reiterazione dei decreti-legge, che si era ritenuta alterare "i caratteri della stessa forma di governo e l'attribuzione della funzione legislativa ordinaria al Parlamento (art. 70 della Costituzione)", per arrivare alle recenti 171 del 2007 e 128 del 2008.

¹³ Così G. Azzariti, intervento in ASTRID Rassegna n. 86, 13 febbraio 2009.

¹⁴ Ci sia sufficiente citare qui il volumetto di R. Bin, *Lo Stato di diritto*, Bologna, Il mulino, 2004.

Ma mi pare altresì innegabile che, nel solco del tradizionale problema del rapporto tra diritti e potere si innestino anche elementi “nuovi”, riconducibili alle problematiche proprie dello “Stato costituzionale di diritto”.

3.1. *Un potere politico impazzito?*

Un primo elemento di “novità” lo troviamo se ci interroghiamo, come credo non possiamo esimerci dal fare, sulle ragioni che hanno mosso i soggetti titolari dell’indirizzo politico ad un comportamento che appare tanto evidentemente in contrasto con principi di civiltà giuridica ormai acquisiti.

Con la precisazione che il caso italiano non rappresenta l’unico esempio di intervento abnorme e scomposto di soggetti politici in conseguenza di decisioni giudiziarie sul fine vita. Sia pure con alcune differenze ci sono infatti molteplici elementi di somiglianza con ciò è accaduto anche nel noto caso statunitense di Terry Schiavo. In quella occasione, in assenza di una disciplina sul testamento biologico, prima il legislatore statale, poi quello federale, con il supporto del Presidente (della vicenda si ricorda soprattutto il volo di George W. Bush dal ranch texano a Washington per la promulgazione della legge federale, approvata ad horas), hanno cercato in ogni modo di vanificare gli effetti di decisioni giudiziarie che consentivano la sospensione dell’alimentazione e dell’idratazione in una paziente in stato vegetativo permanente e irreversibile, la cui volontà in tal senso, espressa prima di cadere nello stato di incoscienza, i giudici avevano ritenuto possibile ricostruire¹⁵.

Mi pare però che soltanto in parte le motivazioni che hanno spinto il potere politico ad una reazione così giuridicamente scomposta¹⁶ possano essere rinvenute nel solco di elementi riconducibili agli albori dello Stato di diritto, come la volontà di affermare comunque una supremazia nei confronti dell’individuo, la tendenza a rifuggire ai vincoli giuridici, in particolare il tentativo di svincolarsi, sempre e comunque, rispetto al giudiziario¹⁷.

Lo scontro tra la maggioranza politica (intendendo con tale espressione il continuum parlamento-governo) e il potere giudiziario è stato enfatizzato dal fatto

¹⁵ Anche in tale vicenda il punto di svolta è stato rappresentato dal principio della separazione dei poteri, chiaramente affermato nella sentenza con la quale la Corte suprema della Florida dichiarò incostituzionale la legge che autorizzava il governatore dello Stato a intervenire nel caso, ripristinando l’alimentazione e l’idratazione, già sospese in esecuzione di una previa decisione giudiziaria. *V. J. Bush, Governor of Florida, et al., Appellants, vs. M. Schiavo, Guardian of Theresa Schiavo, Appellee, Case Number: SC04-925, Florida Supreme Court, 23 settembre 2004.*

¹⁶ Di risposte “scomposte dal punto di vista delle regole formali” parla F. Lanchester, *Le istituzioni surriscaldate e i pericoli della disidratazione*, in www.federalismi.it.

¹⁷ Per non richiamare giustificazioni ancora più prosaiche e contingenti, come la volontà di compiacere le gerarchie cattoliche o comunque di intercettare il consenso dell’elettorato cattolico: aspetti questi tutti ben presenti anche nel caso Schiavo, come mostrano le vicende ricostruite dalla stampa statunitense (v. ad es. *Washington Post*, 20 marzo 2005).

che la cruciale sentenza della Corte di cassazione abbia riconosciuto un diritto in assenza di una legge previa: questo aspetto ha trovato il suo massimo punto di emersione nel conflitto di attribuzione promosso dalle Camere, ma non è estraneo ad altri interventi, come il “tentato” decreto-legge, che conteneva un espresso riferimento, poi riprodotto nel disegno di legge, alla “attesa dell’approvazione di una completa e organica disciplina legislativa in materia di fine vita”.

Ora, è ben vero che la discussione sui diritti pubblici soggettivi o sulla creatività dei giudici è risalente, al punto che nel dibattito odierno non si è mancato di evocare più volte l’istituto del *référé législatif*¹⁸.

Essa ha assunto però una portata del tutto nuova nello Stato costituzionale, nel quale è sempre più frequente assistere alla incapacità del legislatore di bilanciare equamente, *erga omnes*, gli interessi in gioco.

E’ nell’assenza della legge, o addirittura nella impossibilità di una legge, o comunque nella consapevolezza che anche la presenza di una legge non potrà affrontare i mille rivoli della realtà umana e i mille profili della scienza medica, che, sotto una vicenda per tanti versi “antica” si percepisce invece l’irrompere del nuovo, dello Stato costituzionale inteso come Stato pluralista, nel quale la legge è incapace di svolgere quel ruolo unificante che invece aveva nello Stato di diritto legislativo¹⁹.

La reazione di fronte alla creatività dei giudici, pertanto, lungi dal rappresentare una forma di “impazzimento” o un rigurgito di assolutismo, è il prodotto di un potere politico che agisce in nome dei principi dello Stato legislativo, prima di tutto della centralità della legge e della legittimazione basata sull’investitura popolare, un potere politico che non si rassegna a “vedere le proprie leggi trattate come ‘parti’ del diritto, non come ‘tutto’ il diritto”²⁰. Essa costituisce un tentativo, l’ennesimo²¹, di arginare l’avvento di una diversa

¹⁸ Si veda ad esempio il dibattito parlamentare sul promovimento del conflitto di attribuzione, in particolare gli interventi critici al Senato dei senatori Ceccanti e Pardi, relatori di minoranza, nella seduta del 29 luglio 2008.

¹⁹ Tale difficoltà è testimoniata anche dal dibattito sul testamento biologico successivo al caso Englaro: si veda per tutti A. Panebianco, *I confini della politica*, in *Corriere della sera*, 23 febbraio 2009, secondo il quale “la legge è uno strumento troppo grossolano, troppo rozzo: pretendendo di imporre uguale trattamento in casi diversissimi, essa crea, più o meno involontariamente, le condizioni per nuovi arbitri”. E ancora: “cheché ne pensino i feticisti della legge, ci sono molte più cose in cielo e in terra di quante non ne possano contenere i loro codici e i loro commi”.

²⁰ Così G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, 213, non a caso molto citato nei commenti sul caso Englaro. Si veda ad es. R. Romboli, *Il conflitto tra poteri dello Stato sulla vicenda Englaro: un caso di evidente inammissibilità*, in corso di pubblicazione in *Il Foro italiano*, 2009, I; oppure Stefano Rossi, *Il Parlamento, la Cassazione e il diritto di Eluana*, in www.forumcostituzionale.it, 3 settembre 2008.

²¹ Inserisce il caso Englaro nel quadro di un ormai annoso scontro tra politica e magistratura C. Salazar, *Riflessioni sul “caso Englaro”*, in www.forumcostituzionale.it, 13 febbraio 2009, richiamando tra l’altro la norma, inserita nel progetto di riforma Castelli ma poi abbandonata che

concezione, propria dello Stato costituzionale, nella quale il diritto non coincide con la legge, ma è il prodotto della coesistenza “mite” di legge, diritti e giustizia.

3.2. Il potere giudiziario come “garante della complessità strutturale dello Stato costituzionale”

La sentenza del 16 ottobre 2007 della Corte di cassazione ben si prestava ad offrire gli strali agli oppositori di una concezione “mite” del diritto.

La Suprema Corte ha interpretato appieno il ruolo richiesto al giudice nello Stato costituzionale, cogliendo tra l’altro significativi spunti in questa direzione presenti nella giurisprudenza costituzionale²². Ormai da molti anni la Corte costituzionale italiana sta svolgendo una operazione che ha cambiato la faccia del nostro sistema di giustizia costituzionale: un sistema accentrato in un giudice speciale, la Corte costituzionale, appunto, rispetto alla quale i giudici comuni si configurano essenzialmente come protagonisti della fase ascendente, introduttori necessari, “portieri”, per riprendere la celebre definizione di Calamandrei²³. Al contrario, la Corte costituzionale ha finito per riconoscere ai giudici comuni una importante posizione nella fase “discendente”, nella applicazione delle proprie decisioni e, più in generale, della Costituzione: essa ha chiamato i giudici a svolgere direttamente il controllo di costituzionalità delle leggi, con il solo limite della impossibilità di disapplicare direttamente (senza cioè prima ricorrere alla Corte costituzionale) la legge incostituzionale²⁴.

Nei primi decenni la Corte costituzionale ha utilizzato a tal fine soprattutto le sentenze interpretative. Ha poi fatto seguito il richiamo alla collaborazione dei giudici nel colmare lacune incostituzionali attraverso l’applicazione delle sentenze additive di principio. Ma una particolare enfattizzazione del ruolo dei giudici comuni come guardiani della costituzione è venuta soprattutto dalla necessità della “interpretazione conforme a costituzione”: essa è ormai divenuta, accanto alla rilevanza e alla non manifesta infondatezza, una terza verifica che il giudice deve compiere prima di sollevare la questione di costituzionalità, pena la sua inammissibilità. Al punto che si è parlato sempre più di frequente in dottrina della

inseriva tra gli illeciti disciplinari l’interpretazione di norma di diritto “palesamente e inequivocabilmente” rivolta contro “la lettera e la volontà della legge”, ovvero a “contenuto creativo”. La norma in concreto adottata, l’art. 2. c. 2, d. lgs. n. 109 del 2006, poi abrogato dalla legge 269 del 2006, stabiliva che non poteva dar luogo a responsabilità disciplinare «l’attività di interpretazione di norme di diritto in conformità all’articolo 12 delle disposizioni sulla legge in generale».

²² Tra i commenti al caso Englaro è soprattutto quello di Romboli, cit., che mette in luce tale profilo.

²³ Un modello accentrato a iniziativa diffusa, è stato detto.

²⁴ Ma non dimentichiamo che i giudici comuni già disapplicano le leggi, in Italia come negli altri paesi dell’Unione europea, per contrasto con il diritto comunitario.

tendenza alla diffusione del nostro sistema di giustizia costituzionale²⁵ ed è ormai quasi un mantra della giustizia costituzionale italiana l’affermazione secondo la quale “le leggi non si dichiarano incostituzionali perché è possibile darne una interpretazione incostituzionale, ma perché non è possibile darne una interpretazione costituzionale”²⁶.

La tendenza ad accrescere il ruolo dei giudici comuni, peraltro, nella giurisprudenza costituzionale degli ultimi anni, va ben oltre l’applicazione delle sentenze additive di principio o la necessità di interpretazione conforme a Costituzione. In una nota decisione in materia di fecondazione assistita la Corte ha chiamato i giudici comuni non tanto ad applicare un principio che essa abbia ricavato e “propinato” loro ma, direttamente, a decidere il caso sulla base dell’applicazione delle norme costituzionali: in assenza di regole poste dal legislatore, la Corte non ha dichiarato incostituzionale una lacuna colmandola (neppure con un principio), ma ha invitato il giudice a cercare esso stesso il principio nel sistema costituzionale. In quella occasione, a fronte della richiesta di disconoscimento della paternità di un padre che, a suo tempo, aveva prestato il proprio consenso alla inseminazione eterologa della moglie, la Corte ha negato la possibilità di applicare le norme sul disconoscimento della paternità per adulterio, ma ha rifiutato, al contrario di quello che il giudice a quo chiedeva, di emettere una sentenza additiva. Essa ha invitato il legislatore ad intervenire e, “nell’attuale situazione di carenza legislativa”, il giudice a ricercare nel complessivo sistema normativo l’interpretazione idonea ad assicurare un ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti²⁷.

La Corte di Cassazione, nella sentenza del 17 ottobre 2007, ha mostrato di conoscere molto bene questa lezione, anche attraverso il richiamo esplicito della sentenza n. 347 del 1998, e ha evitato di sollevare questione di costituzionalità, come pure le era stato richiesto in via subordinata dal ricorrente²⁸, provvedendo direttamente a ricostruire la “regola di giudizio nel quadro dei principi costituzionali”. A tal fine essa ha in primo luogo definito la situazione giuridica del soggetto “nel possesso delle sue capacità di intendere e di volere”, fondandosi sui propri precedenti, sulla giurisprudenza della CEDU e sul richiamo a una

²⁵ E. Malfatti, R. Romboli, E. Rossi, *Il giudizio sulle leggi e la sua diffusione. Atti del seminario di Pisa svoltosi il 25-26 maggio 2001 in ricordo di Giustino D’Orazio*, Giappichelli, Torino, 2002.

²⁶ Così la sentenza 356/1996 e innumerevoli altre successive.

²⁷ Così la sent. n. 347/1998.

²⁸ Si chiedeva che, in subordine rispetto alla affermazione, come principio di diritto, del “divieto di accanimento terapeutico, e cioè che nessuno debba subire trattamenti invasivi della propria persona, ancorché finalizzati al prolungamento artificiale della vita, senza che ne sia concretamente ed effettivamente verificata l’utilità ed il beneficio”, fosse sollevata questione di costituzionalità degli artt. 357 cod. civ. e 732 cod. proc. civ., per violazione degli artt. 2, 13 e 32 Cost.

decisione della Corte suprema USA, per passare poi alla più complessa questione del “soggetto adulto che non è in grado di manifestare la propria volontà a causa del suo stato di totale incapacità e non abbia, prima di cadere in tale condizione, allorché era nel pieno possesso delle sue facoltà mentali, specificamente indicato, attraverso dichiarazioni di volontà anticipate, quali terapie egli avrebbe desiderato ricevere e quali invece avrebbe inteso rifiutare nel caso in cui fosse venuto a trovarsi in uno stato di incoscienza”. In tale ricostruzione essa si è appoggiata sul diritto internazionale (la Convenzione di Oviedo) e su precedenti statunitensi, tedeschi, inglesi, per richiamare infine il pluralismo dei valori insito nella nostra Carta costituzionale.

Una tecnica argomentativa che, oltre a rispondere appieno alla concezione del ruolo del giudice nello Stato costituzionale fatta propria, come si è detto, dalla Corte costituzionale medesima, si colloca entro un preciso quadro di riferimento anche a livello comparato. A fronte di problemi etici sui quali è difficile trovare un bilanciamento erga omnes in via legislativa, esiste una tendenza delle Corti a creare un dialogo transnazionale, sia verticale, con le corti sovranazionali, che orizzontale, con altre Corti costituzionali.

La Corte di cassazione ha mostrato piena consapevolezza, anche nell’uso delle tecniche interpretative, di stare svolgendo il ruolo di giudice costituzionale del caso concreto. Quel ruolo che, invece, soltanto pochi anni fa, in un caso per qualche verso più semplice, visto con gli occhi di oggi²⁹, quello di Piergiorgio Welby, aveva invece rifiutato di svolgere il Tribunale di Roma³⁰, il quale, mosso da una diversa concezione del rapporto tra il diritto e la legge³¹, aveva

²⁹ Più semplice nel senso che si trattava di persona pienamente capace di intendere e di volere, il che evitava di dover affrontare la complessa questione del ruolo del tutore e della ricostruzione della volontà pregressa. Più complicato, a mio avviso peraltro soltanto apparentemente, era il fatto che si dovesse in tal caso “staccare la spina” e non soltanto il sondino naso gastrico. Si veda, per i profili di somiglianza tra i due casi, l’illuminante intervento di C. Casonato, *Fine vita: il diritto che c’è*, in www.forumcostituzionale.it, 19 dicembre 2008.

³⁰ Tribunale di Roma, Sezione Prima Civile, Ordinanza 15-16 dicembre 2006 (Giudice Istruttore: Salvio).

³¹ ³¹ Dà questa lettura della decisione G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, Il mulino, 2008, 220. Ecco alcuni passaggi della motivazione: “Siccome un diritto può dirsi effettivo e tutelato solo se l’ordinamento positivamente per esso prevedeva la possibilità di realizzabilità coattiva della pretesa, in caso di mancato spontaneo adempito alla richiesta del titolare che intenda esercitarlo, va osservato che, nel caso in esame, il diritto del ricorrente di richiedere la interruzione della respirazione assistita e distacco del respiratore artificiale, previa somministrazione della sedazione terminale, deve ritenersi sussistente alla stregua delle osservazioni di cui sopra, ma trattasi di un diritto non concretamente tutelato dall’ordinamento; infatti, non può parlarsi di tutela se poi quanto richiesto al ricorrente deve essere sempre rimesso alla totale discrezionalità di qualsiasi medico al quale la richiesta venga fatta, alla sua coscienza individuale, alle sue interpretazioni soggettive dei fatti e delle situazioni, alle proprie concezioni etiche, religiose e professionali...In altri termini, in assenza della previsione normativa degli elementi concreti, di natura fattuale e scientifica, di una delimitazione giuridica di ciò che va considerato accanimento

espressamente affermato di essere di fronte a concetti “sì di altissimo contenuto morale e di civiltà e di intensa forza evocativa (primo fra tutti la dignità della persona), ma che sono indeterminati e appartengono ad un campo non ancora regolato dal diritto e non suscettibile di essere riempito dall'intervento del giudice, nemmeno utilizzando i criteri interpretativi che consentono il ricorso all'analogia o ai principi generali dell'ordinamento”³².

4. Qualche considerazione conclusiva sullo stato del “sistema delle garanzie” nell’ordinamento italiano alla luce del caso Englaro

Nel momento in cui è stato sottoposto a pressioni fortissime, mi pare che si possa essere soddisfatti della complessiva tenuta dell’assetto istituzionale. Le garanzie dello Stato di diritto, messo in discussione da un rinascendo assolutismo, hanno risposto adeguatamente, così come hanno fatto quelle dello Stato costituzionale, sfidato in nome della riproposizione dello Stato legislativo.

Tutto bene, dunque? Diritti, vecchi e nuovi, adeguatamente protetti nel nostro ordinamento? Rapporti tra i poteri corretti, chiari o, comunque, garantiti?

L’esito finale, che ha visto realizzata l’interruzione dell’alimentazione forzata di Eluana Englaro (ovvero esercitato il diritto di cui si era chiesto il riconoscimento), porterebbe a dire di sì. Ma un prezzo molto alto è stato pagato, in termini di legittimazione, da parte di alcuni soggetti dell’ordinamento che hanno accettato di svolgere una funzione di supplenza.

Da un lato l’inerzia del legislatore ha chiamato i giudici, prima la Corte di Cassazione, poi la Corte d’appello di Milano, a decisioni che, se hanno evitato la denegata giustizia, hanno comunque determinato fortissime tensioni non solo circa il merito dei provvedimenti, ma riguardo al ruolo stesso del potere giudiziario, come testimonia il conflitto tra poteri promosso dalle Camere. Basti

terapeutico, va esclusa la sussistenza di una forma di tutela tipica dell'azione da far valere nel giudizio di merito, e di conseguenza, ciò comporta la inammissibilità dell'azione cautelare, attesa la sua finalità strumentale e anticipatoria degli effetti del futuro giudizio di merito. Solo la determinazione politica e legislativa, facendosi carico di interpretare la accresciuta sensibilità sociale e culturale verso le problematiche relative alla cura dei malati terminali, di dare risposte alla solitudine ed alla disperazione dei malati di fronte alle richieste disattese, ai disagi degli operatori sanitari ed alle istanze di fare chiarezza nel definire concetti e comportamenti, può colmare il vuoto di disciplina, anche sulla base di solidi e condivisi presupposti scientifici che consentano di prevenire abusi e discriminazioni (allo stesso modo in cui intervenne il legislatore per definire la morte cerebrale nel 1993)”.

³² Peraltro, successivamente il Gup di Roma con ordinanza del 23 luglio 2007 ha prosciolto l’anestesista che aveva provveduto al distacco della spina, in quanto “l'imputato ha agito alla presenza di un dovere giuridico ed esercitando un diritto soggettivo, riconoscitogli in ottemperanza al divieto di trattamenti sanitari coatti, sancito dalla Costituzione». Ovvero dall'articolo 32 della legge fondamentale, secondo cui «nessuno può essere obbligato a un trattamento sanitario se non per disposizione di legge», che comunque non può violare «i limiti imposti dal rispetto della persona umana».

pensare che è dovuto scendere in campo persino il Primo Presidente della Cassazione per difendere l'operato della I sezione, affermando in un apposito comunicato stampa che "La Corte di cassazione non ha in alcun modo travalicato il proprio specifico compito istituzionale di rispondere alla domanda di giustizia del cittadino, assicurando la corretta interpretazione della legge, nel cui quadro si collocano in modo primario i principi costituzionali e la convenzione di Oviedo"³³. O che in sede di inaugurazione dell'anno giudiziario 2009 il Presidente della Corte d'appello di Milano ha ritenuto necessario ritornare sul caso Englaro, per ribadire di non aver invaso il "territorio altrui"³⁴.

Dall'altro lato, il Presidente della Repubblica è stato investito di un compito gravoso e difficile, specie per un organo monocratico, nel momento in cui ha dovuto controllare la costituzionalità del decreto-legge predisposto dal governo, del quale ha poi rifiutato l'emanazione. E' quasi superfluo richiamare le polemiche che ne sono seguite in sede politica, ma anche i dubbi e le perplessità avanzate da una parte della dottrina³⁵. Di fronte ad un atto capace di produrre immediatamente i suoi effetti, il Capo dello Stato si è trovato a svolgere la funzione di "ultima risorsa", non solo quanto alla invasione della sfera dei poteri legislativo e giudiziario da parte dell'esecutivo³⁶, ma soprattutto in ordine ai diritti soggettivi coinvolti: se sotto il primo punto di vista è pur sempre possibile il promovimento di un conflitto tra poteri, nessun rimedio tempestivo esiste invece per il soggetto privato che si trovi leso, anche irrimediabilmente, da un provvedimento di questo tipo. Non resta, nel nostro ordinamento, che attendere un atto applicativo, per poi intraprendere l'angusta e tortuosa strada del ricorso incidentale.

Come evitare simili torsioni che, se hanno assicurato la garanzia del diritto soggettivo, hanno però indebolito le istituzioni coinvolte?

E' innegabile che una risposta debba venire in primo luogo dalla politica. Il Parlamento, invece di promuovere conflitti "suicidi", deve tornare a svolgere un

³³ Così la nota del primo presidente, Carbone, dal titolo "La Corte di cassazione precisa sul caso Englaro", del 18 luglio 2008, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

³⁴ Così la relazione del Presidente Grechi come riportata dalle note di agenzia il 31 gennaio 2009. Secondo il Presidente, "Qui dobbiamo solo ribadire che in uno Stato di diritto il giudice non può rifiutare una risposta, per quanto nuova o difficile sia la domanda di giustizia che gli viene rivolta e che, per altro verso, nel cercare la risposta, deve mantenere un atteggiamento di genuina umiltà ed un costante ancoraggio ai principi della Costituzione".

³⁵ L'intero complesso della vicenda, comprese le esternazioni del Presidente del Consiglio e gli articoli comparsi sulla stampa è ricostruito puntualmente in A. Spadaro, *Può il Presidente della Repubblica rifiutarsi di emanare un decreto-legge? Le "ragioni" di Napolitano*, in www.forumcostituzionale.it, 10 febbraio 2009.

³⁶ Questo è l'aspetto più di frequente messo in luce da chi si è occupato del diniego presidenziale, anche per riconoscere al Presidente un più penetrante controllo sul decreto-legge, rispetto ad esempio a quello che compie in sede di promulgazione delle leggi: così V. Onida, in *ASTRID Rassegna* n. 86, 13 febbraio 2009.

ruolo di mediazione tra i principi costituzionali ed i diritti, perché nessuno è padrone del diritto nello Stato costituzionale: e se non lo è più il legislatore non lo sono e non lo debbono essere neppure i giudici³⁷.

Ma il Parlamento non è il solo latitante nel caso Englaro. Colpisce ancor più che, in quello che ho definito all'inizio come un "grande caso costituzionale" italiano, sia assente l'istituzione che del diritto costituzionale è l'interprete privilegiato, al punto da essere definita "viva vox constitutionis", ovvero la Corte costituzionale. Essa è intervenuta soltanto marginalmente, attraverso il conflitto di attribuzione, a definire i rapporti tra i poteri, ma è rimasta invece del tutto estranea al riconoscimento del diritto soggettivo.

Ecco, io credo che le tensioni che si sono scaricate sui giudici comuni e sul Presidente della Repubblica abbiano molto a che fare con l'assenza dalla scena della Corte costituzionale e che soltanto attraverso un suo rinnovato coinvolgimento nella garanzia dei diritti possiamo ripristinare un circuito delle garanzie più funzionale alle esigenze dello Stato costituzionale e in grado di fronteggiare al meglio gli attacchi che ancora provengono dai sostenitori dello Stato legislativo.

Quella attuale è pertanto la giusta occasione per riaprire una riflessione sul nostro sistema di giustizia costituzionale, chiusa da troppo tempo³⁸, nella comprensibile diffidenza per qualsiasi ipotesi di revisione costituzionale³⁹, ma a mio avviso non ulteriormente procrastinabile. Le strettoie delle vie di accesso, delle quali lungamente ha discettato la dottrina, oltre a rischiare di inaridire la

³⁷ Si è addirittura fatto riferimento alla necessità, prima ancora che di una legge, di una legge costituzionale: A. Ruggeri, *Il caso Englaro e il controllo contestato*, in ASTRID Rassegna n. 86, 13 febbraio 2009.

³⁸ Peraltro il tema, benché trattato con cautela, non è mai stato "abbandonato" dalla dottrina: si vedano almeno, negli ultimi anni, A. Anzon, P. Caretti, S. Grassi (cur.), *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2000; R. Romboli (cur.), *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, ESI, Napoli, 2006. In quest'ultimo volume si segnala soprattutto l'introduzione di A. Pizzorusso, XVIII, che esplicitamente pone il problema della necessità di riesaminare le valutazioni che erano state compiute in passato, contrarie al ricorso diretto.

³⁹ Si ricorda che entrambe le innovazioni presenti nel progetto bocciato con referendum costituzionale nel 2006 (modifica della composizione della Corte e ricorso diretto dei comuni) erano alquanto discutibili e che reazioni negative, in primis all'interno della Corte medesima, avevano prodotto anche le proposte della Commissione bicamerale D'Alema: si veda al riguardo la Conferenza stampa del presidente Granata, 11 febbraio 1998, nella quale il presidente rilevò che "Attraverso il ricorso individuale si apre la strada alla legittimazione di milioni di cittadini che ritengano di dover invocare nei confronti dei pubblici poteri - locuzione idonea a ricomprendere qualsiasi atto e comportamento di qualunque di tali poteri - la tutela di diritti fondamentali, il cui catalogo è già molto ampio e tuttora in fase di espansione. In Germania, dove esiste una lunga esperienza applicativa, il ricorso individuale è oggetto di profonda rimediazione".

Corte costituzionale⁴⁰, finiscono per scaricare sulla magistratura e sul Presidente della Repubblica una serie di tensioni eccessive, specie a fronte della evoluzione della forma di governo verso un “bipolarismo conflittuale”⁴¹.

D'altra parte, il potenziamento del sistema delle garanzie, necessario contrappeso di una simile mutazione, impone già di per sé di tornare ad occuparsi di giustizia costituzionale⁴². Il caso Englaro fornisce vari spunti di riflessione al riguardo.

In primo luogo, è il processo civile la sede idonea per affrontare problemi di questo tipo? Il procedimento in camera di consiglio ex art.732 c.p.c. ha mostrato vari limiti: la lunghezza dei tempi (non dimentichiamo che la prima domanda del padre di Eluana al Tribunale di Lecco risale al 1999); l'assenza di contraddittorio; l'incerta natura del decisum, sia quanto alla sua qualifica di giudicato, sia alla sua esecuzione.

In secondo luogo, riteniamo sufficienti i rimedi esistenti nei confronti delle leggi (e, ancor più, dei decreti-legge) provvedimento, che incidono in modo diretto sulla sfera giuridica di soggetti individuati ed individuabili?

Infine, non è forse il momento di ripensare anche alle garanzie del diritto parlamentare, ovvero rimettere in discussione quella zona franca assoluta che sono le Camere e, nella specie, il procedimento legislativo? La morte di Eluana ci ha evitato di assistere ad un ennesimo stravolgimento dei regolamenti parlamentari, ma non si può ignorare il problema, prospettato dal procedimento legislativo “ad horas” richiesto dal governo ed avallato dai Presidenti di Camera e Senato.

Quest'ultimo aspetto può probabilmente trovare una prima soluzione in sede giurisprudenziale, attraverso un overruling da parte della Corte delle proprie pronunce sugli interna corporis acta, che appaiono ormai isolate nel panorama comparato e del tutto disarmoniche rispetto alla attuale forma di governo,

⁴⁰ Ridotta ormai sempre più ad un giudice dei rapporti tra poteri e tra lo Stato e le regioni, e sempre meno giudice dei diritti: rinvio a T. Groppi, *The Constitutional Court of Italy: Towards a Multilevel System of Constitutional Review?*, in *Journal of Comparative Law*, 2008 3:2, 100-118.

⁴¹ Così V. Lippolis, *Gli equilibri Colle-governo*, in www.federalismi.it, 17 febbraio 2009, il quale rileva che “Con l' affermarsi di un bipolarismo conflittuale nel quale gli opposti schieramenti contestano finanche l' aderenza ai valori costituzionali e la stessa democraticità della parte avversa, il Presidente è divenuto l' istanza di riferimento della opposizione di turno contro vere o presunte violazioni di principi costituzionali ad opera della maggioranza, la garanzia più immediata contro l' asserita tirannia incostituzionale) della maggioranza e come tale chiamato in causa”. Alla conflittualità dell'attuale “governo maggioritario” si riferisce anche U. Allegretti, in *ASTRID Rassegna* n. 86, 13 febbraio 2009.

⁴² Così A. Pizzorusso, ult. cit., XIX, che collega all'attacco alla Costituzione realizzatosi nell'ultimo decennio l'esigenza di introdurre un ricorso diretto per affrontare le zone prive di tutela della Corte.

rinvandosi ad un momento successivo il tema alquanto controverso del ricorso delle minoranze parlamentari alla Corte costituzionale.

I primi due punti, invece, richiedono una risposta diversa.

Mi pare che, senza snaturare il nostro sistema di giustizia costituzionale, ormai consolidato attraverso più di cinquant'anni di giurisprudenza, basato sul giudizio incidentale e sulla collaborazione tra Corte e giudici⁴³, non possa essere scartata a priori l'introduzione di nuove vie di accesso alla Corte costituzionale, in particolare di una forma di ricorso diretto a tutela dei diritti fondamentali, sia pure circondato di particolari cautele per far fronte alle ormai note obiezioni legate sia al carico di lavoro della Corte che alla possibile conflittualità con il potere giudiziario⁴⁴.

Tale ricorso dovrebbe innanzitutto poter essere rivolto nei confronti delle leggi (o decreti-legge) ad hoc, rispetto ai quali il giudizio incidentale si rivela tardivo e ineffettivo: un simile rimedio, avente ad oggetto atti legislativi, non avrebbe una incidenza significativa sull'attività e sulla natura del giudice delle leggi.

Mi pare però che sia il tempo di riflettere anche sulla necessità di un rimedio di questo tipo nei confronti di atti amministrativi e giurisdizionali, per almeno due ordini di ragioni: dal punto di vista dei diritti, si tratta di configurare un ricorso che, in presenza di determinate condizioni, possa assicurare una tutela più rapida, effettiva ed eguale; dal punto di vista dei poteri, si tratta non tanto di "spodestare" i giudici comuni, ma di reinserire anche la Corte costituzionale, con tutto il suo carico di sensibilità politica, nel discorso sui diritti⁴⁵.

⁴³ Per una compiuta ricostruzione del ruolo della Corte in cinquanta anni di attività vedi R. Romboli, *La natura della Corte costituzionale alla luce della sua giurisprudenza più recente*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 19 settembre 2007.

⁴⁴ Al riguardo, Romboli, nella relazione citata in ultimo, sosteneva che "Una generica ed ampia previsione di ricorso diretto dei singoli per la tutela dei diritti fondamentali non potrebbe non apparire di per sé come una valutazione non del tutto positiva delle garanzie finora offerte dai giudici e lo strumento sarebbe, con ogni probabilità, utilizzato principalmente nei confronti delle decisioni degli stessi, tanto che potrebbe dirsi che, mentre il giudizio incidentale è in mano ai giudici, il ricorso diretto è "contro" i giudici", ipotizzando invece "la introduzione di un procedimento speciale, sul tipo dell'*amparo* giudiziario spagnolo, per la tutela dei diritti costituzionali, vale a dire un procedimento più rapido ed agile con cui far valere la violazione degli stessi davanti al giudice comune, al quale potrebbe essere riconosciuto il potere di concedere una tutela cautelare immediata, ad evitare il verificarsi di danni irreparabili. Nell'ambito dell'apposito giudizio il giudice, ricorrendone i presupposti, avrebbe la possibilità di investire la Corte costituzionale della questione di costituzionalità della legge o dell'atto avente forza di legge ritenuto in possibile contrasto con il diritto costituzionale invocato".

⁴⁵ Il giudizio dato dalla dottrina sul ruolo svolto dalla Corte costituzionale nella garanzia dei diritti non né univoco: si veda ad es. L. Paladin, *La tutela dei diritti fondamentali offerta dalle Corti costituzionali europee: spunti comparatistica*, in L. Carlassare, a cura di, *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali*, Cedam, Padova 1988, 11 ss. secondo il quale i profili attinenti alla garanzia delle libertà sarebbero marginali nel complesso della giurisprudenza

Naturalmente, la premessa di un simile risposta è che le ragioni che portarono i nostri costituenti ad optare per un sistema accentrato di giustizia costituzionale e a rifiutare il *judicial review of legislation*⁴⁶ siano ritenute ancora attuali e condivisibili.

Sul piano giuridico, va ricordata la inesistenza, nei sistemi europei di civil law, nei quali vale la libertà interpretativa dei giudici sancita dalla loro esclusiva soggezione alla legge, di un principio paragonabile allo *stare decisis*, alla regola del precedente vincolante, che nei sistemi di common law, come quello statunitense, fa sì che ove l'incostituzionalità di una legge sia dichiarata dalla Corte suprema l'efficacia della pronuncia sia praticamente operante erga omnes, poiché tutti i giudici si debbono conformare ad essa. In assenza dello *stare decisis*, elevato è il rischio che intorno a questioni cruciali come quelle della applicazione o disapplicazione di una legge venga a determinarsi una giurisprudenza discorde, con rilevanti conseguenze sui principi della certezza del diritto e dell'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge.

Sul piano politico-istituzionale è determinante la diversa concezione esistente in Europa del principio della separazione dei poteri e, soprattutto, del ruolo del potere giudiziario, maturata nella lotta contro l'assolutismo regio. Se negli Stati Uniti il giudice assumeva il ruolo del liberatore di fronte alla oppressione del parlamento inglese, viceversa il giudice europeo era visto come un funzionario del re, e un suo ausiliario in tale oppressione, mentre il parlamento appariva come il vero difensore dei diritti di libertà, in quanto espressione della sovranità nazionale. La diffidenza nei confronti del potere giudiziario, ereditata dalla rivoluzione francese (basti pensare all'istituto del *référé législatif*, in virtù del quale si affidava al potere legislativo il compito ultimo di interpretare un testo di legge oscuro) e dura a morire soprattutto in Francia, ben sintetizzata dal titolo del libro di Lambert sul «*gouvernement des juges*»⁴⁷, è forte altresì negli

costituzionale, mentre valorizzano il ruolo di giudice dei diritti della Corte E. Cheli, *Intervento conclusivo*, in L. Carlassare, *Il diritto costituzionale a duecento anni dalla prima cattedra in Europa*, Cedam, Padova, 1998, , 211; V. Onida, *La Corte e i diritti*, ivi, 179, P. Carrozza, R. Romboli, E. Rossi, *I limiti all'accesso al giudizio sulle leggi e le prospettive per il loro superamento*, in R. Romboli, a cura di, *L'accesso alla giustizia costituzionale*, cit., 768.

⁴⁶ Rifiuto che è esplicito in quelle disposizioni costituzionali, come l'art.89 della Costituzione austriaca del 1920, che vietano ai giudici di disapplicare le leggi. Anzi, proprio per impedire tale soluzione, che, secondo la scuola di Vienna, non necessita alcuna proclamazione costituzionale, essendo la logica e necessaria conseguenza della gerarchia normativa, si creano giudici speciali per il controllo di costituzionalità: v. così P. Cruz Villalón, *Dos modos de regulación del control de constitucionalidad: Checoslovaquia (1920-1938) y España (19931-1936)*, in *Rev. esp. der. const.*, 1982, p. 117.

⁴⁷ V. E.Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis; l'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Giard, Paris, 1921, trad. it. *Il governo dei giudici e la lotta contro la legislazione sociale negli Stati Uniti*, a cura

ordinamenti che introducono la giustizia costituzionale a seguito di un processo di democratizzazione, nei quali spesso la magistratura ordinaria, in ossequio al principio di continuità, resta composta da giudici formati e selezionati nel precedente ordinamento non democratico. D'altra parte, anche laddove tale diffidenza non è stata tanto forte da escludere in radice il controllo diffuso, come è avvenuto nei paesi scandinavi, l'esperienza pratica ha mostrato la timidezza del potere giudiziario e la sua ritrosia allo svolgimento del sindacato di costituzionalità, al punto che questa competenza è stata utilizzata, al di là delle prime sentenze che in ogni ordinamento ne hanno riconosciuto l'esistenza, con grande parsimonia⁴⁸.

Sia pure in forme diverse, mi pare che tali esigenze non siano del tutto superate: la parcellizzazione di una giustizia costituzionale inter partes da un lato mette in dubbio il principio di uguaglianza, rendendo difficile assicurare la garanzia "oggettiva" della Costituzione, dall'altro finisce per scaricare sui giudici comuni i problemi di legittimazione, delegando loro scelte altamente politiche⁴⁹.

Credo che la Corte costituzionale con la sua visibilità, la sua storia, le sue radici, le sue guarentigie da "organo costituzionale", sia ancor oggi più idonea di qualsiasi altro giudice per fronteggiare l'"obiezione democratica" e per garantire al meglio i diritti fondamentali: si tratta di individuare vie d'accesso che possano consentire una collaborazione proficua tra tutti i garanti dei diritti, in ossequio all'essenza dello Stato costituzionale, nel quale "il diritto non è oggetto in proprietà di uno ma deve essere oggetto delle cure di tanti"⁵⁰.

di R. D'Orazio, Milano, Giuffrè, 1996. Sul ruolo svolto da quest'opera nell'accrescere la diffidenza verso il *judicial review* v. L. Favoreu, *Les Cours constitutionnelles*, cit., p. 7.

⁴⁸ Sulla incapacità dei giudici comuni a esercitare la giustizia costituzionale, collegata alla "tradizionale debolezza e timidezza del giudice di stampo continentale", in quanto magistrato di carriera, sprovvisto di investitura democratica, a differenza del giudice statunitense, v. M. Cappelletti, in L. Favoreu (a cura di), *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Economica-PUAM, Paris-Aix-en-Provence, 1982, p. 463.

⁴⁹ *Amplius*, v. T. Groppi, *Verso una giustizia costituzionale 'mite'? Recenti tendenze dei rapporti tra Corte costituzionale e giudici comuni nell'esperienza italiana*, in *Politica del diritto*, 2002, p.217 ss.

⁵⁰ G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit., 213.

In margine ai profili costituzionali degli ultimi sviluppi del caso *Englaro*: limiti della legge e “progetto di vita”*

Federico Gustavo Pizzetti

1. *Premessa*

Il decreto-legge varato dal Consiglio dei Ministri il 6/2/2009¹ in relazione al “caso *Englaro*” può essere analizzato (perlomeno) da tre punti di vista diversi.

Il primo riguarda la sussistenza dei presupposti di straordinaria necessità ed urgenza, previsti dall’articolo 77 della Costituzione per l’adozione dei provvedimenti provvisori con forza di legge, rispetto alle specifiche circostanze di fatto e di diritto alla presenza delle quali il Governo ha ritenuto di dover intervenire sotto la sua responsabilità.

Il secondo attiene alla compatibilità della disciplina contenuta nel decreto-legge con il riconoscimento e la garanzia costituzionale di diritti inviolabili della persona umana, alla luce di principi fondamentali e costituenti l’ordinamento repubblicano nella sua stessa, profonda, radice assiologica.

Il terzo si riferisce, più in generale, alla natura della funzione di garanzia istituzionale che la Costituzione assegna al Capo dello Stato in materia di decretazione d’urgenza, e ai rapporti che nella stessa materia si possono sviluppare con il Governo della Repubblica a maggior ragione ora, in una fase caratterizzata da una costante e indubbia evoluzione della forma di governo verso un significativo rafforzamento del “ruolo” dell’Esecutivo, in generale, e del “*premier*”, in particolare².

* Relazione al Seminario di ASTRID, *Il potere, le regole, i controlli: la Costituzione e la vicenda Englaro* - Roma, 5 marzo 2009.

¹ Essendo stato approvato dal Consiglio dei Ministri, ma non emanato dal Presidente della Repubblica, il decreto-legge risulta privo di numerazione.

² Su questo v., con riferimento specifico al caso, Vincenzo Lippolis, *Gli equilibri Colle-Governo*, in *il Mattino*, 17/2/2009; Silvio Gambino, *Eluana, Berlusconi e Napolitano*, in *Calabria Ora*, 7/2/2009; Stefano Rodotà, *Giornata nera per la Repubblica*, in *la Repubblica*, 7/2/2009 e, successivamente, dello stesso A., *Lo tsunami costituzionale*, in *la Repubblica*, 9/2/2009; Sergio Stammati, *Breve nota sui problemi costituzionali suscitati dal caso Englaro*, in *ASTRID Rassegna*, n. 87, 25 febbraio 2009; Umberto Allegretti, *Un rifiuto presidenziale ben fondato*, in *Astrid Rassegna*, n. 87, 25 febbraio 2009; Valerio Onida, *Il controllo del Presidente della Repubblica sulla costituzionalità dei decreti-legge*, in *ASTRID Rassegna*, n. 86, 13 febbraio 2009; Francesco Paolo Casavola, interv., *Casavola: è un dovere cercare sempre più ragionevoli equilibri*, in *il Messaggero*, 9/2/2009; Andrea Manzella, *L’arrembaggio alla Costituzione*, in *la Repubblica*, 9/2/2009.

In questo contributo, saranno affrontati solamente i primi due aspetti - dei quali si cercherà, peraltro, di mettere in luce lo stretto collegamento che li caratterizza - in quanto ritenuti più direttamente incidenti non soltanto sui problemi costituzionali ed ordinamentali posti dalla “*vicenda Englaro*” nel suo complesso considerata, ma altresì sul dibattito parlamentare tuttora in corso nel Senato della Repubblica rivolto all’adozione di una disciplina organica sul “*fine-vita*”.

2. *La sussistenza dei requisiti di necessità e urgenza del decreto-legge adottato dal Governo in relazione al “caso Englaro” e i limiti del giudicato*

Dall’articolazione della stessa lettera inviata al Presidente del Consiglio dei Ministri prima del varo del decreto-legge del 6/2/2009, le ragioni che hanno spinto il Capo dello Stato a rifiutare l’emanazione del provvedimento d’urgenza riguardano, in primo luogo, l’insussistenza dei requisiti di straordinaria necessità ed urgenza *ex art. 77 Cost.*³.

Innanzitutto, il Presidente rileva che, in generale, i temi della disciplina della fine della vita, del testamento biologico e dei trattamenti di alimentazione artificiale, sui quali il Governo si stava accingendo a intervenire in via provvisoria, non potevano essere considerati “straordinari” nel senso di non essere mai venuti, sino a quel momento, all’attenzione del Legislatore parlamentare.

Anzi, proprio nella misura in cui il decreto-legge si premura di specificare che la norma introdotta è solamente “parziale” (in quanto rivolta all’unico aspetto dell’alimentazione e nutrizione artificiale) e, soprattutto, adottata nelle more dell’approvazione di una completa e organica regolamentazione in materia di fine-vita, è esso stesso a riconoscere che il Parlamento è, da tempo, impegnato a trovare un’esaustiva disciplina « integrativa dell’ordinamento giuridico vigente »⁴.

Il ricorso alla decretazione d’urgenza, piuttosto che ad un rinnovato impegno parlamentare su questi temi, si presenta perciò (secondo il Capo dello Stato) come di per sé “inappropriato” poiché rischia di “anticipare”, e quindi in certo senso di “condizionare”, lo sviluppo di una discussione connotata da straordinaria complessità e delicatezza, e da polifonia di voci anche internamente agli stessi schieramenti politici e nell’opinione pubblica.

L’unico fatto “nuovo” che, a detta del Presidente della Repubblica, può essere occorso, tale da costituire impulso all’azione legislativa del Governo, è, dunque, rappresentato soltanto dalle ultime, drammatiche fasi della “*vicenda*

³ Nella recente giurisprudenza della Corte costituzionale, si v. le ben note sentt. n. 171/2007 e n. 128/2008.

⁴ Come non manca di puntualizzare il Presidente della Repubblica al fine di mettere in evidenza l’*assenza* di un vero e proprio “vuoto” normativo in materia, come talvolta, invece, si sostiene.

Englaro”⁵. E tuttavia - osserva lo stesso Capo dello Stato - un eventuale intervento legislativo d’urgenza, con efficacia retroattiva⁶, da parte dell’Esecutivo non avrebbe comunque potuto incidere sulla soluzione che, per lo stesso caso, era stata precedentemente individuata da una decisione giudiziaria definitiva, sulla « base dei principi, anche costituzionali, desumibili dall’ordinamento giuridico vigente », pena, altrimenti, la violazione del « fondamentale principio della distinzione e del reciproco rispetto tra poteri e organi dello Stato ». Nell’ottica del Capo dello Stato, perciò, incidenza del decreto-legge sul giudicato da una parte, e sussistenza dei requisiti *ex art. 77 Cost.* per la sua emanazione dall’altra, vengono, in certo qual modo, ad insieme intrecciarsi e strettamente saldarsi.

Ora, che la cosa giudicata costituisca una sorta di limite, o, per riprendere una felice formulazione⁷, rappresenti simbolicamente le “colonne d’Ercole” dell’efficacia (retroattiva) della legge, è stato sostenuto⁸ sia da parte della

⁵ Rispetto alle quali lo stesso Presidente Napolitano scrive di condividere le ansietà del Presidente Berlusconi e del Governo.

⁶ Va da sé, infatti, che — nella logica del Capo dello Stato — ove il decreto-legge avesse solamente disposto per l’avvenire (*ex art. 11 delle Disposizioni sulla legge in generale*), senza essere applicabile, di per sé, al “*caso Englaro*”, esso sarebbe risultato comunque privo dei requisiti *ex art. 77 Cost.*, dal momento che non vi era *nessun altro caso analogo “sub iudice”*. Senza contare che sarebbe stato invero arduo comprendere in che termini l’adozione di un provvedimento indifferibile ed urgente in materia di alimentazione e idratazione artificiale volto a regolare esclusivamente casi *futuri e diversi* da quello della giovane donna di Lecco, poteva sposarsi con le stesse dichiarazioni rese alla stampa, prima e dopo l’approvazione del decreto-legge, da parte del Presidente del Consiglio dei Ministri.

In ogni caso, che il decreto-legge del 6/2/2009 potesse avere *anche* valenza retroattiva, lo dimostra l’uso della formula, generica e onnicomprensiva: « in alcun caso ».

Considerazioni sul punto sono state svolte da Tania Groppi, *Incostituzionale un decreto per il caso Eluana*, in *l’Unità*, 6/2/2009.

⁷ Di Andrea Pugiotto, *Il legislatore interprete e le “colonne d’Ercole” del giudicato*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2000, 2662 ss.

⁸ In particolar modo con riguardo alle leggi di interpretazione autentica, rispetto alle quali si possono porre più facilmente dubbi in merito a una loro effettiva attitudine a travolgere il giudicato, stante la loro stessa natura interpretativa di quelle disposizioni, applicate a suo tempo dal giudice nel risolvere la controversia sottopostagli.

Peraltro, secondo l’orientamento della Consulta, non è decisivo verificare se la norma censurata abbia carattere effettivamente interpretativo (e sia perciò retroattiva), ovvero sia innovativa con efficacia retroattiva, trattandosi in entrambi i casi di accertare se la retroattività della legge trovi adeguata giustificazione sul piano della ragionevolezza e dei principi generali di tutela del legittimo affidamento e di certezza delle situazioni giuridiche (v., a tale proposito, Corte cost., sent. n. 74/2008), oltre che di rispetto delle funzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario (cfr. Corte cost., sentt. n. 234/2007, n. 274/2006, n. 376/2004, n. 291/2003, n. 446/2002), con la conseguenza che i paletti che lo stesso Giudice delle leggi pone al Legislatore rispetto ai giudicati, si possono ritenere riferibili, ove siano espressivi dei principi generali sopra menzionati, tanto nei confronti delle leggi di interpretazione autentica, quanto nei riguardi delle leggi dotate di efficacia retroattiva.

Sul tema, si v., fra gli altri, *Le leggi di interpretazione autentica tra Corte costituzionale e Legislatore*, Atti del Seminario di Roma del 5 ottobre 2000, a cura di Adele Anzon, Giappichelli,

dottrina⁹, che della giurisprudenza¹⁰. Più in particolare, la Corte costituzionale, recependo un orientamento del Consiglio di Stato¹¹, ha da un lato affermato l’incostituzionalità di tutti quegli interventi del Legislatore che non si limitino ad operare sul piano delle fonti, generali e astratte, ma espressamente pretendano di interferire in modo esplicito sulle fattispecie concrete oggetto di giudicato¹²; e, dall’altro lato, ha imposto al giudice ordinario di interpretare le disposizioni dotate di efficacia retroattiva conformemente alla Costituzione, cioè a dire in modo tale da far sempre salvo, nei limiti del possibile, il giudicato¹³. Vale la pena ricordare, in questo contesto, che l’individuazione del (precedente) giudicato quale “*extrema Thule*” alla forza (retroattiva) della norma (posteriore) trova la propria giustificazione, nello Stato costituzionale di diritto¹⁴, non solamente in ragione dell’autonomia e dell’indipendenza dell’ordine giudiziario rispetto al potere legislativo, ma altresì in forza della necessità di assicurare pienamente la tutela dei diritti costituzionali della persona, a partire da quelli processuali¹⁵.

Torino, 2001; Rolando Tarchi, *Le leggi di sanatoria nel diritto intertemporale*, Milano, Giuffrè, 2000.

⁹ Si v. Gustavo Zagrebelsky, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Torino, Utet, 1984, 45; Sergio Bartole, *A proposito della riserva della funzione giurisdizionale*, in *Studium juris*, 1995, 157 ss.

¹⁰ Cfr. Cass., sez. trib., sent. n. 18230/2007; Cass., sez. trib., sent. n. 2091/2004; Cass., sez. III civ., sent. n. 4360/2000; Cass., sez. un. civ., sent. n. 733/1989; Cons. St., sez. IV, sent. n. 692/1995; Cons. St., sez. VI, n. 857/1994.

¹¹ Cfr. Cons. St., ad. plen., sent. n. 4/1994, e successivamente Cons. St., sez. IV, sent. n. 692/1995; Cons. Stato, sez. IV, sent. n. 564/1996; Cons. Stato, sez. IV, sent. n. 1032/1997.

¹² Come accade, manifestamente, quando la norma considera espressamente tali situazioni irrettrabili, al fine di assoggettarle ad una particolare disciplina: v. Corte cost., sent. n. 374/2000; v. anche Corte cost., sent. n. 525/2000.

¹³ Cfr. Corte cost., sent. n. 282/2005.

¹⁴ L’osserva Michela Manetti, *I vizi (reali e immaginari) delle leggi di interpretazione autentica*, in *Le leggi di interpretazione autentica tra Corte costituzionale e Legislatore*, cit., 48 ss.

¹⁵ Com’è stato sottolineato in dottrina, infatti, se il principio della incontrovertibilità del giudicato a fronte di successive statuizioni legislative venisse oltremodo allentato, ne discenderebbero preoccupanti conseguenze di sistema. Per un verso, invero, si aprirebbe la strada ad una « giustizia legislativa di stampo politico, che implica la diminuita indipendenza dei giudici, data l’intromissione del Parlamento o del Governo nelle definizioni di cause (...); dove all’applicazione di principi stabili e coerenti di diritto si sostituiscono criteri di opportunità politica, variabili col variare dei casi (...e) frutto di una decisione politica di maggioranza, e dunque priva dei connotati di imparzialità ed oggettività propri della definizione ermeneutica giurisdizionale »: così Andrea Pugiotto, *Leggi interpretative e funzione giurisdizionale*, in *Le leggi di interpretazione autentica tra Corte costituzionale e Legislatore*, cit., 66. Per altro verso, l’irruzione di una “giustizia legislativa” finirebbe per travolgere la logica processuale, permettendo (sia pure in modo del tutto diverso rispetto alla logica del processo) la riapertura di casi conclusi: la stessa cognizione di cosa giudicata verrebbe svuotata dall’interno, soggetta come sarebbe a quel punto a una possibile (e futura, a seconda dell’alternarsi della sensibilità politica del momento, ora per allora) condizione revocatoria: una sentenza non passerebbe perciò mai in giudicato e sarebbe sempre, in potenza, *inutiliter data*, sì da trasformarsi, da atto espressione di sovranità, in quanto pronunciato in nome del popolo italiano, a etereo “*chiffon de papier*”: così in modo articolato, ancora, Andrea Pugiotto, *Il legislatore interprete e le “colonne d’Ercole” del giudicato*, cit. (che richiama il contributo di

Alcuni Autori hanno, peraltro, fatto notare¹⁶ che il decreto della Corte d’Appello del 9/7/2008, in quanto pronunciato in sede di volontaria giurisdizione, non fosse di per se stesso idoneo ad assumere la forza della cosa giudicata ai sensi del combinato disposto dell’art. 324 e dell’art. 742 del Codice di procedura civile.

Altri Autori¹⁷, invece, concordando con la posizione assunta in tal senso dallo stesso Capo dello Stato nella vicenda¹⁸ e, precedentemente, anche dal Tribunale Amministrativo di Milano nello stesso “*caso Englaro*”¹⁹, hanno sostenuto che la decisione della Corte ambrosiana dovesse considerarsi “definitiva” e dotata di un’efficacia quantomeno “equivalente” alla *res iudicata*.

Francesco M. Ettore, *Quali limiti per l’interpretazione autentica? A proposito di un decreto-legge concernente il personale direttivo dello Stato*, in *Nuova Rassegna*, 1986, 842, e il saggio di Carlo La Farina, *Il giudicato: “atto di sovranità” o “chiffon de papier”?*, in *Foro italiano*, 1990, V, 36).

¹⁶ Nicolò Zanon, *Scelto il principio di precauzione*, in *il Sole 24 ore*, 7/2/2009; e, per certi versi, anche Cesare Mirabelli, “*Quel decreto non era anticostituzionale*”, interv., in *il Giornale*, 8/2/2009.

¹⁷ Cfr. Alessandro Pace, *L’inutilità pratica della legge “per” Eluana*, in *Associazione dei costituzionalisti*; Remo Caponi e Andrea Proto Pisani, *Il caso Englaro: brevi riflessioni dalla prospettiva del processo civile*, in corso di pubblicazione su *Il Foro Italiano*, 2009, parte V, al momento consultabile su *Associazione dei costituzionalisti*.

¹⁸ Ad onor del vero, il Capo dello Stato, a differenza del Giudice amministrativo, sembra piuttosto fondare il suo convincimento circa la natura definitiva del decr. C. d’App. Milano, 9/7/2008, sulla base del fatto che quel procedimento di volontaria giurisdizione ha avuto ad oggetto “*contrapposte*” posizioni di diritto soggettivo, ciò che ha spinto Nicolò Zanon, *rif. ult. cit.*, ad obiettare che, in relazione alla “*vicenda Englaro*”, non si può parlare di una vera e propria “*contrapposizione*” di posizioni differenti, dal momento che il tutore speciale, nominato *ex art.* 78 cod. proc. civ., ha sempre aderito alle tesi avanzate e sostenute dal tutore.

Va da sé che il comportamento processuale effettivamente tenuto da una delle “parti” non può essere invocato come argomento decisivo per sostenere che il procedimento di volontaria giurisdizione non abbia visto la possibilità di rappresentare astrattamente diverse istanze, a séguito della richiesta di intervento di un tutore speciale, formulata dalla Cassazione nella sua ord. n. 8291/2005. È vero, invece, che la natura “*dialettica*” della vicenda processuale in questione è, *in sé e per sé*, di difficile inquadramento, dal momento che il tutore ha dichiarato di agire per far valere la volontà presunta della tutelata e al protutore spettava, analogamente, di ricostruire la stessa volontà, senza che il padre potesse essere neppure sospettato di avere una posizione conflittuale rispetto a quella della figlia, dal momento che non sussistevano né interessi di tipo ereditario (l’interdetta essendo, invero, nulla tenente e comunque unica figlia), né, più in generale, di tipo economico (essendo l’assistenza della medesima totalmente a carico del SSN), o legati al diretto gravame della cura (dal momento che Eluana Englaro era stata ricoverata presso un Istituto di cura di Lecco).

In questo senso, l’imposizione di un tutore speciale, piuttosto che a fini di protezione della tutelata rispetto ad un possibile conflitto di interessi col proprio tutore, è avvenuta, da parte della Suprema Corte, allo scopo specifico di rafforzare le garanzie in capo all’incapace — rispetto ad un atto personalissimo quale l’interruzione delle cure — nella ricostruzione della sua stessa volontà presunta, facendo sì che a tale indagine prendesse parte anche un soggetto diverso rispetto al tutore.

¹⁹ TAR Lombardia, sez. I, sent. n. 214/2009.

Va, infatti, tenuto presente²⁰ che la Corte di Cassazione, prima con la sentenza n. 21748/2007²¹ e poi con la successiva pronuncia, a sezioni unite, n. 27145/2008, non ha punto nutrito dubbi circa la ricorribilità, ai sensi dell’art. 111 Cost., dei provvedimenti adottati dalla Corte d’Appello milanese, riconoscendo, pertanto, a questi ultimi l’attitudine a passare in cosa giudicata, dal momento che il ricorso straordinario in questione è considerato, a tutti gli effetti, in dottrina, proprio come « il rimedio di legittimità tipico ed ineliminabile di ogni provvedimento idoneo al giudicato »²².

Non solo: se la strutturale inidoneità a dar luogo alla cosa giudicata dei provvedimenti assunti in sede camerale è strettamente correlata, secondo la stessa, autorevole, dottrina, con un « oggetto sostanziale che *non incide su diritti* o non li incide in situazioni di contrasto »²³, si deve rilevare che l’oggetto sostanziale del “*caso Englaro*” ha, invece, riguardato *proprio* l’accertamento di un *diritto soggettivo, e di spessore costituzionale*²⁴.

E ancora: non va dimenticato che il contenuto dispositivo del decreto-legge non avrebbe interferito soltanto con l’esecuzione del provvedimento camerale di autorizzazione all’interruzione dell’alimentazione artificiale, bensì avrebbe rovesciato lo stesso *principio di diritto* sul quale il decreto della Corte d’Appello

²⁰ Al di là del fatto che la stessa disposizione di cui all’art. 742 cod. proc. civ. convive (con tutte le difficoltà di ricostruzione sistematica che ciò implica) con un regime delle impugnazioni dei provvedimenti camerali, basato sul reclamo *ex art. 739 cod. proc. civ.*, e connotato da termini perentori e dall’acquisizione di una efficacia dei decreti, di cui sarebbe difficile giustificare appieno la presenza, ove un qualche tratto di “definitività” non potesse essere acquisito dai decreti stessi una volta non più soggetti a gravame, ma solamente a revoca o modifica, *ex art. 742 cod. proc. civ.*

²¹ Si v., *ex multis*, la recente analisi svolta da Marilisa D’Amico, *I diritti contesi*, Milano, Franco Angeli, 2008, 73 ss. e da Carlo Casonato, *Consenso e rifiuto delle cure in una recente sentenza della Cassazione*, in *Quaderni costituzionali*, 2008, 569 ss., nonché l’ampio e approfondito *excursus* ricostruttivo di Giuseppe Ugo Rescigno, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario, secondo l’art. 32, co. 2 Cost., al principio di autodeterminazione intorno alla propria vita*, in *Diritto pubblico*, 2008, 85 ss.

²² Così testualmente Crisanto Mandrioli, *Corso di diritto processuale civile*, vol. IV, XIX ed., Torino, Giappichelli, 2007, 335, ove anche per ulteriori riferimenti bibliografici; v. in giurisprudenza, Cass., sez. I civ., sent. n. 6011/2003.

²³ V. ancora Crisanto Mandrioli, *Corso di diritto processuale civile*, cit., 327–328 (enfasi corsiva aggiunta).

²⁴ Né, a ben vedere, la configurazione di un tale effetto equivalente al giudicato può considerarsi in contrasto palese con quanto dispone l’art. 742 cod. proc. civ., dal momento che il giudice, a fronte di diverse condizioni di fatto (ad esempio quell’invocato, da taluni, “miracoloso” recupero della coscienza da parte della giovane donna), avrebbe potuto modificare, o revocare, sia pure *in limine*, l’autorizzazione concessa, ciò che invece gli restava precluso essendo proprio il rimettere in discussione il diritto giudizialmente riconosciuto e accertato in capo alla interdetta sul quale il decreto-legge andava ad incidere: ovverosia, come si è detto, quello di ottenere la sospensione della nutrizione e idratazione artificiale, conformemente alla propria volontà anticipata, ovvero alla inequivoca e puntuale ricostruzione del complesso della propria personale concezione della dignità umana compiuta dal tutore e verificata dal giudice.

di Milano si fondava, il quale era stato formulato dalla Suprema Corte nella sua sentenza n. 21748/2007, e sul quale, nel procedimento “Englaro”, era senz’altro sceso il giudicato.

3. *Il decreto-legge in merito alla “vicenda Englaro”: un caso “straordinario” o un caso “eccezionale” di necessità ed urgenza?*

Se si possono prendere le dichiarazioni pubblicamente rese in conferenza stampa dal Presidente del Consiglio quale indice attendibile per indagare la volontà — unanime — del Consiglio dei Ministri in un frangente di tale delicatezza istituzionale²⁵, la convinzione del Governo di dover procedere lo stesso all’adozione del decreto-legge, nonostante i rilievi previamente e puntualmente formulati dal Quirinale²⁶, appare fondarsi sulla constatazione dell’esistenza di una condizione di straordinarietà ed urgenza strettamente legata alla necessità — espressamente sottolineata come “assoluta” — di intervenire al più presto per “salvare la vita” della giovane donna, messa in condizioni di inequivocabile e attuale repentaglio dall’intervenuta sospensione dei trattamenti di sostegno artificiale, disposta a séguito dell’autorizzazione giudiziale data al padre-tutore.

La salvezza di una vita umana è dunque apparsa al Governo giustificazione più che sufficiente a legittimare anche il superamento di quei confini costituzionali fondamentali che presidiano e tutelano l’esercizio della funzione giurisdizionale da quella legislativa²⁷.

Nella “vicenda Englaro”, si era, perciò, alla presenza, nella prospettiva di Palazzo Chigi, di un’urgenza e necessità *straordinarie*, intese nello specifico senso di “*eccezionali*”, in ragione della dimensione stessa dei beni e dei principi

²⁵ Sia pure esprimendo propri convincimenti dettati da personale coscienza, il Presidente Berlusconi ha voluto ribadire che l’inerzia dell’Esecutivo in quella situazione avrebbe potuto costituire addirittura una sorta di “omissione di soccorso”; il Ministro Sacconi, invece, ha preferito inquadrare l’agire del Governo nell’ambito di un più sfumato riferimento ad un “*principio di precauzione*”, secondo il quale, in attesa di una legge che comunque non avrebbe potuto ammettere una volontà di rifiuto della idratazione e nutrizione artificiale solo presuntivamente ricostruita, era opportuno sospendere l’esecuzione della volontà in tali termini ricavata nella “*vicenda Englaro*”, ripristinando la somministrazione dei nutrienti.

²⁶ Osserva, attentamente, Massimo Luciani, *Il potere di emanare non è notarile*, in *il Sole 24 ore*, 7/2/2009, che la delicatezza della materia avrebbe suggerito un’andatura comune dei poteri coinvolti, perché la compattezza delle istituzioni, specialmente in periodi di grave crisi economica e di difficoltà sociale, appare la miglior garanzia della loro reciproca legittimazione e della saldezza del consenso sulle decisioni prese.

²⁷ Come rimarca (in modo quasi icastico, se si vuole), lo stesso Presidente del Consiglio in conferenza stampa, allorquando, a proposito delle ragioni opposte dal Presidente della Repubblica nella sua missiva, si rifà al celebre aforisma: “*fiat iustitia et pereat mundus*” per sottolineare — tutt’al contrario — (e, peraltro, non senza un’evidente partecipazione emotiva personale) che, di fronte ad una vita umana da salvaguardare, non si può in nessun caso essere fermati dai “formalismi giuridici”, né tanto meno dal fatto che sia intervenuta una pronuncia dei giudici.

costituzionali in gioco²⁸. Si sarebbe, dunque, evocata, in quel preciso frangente, quella particolarissima caratteristica del decreto-legge, di costituire l’unico e *ultimo* strumento “di chiusura” del sistema «nella disciplina di interventi veramente eccezionali»²⁹ in grado, addirittura, di derogare o sospendere provvisoriamente l’ordine delle competenze e delle attribuzioni costituzionali fra i poteri, che un’autorevolissima (ma, invero, non maggioritaria) dottrina costituzionalistica³⁰ aveva, a suo tempo, messo in evidenza.

Proprio in questa prospettiva, il profilo relativo alla sussistenza dei requisiti di necessità e di urgenza del decreto-legge del 6/2/2009 rispetto ai limiti posti dal giudicato intervenuto nel “*caso Englaro*” viene, invero, ad intercettare e a combinarsi con quell’altro e diverso aspetto relativo, invece, alla “*magnitudine*” (per così dire) della lesività del contenuto del provvedimento provvisorio stesso rispetto ai diritti costituzionalmente garantiti alla persona in ordine ad atti costrittivi del proprio corpo, che il Presidente della Repubblica, nella propria lettera, sembra aver posto quale seconda, forte, ragione del suo rifiuto di emanazione.

Nella “*vicenda Englaro*”, infatti, non era in ballo “soltanto” il rispetto del principio di intangibilità del giudicato da parte di una sopravvenuta norma di legge nel quadro della separazione e del reciproco rispetto fra i poteri³¹, ma qualcosa (se si vuole) di ancor più coesistente al nostro sistema costituzionale; qualcosa che si muove(va) sullo stesso piano dei valori e dei principi fondamentali dell’ordinamento repubblicano pertinenti alla dignità, all’identità e alla libertà della persona umana, e al rapporto fra Stato e individuo rispetto alla salute e alla stessa esistenza in vita (artificiale)³²; qualcosa, *perciò*, di *ancor meno travolgibile*

²⁸ Ne fa cenno Fulco Lanchester, *Le istituzioni surriscaldate e i pericoli della disidratazione*, in *Federalismi.it*, 9/2/2009.

²⁹ L’espressione è di Franco Modugno, *Le fonti del diritto*, cap. II dei *Lineamenti di diritto pubblico*, a cura di Franco Modugno, Torino, Giappichelli, 2008, 136.

³⁰ Il richiamo è, naturalmente, a Carlo Esposito, *Decreto legge* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, vol. XI, Milano, Giuffrè, 1962, 835 ss e a Carlo Lavagna, *Istituzioni di diritto pubblico*, VI ed., Torino, Utet, 1985, 321 ss.

³¹ Una circostanza analoga, pur nella ovvia differenza dei sistemi costituzionali, e dello stesso provvedimento adottato, si è avuta nel “*caso Schiavo*”, con la c.d. “prima” *Terry’s Law* (*Public Law* 03–418, 2003 Fla. Stat. 418) poi annullata dalla Corte Suprema della Florida in quanto incostituzionale per lesione del principio della separazione dei poteri (giacché l’atto era stato costruito in modo tale da conferire all’Esecutivo il potere di privare di effetto quanto disposto da una sentenza passata in giudicato) e per eccesso di ingerenza rispetto alle scelte previamente compiute dall’interessato nell’ambito della propria sfera di autonomia, costituzionalmente riconosciuta (*Bush v. Schiavo*, 885 So. 2d 321 (Fla. 2004), *certiorari denied*, 125 S. Ct. 1086 (2005)).

³² Cfr. Roberto Romboli, *Il controllo presidenziale e quello della Corte costituzionale: qualche osservazione in merito al rifiuto di emanazione del decreto legge per il caso Englaro*, in *ASTRID Rassegna*, n. 5/2009.

anche da un atto legislativo che si pretendeva giustificato da condizioni del tutto “eccezionali”.

4. Trattamenti sanitari, “progetto di vita”, quadro costituzionale e “ruolo”, e limiti, della legge

Nella sua lettera, il Presidente della Repubblica fa esplicito riferimento al combinato disposto degli articoli 3, 13 e 32 della Costituzione, così rimarcando quel collegamento, profondo e strutturale, fra il diritto a non essere sottoposti ad un determinato trattamento sanitario obbligatorio, se non in forza di una disposizione di legge, e fatti salvi, *in ogni caso*, i limiti imposti dal rispetto dell’umana persona, e la libertà personale³³, riconosciuta e solennemente garantita nella sua “inviolabilità” dalla Carta, la quale ne protegge l’incisione, da parte dei pubblici poteri, in casi e modi predeterminati, con la duplice garanzia della riserva di legge, d’un canto, e della riserva di giurisdizione, dall’altro³⁴.

Si tratta, come noto, del quadro costituzionale che fonda, in Italia, il principio della *volontarietà dei trattamenti sanitari*, il cui corollario è rappresentato dal necessario *consenso informato*³⁵ del malato all’interno dell’alleanza terapeutica che questi contrae col proprio curante, alla luce della valorizzazione dell’autonomia responsabile dell’individuo e del superamento del “paternalismo” in medicina. Il sanitario, perciò, non potrebbe operare, neanche nell’interesse o per il diretto beneficio del proprio assistito (salvi i casi di urgenza, nei quali sia materialmente impossibile assumere il consenso), senza la preventiva accettazione, da parte di quest’ultimo, dell’intervento proposto (e spiegato).

Un principio, quello in discorso, che trova positivo riconoscimento non soltanto sul piano costituzionale, ma altresì a livello legislativo (all’art. 33 della l.

³³ Si ricordi, senz’altro, lo studio monografico di Giuliano Amato, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, Giuffrè, 1967.

³⁴ È stato osservato da Vittorio Angiolini, *Giurisdizione (riserva di)*, in *Digesto. Discipline pubblicistiche*, vol. v11, Torino, Utet, 1991, 329, che la riserva di giurisdizione prevista dall’art. 13 Cost. può essere fatta valere anche nel senso di escludere che il Legislatore possa intervenire in modo tale da impedire al giudice la piena applicazione dei principi e delle regole costituzionali che assicurano l’inviolabilità delle libertà in questione.

È pur vero che il decreto-legge adottato dal Governo il 6/2/2009 presentava, *prima facie*, un contenuto generale ed astratto, e non provvedimento-concreto, dal momento che non menzionava, perlomeno formalmente, l’unico caso per il quale era stato invero varato, ma proprio le circostanze obiettive della sua emanazione lo rendevano, nella sostanza, rivolto ad imporre — oltre che alla generalità dei consociati — ad una determinata persona una diversa modalità di disposizione del proprio corpo.

³⁵ Nell’amplissima bibliografia si v., almeno, *Il consenso informato tra giustificazione per il medico e diritto per il paziente*, a cura di Amedeo Santosuosso, Milano, Giuffrè, 1994; Francesco Dassano, *Il consenso informato al trattamento terapeutico tra valori costituzionali, tipicità del fatto di reato e limiti scriminanti*, Torino, Giappichelli, 2006; Gianluca Montanari Vergallo, *Il rapporto medico-paziente*, Milano, Giuffrè, 2008; Paolo Veronesi, *Il corpo e la Costituzione*, Milano, Giuffrè, 2007.

n. 833/1978) e deontologico (agli artt. 33 e 35 cod. deont. med. 2006), oltre che negli articoli 6 e 9 della Convenzione sui diritti dell’Uomo e la biomedicina, nell’art. 8 della CEDU, nell’interpretazione datane dalla ECHR³⁶, e nell’articolo 3 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, quest’ultima considerata, dal Trattato di Lisbona, avente valore giuridico pari a quello dei trattati europei, pur se non in codesti ultimi incorporata, ai sensi dell’art. 6 del nuovo TUE³⁷.

Che il diritto di cui trattasi — il quale invero contempla anche l’opposto diritto a rifiutare le cure prospettate, oppure a chiederne la sospensione, se previamente consentite — non trovi punta limitazione, allorchando viene in rilievo un trattamento salva-vita o di sostegno vitale, è oggi sostenuto dalla prevalente dottrina³⁸, oltre che dalla giurisprudenza tanto di merito (si ricordi, tra gli altri, il ben noto “*caso Welby/Riccio*”³⁹), quanto di legittimità⁴⁰.

³⁶ Cfr. ECHR, sez. IV, sent. 29/4/2002, *Diane Pretty v. Regina, United Kingdom*, spec. §63; in dottrina, si v., in modo particolare, il commento di Paola Borsellino, *Decisioni di fine vita a confronto: i casi di “Miss B.” e di Diane Pretty*, in *Bioetica*, 2004, 200 ss.

Il 22/12/2008, la Corte europea dei diritti dell’uomo, *Ada Rossi ed altri c. Italia*, dec. nn. 55185/08, 55483/08, 55516/08, 55519/08, 56010/08, 56278/08, 58420/08, 58424/08, ha dichiarato inammissibile un ricorso proposto contro lo stesso decr. C. d’App. Milano del 6/7/2008 da sei tutori di cittadini italiani, da sei associazioni composte da parenti e amici di persone gravemente disabili e da medici, avvocati e psicologi che li assistono, e da un’associazione a tutela dei diritti umani; e vale la pena rilevare che, perlomeno stando a quanto ha comunicato in proposito l’ufficio del *Greffier*, la Corte europea avrebbe evidenziato la conformità dei principi di diritto affermati dalla Cassazione nella sent. n. 21748/2007 con gli articoli 2 e 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali.

Sui rapporti fra ECHR e giudici nazionali, v. Paola Bilancia, *Le nuove frontiere della tutela multilivello dei diritti*, in *Annuario 2004. Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale*, Atti del XIX Convegno annuale dell’AIC, Padova, Cedam, 2008, 401 ss.

³⁷ Sui profili problematici posti dalla compresenza di diversi livelli di protezione dei diritti fondamentali, v. in particolare Paola Bilancia, *Aspetti e problemi della tutela multilivello dei diritti in Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*, coord. da Francisco Fernández Segado, Dickinson, Madrid, 2008, 435 ss.

³⁸ Si v., tra gli altri, Beniamino Caravita di Toritto, *La disciplina costituzionale della salute*, in *Diritto e società*, 1984, 52; Antonino D’Aloia, *Diritto di morire? La problematica dimensione costituzionale della “fine della vita”*, in *Politica del diritto*, 1998, 611; Massimo Luciani, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Diritto e società*, 1980, 780 ss.; Sergio P. Panunzio, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione*, in *Diritto e società*, 1979, 903 s.; Lorenza Carlassarre, *L’art. 32 della Costituzione e il suo significato*, in *Atti del Convegno celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione. L’ordinamento sanitario, I, L’amministrazione sanitaria*, Vicenza, 1967, 109; Alessandra Algostino, *I possibili confini del dovere alla salute*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1996, 3209 ss., ma spec. 3215; Mario Portigliatti Barbos, *Diritto di rifiutare le cure*, voce, in *Digesto, Discipline Penaliistiche*, vol. IV, Torino, Utet, 1990, 32.

In senso contrario, invece, Giorgio Pelagatti, *I trattamenti sanitari obbligatori*, Roma, Cisu, 1995, 39 ss. e *ivi* ulteriore bibliografia di riferimento; v. anche Ida Nicotra Guerrera, *“Vita” e sistema dei valori nella Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1997.

³⁹ Trib. Roma, GUP, sent. n. 2049/2007.

⁴⁰ Cass. civ., sez. III civ., n. 5444/2006, Cass., sez. III civ., sent. n. 14638/2004; Cass., sez. III civ., sent. n. 10014/1994; Cass., sez. III civ., sent. n. 9374/1997; Cass., sez. III civ., sent. n. 364/1997; Cass., sez. III civ., sent. n. 6318/2000; Cass., sez. III civ., sent. n. 5444/2006; in parte, Cass. civ.,

D'altra parte, la stessa Corte costituzionale⁴¹, chiamata ad intervenire nel conflitto di attribuzione sollevato dalle Camere nei confronti della Cassazione nell'ambito dello stesso “*caso Englaro*”⁴², non ha ritenuto di dover rilevare, nella decisione dei Supremi giudici della Repubblica, l'esercizio di una funzione creatrice del diritto, bensì solamente di interpretazione ed “applicazione” di quello vigente, anche, e soprattutto, di rango costituzionale⁴³. E in quella pronuncia il Supremo Collegio ha affermato, senz'ombra d'incertezza, che il diritto di eventualmente rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale, va senz'altro riconosciuto, dovendosi per il vero « escludere che il diritto alla autodeterminazione terapeutica del paziente incontri un limite allorché da esso consegua il sacrificio del bene della vita ».

Nella stessa sentenza, poi, la Suprema Corte ha ricondotto le decisioni “esistenziali” che riguardano i trattamenti sanitari nel più ampio, e costituzionalmente significativo, panorama della *dignità umana*, riconosciuto dalla nostra Carta costituzionale, sia pure non espressamente, all'articolo 2, e suggellato, in modo invece esplicito, tanto nella Carta dei diritti europea, all'articolo 1, quanto all'art. 1 della Convenzione di Oviedo.

Un concetto e un valore, questo, declinabile sia nel suo significato di caratteristica essenziale e propria dell'uomo in quanto tale, e che si proietta oltre la dimensione del singolo per investire l'umanità alla quale questi appartiene sempre e comunque, sia nel significato che fa riferimento, invece, alla capacità di ciascuna persona, proprio in quanto persona, di dare un senso e un significato alla propria vita. Ed è proprio in questi precisi termini che la dignità s'intreccia, a doppio filo, con il valore, altrettanto fondamentale, dell'*identità personale*, anch'esso tutelato, al pari della dignità stessa, come base dei diritti e delle libertà fondamentali rispetto alle applicazioni della biomedicina, in quella che, nella formula impiegata all'art. 1 della Convenzione d'Oviedo, appare quasi come una

sez. III, sent. 23676/2008; Cass., sez. V pen., sent. 21 aprile 1992, *Massimo*, Cass., sez. I pen., sent. n. 26446/2002;

⁴¹ La Corte costituzionale, dal canto suo, ha sottolineato che la libertà di autodeterminazione rispetto al proprio corpo e ai trattamenti sanitari di cui l'individuo può essere oggetto costituisce un vero e proprio diritto inviolabile, rientrando tra i valori supremi, quale indefettibile nucleo essenziale dell'uomo, non diversamente dal contiguo e connesso diritto alla vita e all'integrità fisica con il quale concorre a costituire la matrice prima di ogni altro diritto, costituzionalmente protetto, della persona: v. Corte cost., sent. n. 238/1996; v. anche, in certo senso, Corte cost., sent. n. 438/2008.

⁴² Cfr. Corte costituzionale, ord. n. 334/2008.

⁴³ Come ha osservato, ancora recentemente, Stefano Rodotà, *La via maestra per il testamento biologico*, in *la Repubblica* del 2/12/2008; v. inoltre l'approfondito e bel commento di Roberto Romboli, *Il conflitto fra poteri dello Stato sulla vicenda E.: un caso di evidente inammissibilità*, in *Foro italiano*, 2009, 1, 49.

sorta di “endiadi assiologica” inestricabile e inscindibile⁴⁴. Sembra, infatti, ben difficile sostenere che le scelte esistenziali che la persona compie riguardo ai trattamenti sanitari, e in modo particolare, quelle che attengono alla profonda “*simbiosi*” con l’*artificialità* della vita *macchinalmente assistita*, non costituiscano parte di assoluto rilievo della propria biografia⁴⁵.

Il valore della “*dignità umana*” e quello della “*identità personale*” risultano, dunque, fra di loro strettamente interconnessi e complementari, per dar “corpo”, a tutto tondo, al *principio personalista*⁴⁶, assunto nell’articolo 2 della Carta costituzionale alla base del *rapporto fra Stato e individuo* voluto dal Costituente. Il primo farebbe, infatti, riferimento al valore, per così dire, “intrinseco” che si deve riconoscere all’essere umano in quanto tale, alla sua stessa esistenza psico-fisica e al suo essere ontologicamente irriducibile a puro “mezzo”, o a mera “cosa”, rispetto alla potenza della tecnica biomedica; il secondo richiamerebbe, invece, l’unicità e irripetibilità della persona, nella sua singolarità e specificità di vita, quale risultato sia dell’indole propria del soggetto, sia delle scelte compiute nel tempo (e, per quel che qui interessa, di quelle progettate), sia del fascio di convincimenti religiosi, etici, morali, filosofici, spirituali, e politici che lo connotano. L’identità personale arricchisce, perciò, nella dimensione della singolarità dell’esperienza di vita, e, per quel che qui rileva, rispetto alle applicazioni della biomedicina, il valore della dignità umana, mettendo in luce come l’“uomo” non sia solo un “*essere umano*”, ma anche, e inscindibilmente, una “*persona umana*”, dotata di una “personalità”, di una “esperienza di vita”, di una “storia”, di un “progetto”, unici e irripetibili, ed evitando che il limite all’agire della potenza della tecnica, nel mantenimento a tempo indefinito del corpo anche in condizioni di impossibilità di guarigione, venga tracciato, di volta in volta, soltanto dal mero avanzamento della tecnica stessa, in una prospettiva esclusivamente e “freddamente” tecnologica e non, invece, riccamente e variegatamente “antropologica”⁴⁷.

⁴⁴ Suggestivo, in tal senso, Paolo Zatti, *Dimensioni ed aspetti dell’identità nel diritto privato attuale*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2007, 11, 4–5.

⁴⁵ Tanto chi sceglie — con, invidiabile, calma sicurezza — di non voler continuare una “vita” totalmente dipendente dalle “macchine”, in condizioni d’irreversibile malattia o incoscienza, quanto chi, al contrario, domanda che sia fatto ogni umano sforzo per prolungare la propria sopravvivenza biologica, pure quando non vi sono più realistiche speranze di guarigione, si può dire, invero, che lo faccia conformemente al proprio “modo di essere” complessivo, alla propria, personale “concezione” della dignità umana.

⁴⁶ Antonio Amorth, *Il “principio personalistico” e il “principio pluralistico”: fondamenti costituzionali della libertà e dell’assistenza*, in *Iustitia*, 1978, 416 ss.

⁴⁷ Sia consentito, per un approfondimento delle considerazioni svolte in tutto questo paragrafo, oltre che per ulteriori, specifici, riferimenti bibliografici (che esulerebbero dall’economia del presente lavoro), fare rinvio a Federico Gustavo Pizzetti, *Alle frontiere della vita: il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, Milano, Giuffrè, 2008, *passim*.

Tutto questo, beninteso, non significa affatto che la condizione patologica specifica in cui versa un individuo — la quale, peraltro, è parte costitutiva della sua stessa storia personale — giustifichi un qualsiasi affievolimento delle cure e del sostegno solidale, che la collettività deve continuare ad offrire e che il paziente, al pari di ogni altro appartenente al consorzio civile, ha diritto di pretendere fino al sopraggiungere della morte, legalmente accertata ai sensi dell’art. 1 della l. n. 578/1993. La persona, infatti, deve essere sempre rispettata e tutelata nei suoi diritti fondamentali, a partire dallo stesso, preminente, diritto alla vita e dal connesso diritto alle cure mediche, e ciò a maggior ragione quando si trova in condizioni di estrema debolezza e fragilità, e non è in grado di provvedere autonomamente. Significa, però, prendere atto che mentre un malato, conformemente alla propria personalissima visione della vita, delle condizioni del corpo, della speranza (tanto nell’aldiquà, quanto, secondo il proprio credo religioso, nell’aldilà), può manifestare la volontà fermamente favorevole alla prosecuzione delle terapie, prediligendo un tipo di vita clinicamente sostenuta mediante potenti macchine “*simbionti*”, un altro malato, invece, può ritenere che sia assolutamente contrario alla propria concezione della dignità dell’esistenza proseguire in una vita che è tale solo più “*artificialmente*”.

Le riflessioni sin qui svolte portano, poi, a sottolineare, con particolare forza, il tratto, denso di significato e suggestivo, contenuto nella stessa formula di cui all’articolo 2 della Costituzione (e, in parte, anche in quella di cui all’articolo 3), laddove la “personalità” dell’uomo, in funzione della quale la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili, è accolta in tutta la sua capacità di “*svolgimento*” e di “*sviluppo*” (per riprendere gli stessi termini adoperati dal Costituente)⁴⁸.

Scontato che il Costituente intendesse riferirsi, primariamente, alla dimensione dei rapporti sociali e dell’accesso in condizioni di eguaglianza alle possibilità di progresso individuale (e collettivo), non può essere del tutto escluso che — oggi — la stessa formula, letta in combinato disposto con l’art. 32, comma 2, *secondo periodo* Cost., possa essere richiamata — anche — con riferimento alla “proiezione” dell’identità personale nel “futuro” rispetto ai trattamenti medici. In altri termini, l’articolo 2 (e l’articolo 3) della Costituzione, letto nella prospettiva che qui interessa, accoglierebbe una visione “a tutto tondo” del principio personalista, ponendo al centro del sistema costituzionale la “persona”

⁴⁸ V. Nicola Occhiocupo, *Liberazione e promozione della persona umana: unità di valori nella pluralità di posizioni*, Milano, Giuffrè, 1988; e, più recentemente, Gaetano Silvestri, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in *Associazione dei costituzionalisti*; nonché gli ampi approfondimenti di Vincenzo Baldini, *Sviluppi della medicina e dialettica dei diritti costituzionali*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, vol. I, Torino, Giappichelli, 2005, 240.

non soltanto nel suo “essere”, per così dire, “attuale”, ma anche nello “sviluppo” stesso della sua personalità che si proietta, in prospettiva “diacronica”, fino a che la persona è — e resta — “persona”, e quindi anche oltre le soglie della capacità di agire, nell’orizzonte più drammatico dell’esistenza umana incosciente, sino al limite in cui sopraggiunge la morte.

D’altra parte, affermare per un verso che la persona gode del diritto di rifiutare i trattamenti sanitari, anche a “costo” della vita, ma limitare, per altro verso, il godimento del diritto in questione alle sole condizioni di capacità di manifestare il consenso informato e attuale, comporterebbe, dal punto di vista della stessa salvaguardia dell’istanza personalistica che anima la Costituzione, e che è alla base della disciplina costituzionale dei trattamenti sanitari, di pagare il prezzo, altissimo, di una « gravissima discriminazione per chi sia divenuto incapace, dal momento che (si finirebbe) per dover concludere nel senso della mancanza del dovere del rispetto della sua volontà e con essa della dignità della persona che è »⁴⁹.

Emerge, qui, in tutta evidenza, la natura “progettuale” della dichiarazione anticipata di trattamento (o del testamento biologico) nei termini di un vero e proprio “*progetto di vita*”, per mezzo del quale l’uomo — in quanto essere capace di progettualità — formula e rivela il proprio concetto di esistenza, nonché il senso che dà al significato e al mistero della vita umana⁵⁰, e all’interno del quale la “salute” viene a modellarsi su scelte individuali che riflettono l’idea che il soggetto ha di sé, sia nel presente che in proiezione futura.

Se si accoglie questa ricostruzione, allora, il quadro costituzionale non sembra aver nulla in contrario a riconoscere il diritto a esprimersi in modo anticipato, relativamente, beninteso, a *trattamenti sanitari*, per la futura incapacità, anche con riguardo a quelle situazioni drammatiche nelle quali il sofferente si trova a poter vivere — ma, forse, in certe circostanze, sarebbe meglio dire a poter “sopravvivere” — solo a prezzo di un’esistenza artificiale⁵¹, non più in grado di svilupparsi naturalmente⁵², legata inscindibilmente a “*macchine simbiotici*”.

⁴⁹ È la formula, particolarmente apprezzabile nella sua limpidezza, e senz’altro condivisibile nel suo contenuto, di Alessandra Pioggia, *Consenso informato e rifiuto di cure: dal riconoscimento alla soddisfazione del diritto. A proposito della sentenza Tar Lombardia 214 del 2009*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 3/2009.

⁵⁰ Cfr. le suggestive riflessioni di Stefano Rodotà, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, Feltrinelli, 2006.

⁵¹ Lo sottolinea, con specifico riferimento al “*caso Englaro*”, e con considerazioni che si condividono pienamente, il filosofo Giovanni Reale, *Farla sopravvivere è andare conto natura*, in *Corriere della Sera*, 7/2/2009.

⁵² Su questo punto, si v., senz’altro, la suggestiva, e molto profonda, riflessione svolta da Giorgio Lombardi, *Intervista sul caso Terri Schiavo*, in *Quaderni costituzionali*, 2005, 695 ss.

Non si tratta, peraltro, del riconoscimento di un diritto “a morire” (con dignità, grazie a mezzi *direttamente e immediatamente idonei ed efficaci* a cagionare il decesso, sia pure in condizioni di sedazione, allo scopo di evitare qualsivoglia sofferenza, che, sicuramente, esulano dalla “copertura” costituzionale di cui all’art. 32 Cost.⁵³), bensì, semplicemente, dell’affermazione di un diritto a poter *scegliere la vita che si vuole continuare a vivere*, “accettando” o “rifiutando” in anticipo le cure alle quali si vorrà essere assoggettati (anche da incapaci), quale corollario del principio di volontarietà dei trattamenti sanitari e quale estensione del diritto alla salute, inteso (anche) in termini di libertà di decidere di *lasciare che la natura faccia il suo corso*, senza l’ingerenza della “tecnica biomedica” e dei “macchinari” che questa mette a disposizione per assicurare, in qualsiasi condizione, la sopravvivenza.

È proprio il collegamento implicito, ma non per questo meno forte e profondo, che si riscontra fra il richiamo alla “persona umana” posto all’art. 32 Cost., secondo comma da una parte, l’inviolabilità della libertà personale di cui all’art. 13, 1° comma Cost., dall’altra, e il riconoscimento e la garanzia degli “inviolabili” diritti dell’uomo, nello sviluppo della sua “personalità”, di cui all’art. 2 Cost., dall’altra parte ancora, che porta a ritenere — come non ha mancato di sottolineare un’attenta dottrina⁵⁴ — che il limite che, sulla base dell’articolo 32 della Costituzione, incontra l’esercizio della sovranità popolare, *ex* articolo 1, comma 2 della stessa Carta, che si esprime attraverso la legge, frutto del volere delle Assemblee rappresentative, riguarda proprio il “nucleo” duro dell’esistenza umana, vale a dire quelle soglie dell’“*in-decidibile*” che sono intimamente connaturate all’identità del singolo e alla propria, personale, concezione della dignità umana.

Alla luce di questa ricostruzione del quadro costituzionale, la disciplina sul testamento biologico è chiamata a fissare gli strumenti e a prevedere i meccanismi attraverso i quali il soggetto può essere messo pienamente nella condizione di maturare in modo sereno, e ponderato, le proprie riflessioni sulla malattia, sull’esistenza irreversibilmente incosciente, sul proprio sistema di valori e convinzioni etico–moralì e filosofiche, sulla sua eventuale fede religiosa rispetto alle questioni della vita e della morte, valorizzando tutte quelle modalità di redazione che permettono la *condivisione*, fra il soggetto interessato e i propri cari (oltre che il medico di fiducia), di questo complesso percorso di elaborazione che porta alla fine alla scelta anticipata di cura. In questo senso, non va dimenticato che il testamento biologico è uno strumento che aiuta anche il medico,

⁵³ Come, giova ricordarlo, ha sottolineato la stessa Suprema Corte nella sent. n. 21748/2007, nel “*caso Englaro*”.

⁵⁴ Stefano Rodotà, *Civiltà del testamento biologico*, in *la Repubblica*, 24/1/2007.

sollevandolo dal « dover prendere decisioni in maniera autonoma, senza conoscere quali siano le intenzioni e le volontà del paziente »⁵⁵. Occorre peraltro evitare, in senso opposto, di incorrere nei pericoli di un'eccessiva dilatazione della “centralità” della volontà individuale, per non correre il rischio di spezzare — per così dire, dalla parte del paziente — quella stessa “alleanza terapeutica” col medico che presuppone una “relazione” fra due soggetti diversi⁵⁶, o di sostituire, in modo alla fin fine persino paradossale, al paternalismo unilaterale del medico, che sovrappone le proprie ragioni esterne a quelle indicate dal paziente, e che si vuole oggi che sia superato anche rispetto ai pazienti incapaci, l'esecuzione acritica di ogni richiesta del malato, pure qualora appaia frutto di leggerezza, di suggestioni emotive, di erronee valutazioni, di disinformazione.

Tutto questo non significa affatto, beninteso, la riaffermazione della « la tutela assoluta della vita in qualsiasi momento e in qualsiasi condizione anche contro la volontà del suo titolare come bene che la società e lo Stato hanno il dovere di salvaguardare »⁵⁷, ma vuol dire, solamente, che il rispetto della vita umana e il dovere di solidarietà nei confronti di tutti gli appartenenti al consorzio civile (specie se in condizioni di spiccata debolezza) impongono che tanto la formazione, quanto l'esecuzione della volontà anticipata di trattamento sia sottoposta a garanzie giuridiche particolarmente robuste, al fine di assicurare, alla luce dell'articolo 2 della Costituzione, che sia in grado di *promuovere la persona umana* nella sua dignità–identità.

Ora, per quanto nel “*caso Englaro*”, la ricostruzione della volontà presunta di Eluana Englaro non si sia (purtroppo) potuta fondare sulla (sicura solidità di) un documento vergato e sottoscritto di pugno della stessa, resta pur sempre il fatto che l'esito istruttorio compiuto ha convinto, inequivocabilmente, la Corte d'Appello ambrosiana⁵⁸ che la ragazza non avrebbe in alcun modo voluto essere un mero soggetto passivo di un trattamento finalizzato al puro sostegno artificiale della sua sopravvivenza biologica, proprio in quanto la stessa aveva valutato radicalmente incompatibile con le sue concezioni di vita il permanere in uno stato patologico di totale incapacità motoria e di assoluta deficienza sensoriale, tale da

⁵⁵ Umberto Veronesi e Maurizio De Tilla, in *Testamento biologico. Verso una proposta di legge*, Milano, Sperling&Kupfer, 2007, XIV.

⁵⁶ Cfr. James F. Childress, *The place of autonomy in Bioethics*, in *20 Hastings Center Report*, 1, 12–17 (1990).

⁵⁷ Lorenzo D'Avack, *Scelte di fine vita*, in *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, Roma, il Sole 24 ore edizioni, 2006, 63, che sottolinea come l'acquisto della piena soggettività ed autonomia morale del paziente, che trova radice nei diritti fondamentali alla salute, alla libertà, all'eguaglianza e alla dignità, implica che lo Stato accetti di lasciare libero e responsabile l'individuo nella scelta tra opzioni diverse per quanto riguarda la propria salute.

⁵⁸ Vale la pena ricordarlo non « senza partecipata personale sofferenza » e nell'esercizio di un compito autorizzatorio valutato « ostico e ingrato, data la gravosa natura delle scelte del tutore soggette in questa sede a controllo e autorizzazione ».

privarla completamente (e irrimediabilmente) della possibilità di muoversi, di sentire e di pensare, sì da restare “passivamente”, come hanno evidenziato i Giudici di secondo grado, come una sorta di “oggetto” in totale balia dell’altrui volontà.

La formulazione stessa del testo del provvedimento provvisorio adottato dall’Esecutivo il 6/2/2009, perciò, non solo *avrebbe inciso col “progetto di vita”* della giovane donna nei termini sopra descritti, violandone il rispetto della sua “dignità–identità”, ma poteva prestarsi ad interpretazioni ancor più estensive e di maggior portata di quanto strettamente necessario per perseguire l’asserito fine di ripristinare, a quella persona, il sostegno vitale sospeso. Il decreto-legge, infatti, avrebbe vietato la sospensione non soltanto della nutrizione “artificiale” o “meccanica”, ma in generale *di ogni tipo* di alimentazione e idratazione; e non soltanto nei confronti di soggetti in stato vegetativo, o altrimenti in condizione di irreversibile privazione della capacità di intendere e di volere, ma altresì con riguardo, molto più in generale, a tutti coloro che non fossero stati in grado di “provvedere” *a se medesimi*: anche un malato pienamente capace di intendere e di volere, e dunque in grado di esprimere un consenso o un rifiuto espresso, attuale e informato, alla somministrazione per via chirurgica di nutrienti, ma inabile ad assumerli autonomamente⁵⁹ non avrebbe, perciò, (più) potuto vedere onorata la sua richiesta, stante l’obbligo posto, dalla legge, in capo a chi lo “assisteva” di non farglieli giammai mancare.

5. *Il séguito della “vicenda Englaro”: la mozione sull’alimentazione e idratazione approvata dal Senato della Repubblica*

La “vicenda Englaro” non si esaurisce, però, solamente con la mancata emanazione del decreto-legge del 6/2/2009. È noto, infatti, che, nel mentre in cui il Senato della Repubblica si accingeva a discutere e votare il ddl AS n. 1369, nel quale era stato riversato il contenuto del provvedimento urgente⁶⁰, Eluana Englaro è spirata nella casa di cura “La Quietè” di Udine. L’*iter* del disegno di legge veniva, dunque, interrotto e poi abbandonato, a fronte della decisione di riprendere, invece, l’esame dell’intero disegno di legge unificato⁶¹ in materia di dichiarazioni anticipate di trattamento, non prima però di aver approvato una

⁵⁹ Perché affetto, per esempio, da tetraplegia o da sclerosi laterale amiotrofica allo stadio avanzato.

⁶⁰ E che il Capo dello Stato aveva subito autorizzato il Governo a presentare alle Camere. Sul punto cfr. gli interessanti rilievi di Antonio Ruggeri, *Il caso Englaro e il controllo contestato*, in *ASTRID Rassegna*, n. 3 del 2009, e di Gaetano Azzariti, *Era ipotizzabile un rinvio alle Camere della legge che il parlamento si apprestava a approvare per bloccare l’esecuzione della decisione “Englaro”?*, in *Astrid Rassegna*, n. 5 del 2009.

⁶¹ Presentato dal senatore Calabrò il 26/1/2009, e tuttora (4 marzo 2009) pendente in x11 Commissione Igiene e Sanità di Palazzo Madama: TU AS n.ri 10, 51, 136, 281, 285, 483, 800, 972, 994, 1095, 1188.

mozione in materia di trattamenti di alimentazione ed idratazione⁶². Ed è nel testo della mozione che si è raccolto, per così dire, il “precipitato” della disciplina che l’Esecutivo avrebbe voluto introdurre col decreto-legge, e che si è cercato, altresì, di dettare le linee guida che avrebbero dovuto orientare lo sviluppo della discussione parlamentare, sia pure nella forma, anomala, di un “impegno” del Senato indirizzato Governo.

Il testo della mozione *qualifica* l’alimentazione e l’idratazione *in generale* nei termini di forme di sostegno vitale, fisiologicamente finalizzate ad alleviare le sofferenze, e prevede che l’una e l’altra non possano essere in alcun caso “*negate*” da coloro che assistono soggetti non autosufficienti.

Ora, è noto che il Comitato nazionale per la bioetica si è in passato espresso⁶³ nel senso di ritenere l’alimentazione e l’idratazione forme ordinarie di assistenza di base, come tali non costituenti trattamenti medici e sempre dovute, salvo soltanto il caso (estremo) di loro somministrazione alla presenza di una sostanziale impossibilità, da parte del paziente, di metabolizzarli e assimilarli (caso che costituirebbe, invero, una forma di accanimento terapeutico oggettivamente considerato). È altrettanto noto che si tratta di una questione che in campo medico appare molto meno controversa di quanto non lo sia sul piano bioetico, perlomeno stando sia alle regole deontologiche⁶⁴, che alle concordi valutazioni della Società italiana di nutrizione parenterale ed enterale, della *European Society for Clinical Nutrition and Metabolism*, e dell’*American Academy of Neurology*.

L’operazione di qualificazione così compiuta è stata ritenuta, da alcuni, una sorta di “*escamotage*”⁶⁵, volto solamente a sottrarre la nutrizione e l’idratazione

⁶² N. 1-00086, a firma dei senatori Gasparri, Quagliariello ed altri. Contestualmente il Senato respingeva le mozioni a firma dei senatori Finocchiaro, Zanda ed altri, n. 1-00087, e a firma dei senatori Astore, Belisario ed altri, n. 1-00088.

⁶³ Con un parere approvato il 30/9/2005, peraltro, solo a maggioranza, e corredato da opinioni dissenzianti anche molto forti redatte da Mauro Barni, in *Postilla*; e da Luisella Battaglia, Cinzia Caporale, Isabella Maria Coghi, Lorenzo D’Avack, Renata De Benedetti Gaddini, Carlo Flamigni, Silvio Garattini, Lorenzo Guidoni, Demetrio Neri, Alberto Piazza, Marco Lorenzo Scarpelli, Michele Schiavone, in *Nota integrativa*.

A commento, si segnala in particolare Gilda Ferrando, *Nutrizione e idratazione dei pazienti in SVP: a proposito del parere del CNB del 30 settembre 2005*, in *Bioetica*, 2005, 85 ss.

⁶⁴ Giova qui ricordare che l’art. 53 cod. deont. med. prevede che, allorchando una persona rifiuti volontariamente di nutrirsi, il medico curante ha il dovere di informarla sulle gravi conseguenze che il protrarsi del digiuno può avere sulle sue condizioni di salute; tuttavia, se lo stesso paziente, consapevole delle possibili conseguenze della propria decisione, persiste nel non volersi alimentare, il sanitario ha l’obbligo di astenersi dall’assumere nei suoi confronti iniziative costrittive e dal collaborare a manovre coattive di nutrizione artificiale.

⁶⁵ Da Alessandra Pioggia, *Consenso informato e rifiuto di cure: dal riconoscimento alla soddisfazione del diritto*, cit.; Massimo Villone, *Cinque risposte dalla Costituzione*, in *il Riformista*, 7/2/2009, parla, più nettamente, di comportamento “elusivo” della Carta costituzionale.

dalla sfera di applicabilità dell’articolo 32 della Costituzione, in modo tale da imporre e l’una e l’altra a tutti, nonostante il principio di volontarietà dei trattamenti sanitari e il limite del rispetto della persona umana. È vero che si sarebbe potuta lo stesso definire la “NIA” come un atto medico, e nondimeno renderla comunque obbligatoria per legge, in quanto trattamento sanitario “determinato” (ai sensi del comma 2 dell’art. 32 Cost.), ma una tale obbligatorietà avrebbe pur sempre cozzato con il dettato costituzionale, dal momento che — come s’è detto — un trattamento sanitario coatto si giustifica, alla luce del combinato disposto fra il primo e il secondo comma dello stesso articolo 32, soltanto nella misura in cui è funzionalizzato vuoi alla tutela della salute di chi vi è sottoposto (fermo restando il rispetto del principio del minor sacrificio possibile per l’integrità psico-fisica dello stesso paziente), vuoi soprattutto, alla *salvaguardia della salute altrui*, quale *interesse generale* della collettività: elementi, questi, sicuramente mancanti nelle circostanze in questione, che riguardano la sola persona interessata e non hanno punta incidenza sullo stato di benessere di altri.

Senza contare, poi, che il limite costituito dal rispetto della dignità e identità della persona umana, quando ci si avventura nel terreno angoscioso dell’esistenza meccanicamente assicurata, impone comunque di valutare con molta attenzione, e con spiccata prudenza, una normativa che finisce, implicitamente, per prevedere l’assoggettamento della persona, la cui vita è magari sostenuta *solamente* in virtù della alimentazione assistita, ad un’esistenza artificiale in condizioni di irrecuperabilità della coscienza e del volere, che lo stesso soggetto può aver considerato ripugnante alla propria, personale, concezione dell’umana dignità.

Il tentativo di portare fuori dall’orbita dell’art. 32 Cost. la “NIA”, attraverso la sua “*dequalificazione per legge*”⁶⁶, non va poi immune pure da altri e diversi rilievi, legati alla *ragionevolezza* della previsione per com’è stata formulata sia (prima) nel decreto-legge del 6/2/2009, sia (poi) nella mozione approvata in Senato. Nel momento in cui, infatti, si “motiva” esplicitamente l’obbligo di somministrazione dei nutrienti sulla base del fatto che si tratta di vere e proprie “forme di sostegno vitale fisiologicamente finalizzate ad alleviare le sofferenze”, si corre il rischio di incappare in alcune, delicate, aporie.

Innanzitutto, ci si potrebbe chiedere in che “misura” — e soprattutto da parte di “chi” — un tale concetto di “sofferenza” può essere riempito di contenuto e di significato specifico, in particolar modo quando si è chiamati a confrontarsi con la situazione di persone che non sono più in grado di percepire alcuna *sensazione* cosciente, o rispetto alle quali l’esistenza, proprio in quanto

⁶⁶ L’espressione è di Alessandra Pioggia, *Brevi considerazioni sui profili di incostituzionalità del ddl Calabrò*, in *Astrid Rassegna*, n. 4/2009.

artificialmente sostenuta da macchinari in condizioni totalmente inconciliabili con la propria concezione della dignità umana, è essa stessa una fonte di permanenti, insopportabili, “patimenti”⁶⁷.

Inoltre, non appare neppure ben chiaro a che cosa l’espressione “fisiologicamente” intenda far riferimento: se, cioè, all’attitudine della “NIA” di sostenere delle funzioni “fisiologiche” fondamentali dell’organismo (e, segnatamente, il metabolismo cellulare), oppure se alla sua caratteristica di essere, in sé e per sé, un atto “fisiologico”, in quanto equiparabile alla comune assunzione, autonoma o assistita, di acqua e di cibo. Non va, infatti, dimenticato che anche quando il corpo è in grado di assimilare le sostanze veicolate al suo interno per via enterale o parenterale, e quindi è capace di metabolizzarle “fisiologicamente”, la somministrazione artificiale di nutrienti e liquidi necessita pur sempre dell’intervento di appositi “macchinari” che, per quanto possono anche richiedere un non elevato livello di competenze professionali per essere fatti funzionare, una volta impiantati, hanno comunque bisogno, per essere installati correttamente, di un atto medico che incide sulla sfera del corpo (al limite anche “chirurgicamente”), e di un periodico controllo da parte di personale sanitario per evitare l’insorgenza di gravi complicazioni; senza contare, poi, che ciò che viene veicolato all’interno dell’organismo non è di certo un comune alimento o bevanda (come talvolta si è portati a credere), bensì un vero e proprio preparato chimico di natura farmaceutica, che richiede una prescrizione medica specifica.

Sorge, infine, il dubbio se la nutrizione e l’idratazione costituiscano, a ben vedere, proprio le uniche forme di sostegno vitale fisiologicamente finalizzate ad alleviare le sofferenze delle quali il Legislatore deve, per forza, prendere cognizione per regolarle separatamente, o se, invece, alla luce della stessa motivazione introdotta per differenziarle, non si stiano creando dei casi di ingiustificata esclusione rispetto ad altre pratiche terapeutiche o assistenziali⁶⁸.

⁶⁷ Basterebbe ricordare i sentimenti espressi da Pier Giorgio Welby nella *Lettera al Presidente della Repubblica* del 22/9/2006: « Io amo la vita, Presidente. Vita e la donna che ti ama, il vento tra i capelli, il sole sul viso, la passeggiata notturna con un amico. Vita è anche la donna che ti lascia, una giornata di pioggia, l’amico che ti delude. Io non sono né un malinconico né un maniaco depresso — morire mi fa orrore, purtroppo ciò che mi è rimasto non è più vita — è solo un testardo e insensato accanimento nel mantenere attive delle funzioni biologiche. Il mio corpo non è più mio...[...] [C]he cosa c’è di naturale in un buco nella pancia e in una pompa che ti riempie di grassi e proteine? Che cosa c’è di naturale in uno squarcio nella trachea e in una pompa che soffia l’aria nei polmoni? Che cosa c’è di naturale in un corpo tenuto biologicamente in funzione con l’ausilio di respiratori artificiali, alimentazione artificiale, idratazione artificiale, svuotamento intestinale artificiale, morte-artificiosamente-rimandata? ».

⁶⁸ Come — ad esempio — riguardo alla trasfusione di sangue, la quale richiede, invero, un intervento chirurgico non molto più invasivo della “NIA” ed è, al pari di questa, assumibile come una forma di sostegno vitale in grado di alleviare la sofferenza.

Parimenti meritevole di attenzione e degno di analisi è, poi, l’impiego, da parte della mozione, di una formula che fa esplicito riferimento alla “*negazione*” della nutrizione e idratazione, a differenza di quanto, invece, prescriveva il decreto-legge del 6/2/2009, che si esprimeva nei termini di un divieto di loro “*sospensione*” da parte del personale di cura.

Sembra, infatti, di potersi ritenere ammessa l’interpretazione in forza della quale ciò che va senz’altro escluso, alla luce della mozione parlamentare, è che una “*richiesta*” di ottenimento di nutrienti e idratanti formulata da una persona non autosufficiente (attuale o anticipata che sia) riceva un “*rifiuto*” da parte di coloro che l’assistono, mentre nulla sembra stabilito nella mozione per quanto concerne l’*opposto* obbligo a che la “*NIA*” venga sempre e comunque applicata pure a fronte di un *rifiuto* o di un *inespresso consenso* da parte di chi vi è assoggettato.

Letta in questi termini, perciò, la mozione nulla aggiunge e nulla toglie a quel che è già pacificamente inammissibile e ripugnante rispetto al principio di eguaglianza e ai doveri solidarietà sociale, oltre che in contrasto con gli obblighi deontologici del medico, stando all’art. 32 cod. deont. med., vale a dire comportamento di discriminazione nei confronti di una persona non in grado di provvedere a se stessa che si esprima nel rifiuto della somministrazione della nutrizione e idratazione artificiale, fondato e motivato sulla “*sola*” ragione dello stato di sofferenza o di *handicap*, senza che la persona in questione abbia espresso la propria volontà, né attualmente, né anticipatamente, oppure nei casi in cui la volontà, pur manifestata, sia nondimeno inefficace, in quanto equivoca o inattendibile, o non applicabile alle specifiche condizioni cliniche che si sono successivamente verificate⁶⁹.

Negli stessi termini ora indicati, la mozione approvata dal Senato all’esito conclusivo della “*vicenda Englaro*” non appare neppure *preclusiva* allo sviluppo di un dibattito parlamentare, in questo, o nell’altro ramo del Parlamento, nel quale la disciplina specifica dell’alimentazione e idratazione artificiale possa essere affrontata anche in *modo diverso* rispetto a come il Governo aveva inteso regolarla nelle more del “*caso Englaro*”.

Ora, esulerebbe dai confini della trattazione della “*vicenda Englaro*” una disamina compiuta e approfondita delle possibili “*alternative*” che si confrontano sul tappeto e che sono, peraltro, destinate, nella vivacità e complessità della

⁶⁹ Si tratta di riflessioni già svolte a proposito dell’atto di indirizzo adottato dal Ministro del lavoro, della salute e delle politiche sociali il 16/12/2008 nei confronti dei Presidenti delle Regioni e delle Province autonome di Trento e di Bolzano, avente ad oggetto “*Stati vegetativi, nutrizione e idratazione*”: cfr. Federico Gustavo Pizzetti, *L’atto del Ministro Sacconi sugli stati vegetativi, nutrizione e idratazione, alla luce dei principi di diritto affermati dalla Cassazione nel caso Englaro*, in *ASTRID Rassegna*, n. 86, 13 febbraio 2009.

discussione in corso, anche a mutare repentinamente. Tuttavia, vale la pena ricordare che, a differenza di altri mezzi di sostegno vitale che possono essere interrotti senza che per forza consegua il decesso, non è mai possibile che un paziente che non può alimentarsi da solo sia in grado di sopravvivere a lungo una volta che la “NIA” è stata sospesa o non attuata. Alla luce di questa considerazione, la futura legge sulla fine-vita potrebbe, perciò, richiedere, al fine di riconoscere valore vincolante alla scelta anticipata di rifiuto di tale trattamento formulata dal malato divenuto incapace, uno *standard* più severo e rigoroso di quello previsto per altri tipi di trattamenti sanitari, vuoi dal punto di vista dell’individuazione delle condizioni di malattia o cliniche in presenza delle quali tale richiesta acquista efficacia⁷⁰, vuoi, soprattutto, richiedendo che la decisione di *non* intraprendere o di interrompere la nutrizione e idratazione artificiale possa essere presa, dal fiduciario e dai medici, se — e solo se — prima di perdere la lucidità, il paziente l’ha espressamente e puntualmente contemplata nel proprio testamento biologico, mediante un’apposita manifestazione di volontà, separata e distinta dalle altre istruzioni formulate. In questo modo, si potrebbe temperare il rispetto della previsione costituzionale che vieta di praticare trattamenti difformi dalla volontà della persona con la salvaguardia, anch’essa costituzionalmente richiesta, del bene della vita della persona stessa, messo in tensione, in modo del tutto particolare, dal venir meno della “NIA”, proprio in ragione del fatto che l’interruzione o la somministrazione di tale supporto vitale porta, presto o tardi, a un inevitabile esito mortale.

5. (Segue) Il “ddl Calabrò” in discussione in Parlamento

Il riverbero del “caso Englaro” non ha investito, invero, solamente la mozione conclusiva della specifica vicenda istituzionale innescatasi con l’adozione del decreto-legge del 6/2/2009. Si è già sottolineato, infatti, che dopo la mozione approvata il 10/2/2009, è ripresa la discussione in XII Commissione permanente Igiene e Sanità del Senato della Repubblica sul testo unificato del relatore Calabrò.

Avvertito che si tratta di una bozza ancora suscettibile di emendamenti⁷¹, tanto in Commissione, quanto in Aula (oltre che, va da sé, eventualmente da parte dell’altro ramo del Parlamento), merita osservare che i principi ispiratori di fondo che animano il testo in esame appaiono caratterizzarsi per una notevole lontananza dal quadro ricostruttivo delineatosi a séguito della pronuncia di legittimità intervenuta nel “caso Englaro” (e non solo).

⁷⁰ Senza, però, arrivare sino al punto di considerare soltanto l’acquinamento terapeutico obiettivo, vale a dire la cessazione della capacità stessa di metabolizzare quanto assunto per via artificiale.

⁷¹ Di grande interesse il commento, “a prima lettura”, steso da Guido Alpa, *Il disegno di legge sul testamento biologico: note lessicali*, in *Astrid Rassegna*, n. 5/2009.

Da questo punto di vista, il “*ddl Calabrò*” suscita dubbi in merito alla sua piena compatibilità con il principio di volontarietà dei trattamenti sanitari, di inviolabilità del corpo, di promozione del “progetto di vita” della persona stessa (e dunque di rispetto e valorizzazione della sua “*personalità esistenziale*”), di ricerca di un *quadro compositivo* dei *valori e dei diritti in gioco*, alla luce della salvaguardia del fondamentale binomio “*dignità–identità*”, così strettamente collegato al *principio personalista* sul quale (tra gli altri) la Repubblica si fonda.

La dignità della persona umana riguardo alle applicazioni della biologia e della medicina, garantita dalla legge in attuazione degli artt. 2, 13 e 32 Cost., viene, nel testo, “scissa” e “separata” dall’identità personale (per nulla menzionata) e collegata alla (“sola”) “*salvaguardia*” dell’uomo, rispetto all’interesse della società e della scienza (primato, questo, senz’altro apprezzabile e, comunque, fissato dall’art. 2 Conv. Ov.), lasciando del tutto in ombra gli altri profili legati al “rispetto” e alla “*promozione*”, a tutto tondo, della *persona*.

La “*bozza Calabrò*” appare ispirata da una certa “diffidenza” verso la valorizzazione dell’*autonomia* del paziente e verso la *promozione* dalla sua *personalità* nelle scelte mediche, tanto attuali, quanto anticipate. Non si nega l’alleanza terapeutica, alla quale, anzi, si tributa un ruolo “prioritario” e, nelle fasi finali della vita, anche un “peculiare valore”, ma la si astringe entro uno schema in larga parte predeterminato, proprio nei suoi capisaldi più delicati, da scelte valoriali e operazionali “forti” compiute, a monte, dal Legislatore.

Non si tratta, a ben vedere, (sol)tanto della qualificazione del “diritto alla vita” come inviolabile (da parte di terzi) e indisponibile (da parte dello stesso soggetto), ai sensi dell’art. 1, — che tale petizione di principio potrebbe essere interpretata semplicemente in senso rafforzativo del mancato riconoscimento di un “diritto a morire” e dell’affermazione del correlato divieto di praticare l’eutanasia⁷² (da intendersi, diversamente da quanto sembra fare il “*ddl Calabrò*”, esclusivamente nello specifico senso della somministrazione di sostanze *ex se* in grado di procurare immediatamente e direttamente il decesso, per fini pietosi)⁷³ — quanto piuttosto dei *limiti* che la legge impone all’esercizio del diritto alla rinuncia ai trattamenti sanitari, anche di carattere salva–vita o di sostegno vitale, il quale comporta il sacrificio non già del *diritto alla vita*, ma del *bene della vita*.

⁷² Pacificamente accolto nel nostro ordinamento vigente ai sensi degli articoli 575, 589 e 580 cod. pen. e rispetto al quale, tuttavia, l’art. 2, comma 1 introduce fattispecie penalmente rilevanti (“il suicidio assistito”, l’“eutanasia attiva”, “omissiva”, “esplicita”, “surrettizia”) attraverso un’anomala forma di interpretazione “autentica” delle norme richiamate del Codice penale sulla quale ci sarebbe da interrogarsi.

⁷³ L’affermazione della “indisponibilità” del “diritto alla vita” può anche essere letta nel senso del divieto di atti negoziali che abbiano ad oggetto la disponibilità di codesto diritto.

Il proponente Legislatore, infatti, agli artt. 2, 3 e 8, vieta la non attivazione o la disattivazione di trattamenti sanitari “ordinari e proporzionati” alla “salvaguardia della vita” (senza ulteriori specificazioni), dai quali (“in scienza e coscienza”) si possa fondatamente attendere, per il paziente, un “beneficio” (inteso evidentemente nel senso della tutela della “vita” stessa, in qualunque condizione clinica, sino al sopraggiungere della morte legale). Il medico, perciò, può “astenersi” (ma non, evidentemente, anche risolversi per l’interruzione) — e, in buona sostanza, quasi esclusivamente in caso di morte prevista come “imminente” — solamente da trattamenti sanitari “straordinari”, “non proporzionati”, non “efficaci” o non tecnicamente adeguati rispetto agli obiettivi di cura “e/o” di “sostegno vitale” del paziente, senza che quest’ultimo, però, abbia voce alcuna in capitolo. Ne consegue che, com’è stato osservato, di fronte a scelte fondamentali aventi ad oggetto trattamenti sanitari e riguardanti la vita che, in relazione alle disponibilità tecnologiche mediche per un verso, e al decorso naturale delle cose per l’altro, si vuole continuare a vivere, non possono essere fatti valere « i valori fatti propri dalla persona interessata, la sua visione di dignità o il senso che dava alla propria vita »⁷⁴, dovendosi, invece, ricorrere soltanto a valutazioni di carattere “obiettivo”, “eterodeterminate” dal Legislatore e dal medico.

Il ddl, inoltre, anche al di fuori dei casi di terapie di sostegno vitale o salva-vita, riconosce una partecipazione del paziente soltanto all’“*identificazione*” delle cure mediche più appropriate, e non anche alla loro “*condivisione*”, espressione di piena autonomia (*ex art. 1, comma 5*). Lo stesso istituto del consenso informato risulta, perciò, piuttosto limitato — com’è stato acutamente osservato⁷⁵ —, nella formulazione dell’art. 4, ai soli casi di “attivazione” del trattamento sanitario, mentre nulla rimane di chiaramente regolato in merito all’interruzione del trattamento stesso su richiesta del malato, una volta che questi vi abbia consentito. È vero che il consenso può essere sempre revocato, anche parzialmente, a’ termini del comma 5, ma resta il dubbio che una tale disposizione possa essere interpretata nel senso di riconoscere come legittimo un dissenso o una richiesta di sospensione di una terapia già in atto, in modo particolare nei casi più delicati e drammatici, poiché questo si scontrerebbe con l’obbligo del medico, previsto dal ddl, di continuare a sostenere le funzioni vitali di base.

Per quanto concerne la disciplina del “*ddl Calabrò*” specificamente applicabile ai soggetti *incapaci*, essa s’impenna su alcune disposizioni inserite

⁷⁴ Alessandra Pioggia, *Brevi considerazioni sui profili di incostituzionalità del ddl Calabrò*, cit.

⁷⁵ Sempre da Alessandra Pioggia, *Brevi considerazioni sui profili di incostituzionalità del ddl Calabrò*, cit.

all'interno della regolazione del consenso, da una parte, e sull'introduzione dell'istituto delle “dichiarazioni anticipate di trattamento”, dall'altra.

Senza potersi qui soffermare troppo nel dettaglio, merita di essere rilevato che la “bozza” pare introdurre un sistema “a doppio binario”: l'uno che si applica ove non siano state redatte “DAT”, l'altro, invece, che viene in rilievo nel caso in cui il paziente le abbia formulate.

Nel primo caso, infatti, opera in generale l'art. 4, commi 6, 7 e 8: il consenso all'intervento viene prestato dal tutore in caso di interdizione ai sensi dell'art. 414 cod. civ., o ai sensi dell'art. 349, comma 3 cod. civ., in caso di inabilitazione a norma dell'art. 415 cod. civ.; oppure ancora dall'amministratore di sostegno⁷⁶ nei casi in cui questa sia stata attivata e ove nel decreto di nomina sia stata contemplata l'assistenza in ordine alle situazioni di carattere sanitario.

Il Legislatore sembra, perciò, prendere atto che già *oggi*, sia pure attraverso una (invero, piuttosto piccola) estensione della disciplina codicistica vigente, è possibile assicurare un meccanismo decisorio in campo sanitario nei confronti di pazienti non in grado di intendere e di volere basato anche su scelte personali formulate in previsione dell'incapacità⁷⁷, ciò che dimostra — a ben vedere — l'indiscutibile opportunità, ma non la vera e propria necessità, della previsione dello specifico strumento delle “DAT” (che pure lo stesso proponente Legislatore introduce)⁷⁸.

Il secondo “binario” prospettato dal testo unificato contempla per un verso, l'introduzione della “DAT”⁷⁹ e, per altro verso, l'istituto del “fiduciario” per la salute⁸⁰.

Merita subito segnalare in proposito l'attribuzione di un valore solamente “orientativo” e non già vincolante alle dichiarazioni anticipate di trattamento.

Va da sé che, proprio in quanto “progetto di vita” — atto di anticipazione di scelte che dovranno essere prese in un tempo futuro e in condizioni di incapacità

⁷⁶ Sul quale si v. in particolare Emanuele Calò, *Amministrazione di sostegno: Legge 9 gennaio 2004, n. 6*, Milano, Giuffrè, 2004.

⁷⁷ Quali che siano le istruzioni che, con atto pubblico, il soggetto può formulare in previsione della propria incapacità sopravvenuta all'interno del regime dell'amministrazione di sostegno, il “*ddl Calabrò*” esclude comunque che l'amministratore possa seguirle, se riguardano trattamenti sanitari in pregiudizio della vita dell'incapace stesso.

⁷⁸ Cfr. Trib. Modena, decr., 5/11/2008 e Trib. Modena, decr., 13/5/2008, e, in parte, anche Trib. Siena, decr., 18/6/2007 e Trib. Roma, decr., 20/12/2005.

⁷⁹ Redatta in forma scritta, con atto avente data certa e firma del soggetto interessato maggiorenne, in piena capacità di intendere e di volere e dopo una puntuale informazione medico clinica, formulata in modo chiaro, libero e consapevole, manoscritta o dattiloscritta, ma sottoscritta sempre con firma autografa, sempre revocabile, anche parzialmente, e avente validità di tre anni, spirato il quale essa perde ogni efficacia, salvo rinnovo (a quel punto anche “a tempo indefinito”...).

⁸⁰ Maggiorenne, capace di intendere e di volere, che appone al propria firma autografa al testo contenente le dichiarazioni anticipate.

— il testamento biologico può anche essere considerato *non avente un’efficacia vincolante*, ma questo *non già in linea di principio*, bensì (solo) all’esito dell’*interpretazione specifica* che di esso si dà, una volta compiuto tutto il delicato e complesso processo di ricostruzione della volontà anticipata (che, per forza di cose, riguarda solo situazioni cliniche e terapie “possibili”) rispetto alle circostanze effettivamente verificatisi. Nel ddl unificato, invece, è *in radice* escluso qualsiasi effetto cogente alla “DAT”, anche qualora essa risulti pienamente rispondente, in tutti i suoi minuziosi aspetti (e nel suo spiccato formalismo procedurale, richiesto dal proponente Legislatore), alle scelte terapeutiche che debbono esser prese nelle condizioni di fatto date. Lo stesso medico, infatti, è tenuto sempre e solo a “prendere in considerazione” — peraltro, “attentamente” — la “volontà” espressa dal soggetto nella sua dichiarazione anticipata, ma non è in nessun caso obbligato a seguirla. Curiosamente, tuttavia, il medico deve sempre motivare perché ritenga di seguire l’indicazione anticipata del malato (art. 8, comma 1), mentre sarebbe stato più logico, alla luce del principio costituzionale *ex art. 32, comma 2 Cost.*, l’opposto⁸¹.

Per quanto riguarda, poi, i limiti frapposti all’esplicazione del “progetto di vita” del paziente, gli artt. 5, 7 e 8 si premurano di ribadire il divieto di inserimento nella “DAT” di indicazioni, oltreché finalizzate all’eutanasia, anche in contrasto con le norme giuridiche o la deontologia medica, la quale assume, in tal modo — merita rilevarlo — un vero e proprio valore *equiparato* alla legge. Il provvedimento d’iniziativa legislativa limita, in particolare, la non rifiutabilità dei trattamenti salva-vita e di sostegno vitale, dal momento che sono rinunziabili solo i trattamenti sanitari di carattere sproporzionato, futili, sperimentali, altamente invasivi o invalidanti.

Non solo: il medico dovrà valutare qualsivoglia dichiarazione anticipata resa dal paziente secondo alcuni principi posti dal Legislatore (art. 8, comma 2), che finiscono per costituire una trama, la quale “ingloba” e “perimetra” la presa in considerazione della “DAT”, anche dal punto di vista della stessa autonomia professionale del sanitario che si trova a dover compiere le specifiche valutazioni del caso clinico che ha di fronte.

Per quanto concerne l’alimentazione e la nutrizione artificiali, l’art. 5, comma 6 del “*ddl Calabrò*” stabilisce che né l’una, né l’altra possono costituire oggetto di dichiarazione anticipata di trattamento. L’esclusione dal contenuto della “DAT” della “NIA” implica che, rispetto a quest’ultima, il soggetto non possa esprimersi neppure in via meramente orientativa: in tal senso, il “*ddl Calabrò*” va

⁸¹ Anche se, con un evidente difetto di coordinamento, il successivo comma 4 impone l’obbligo di motivazione pure nel caso in cui il medico decida di disattendere la “DAT”, ma solo se in ragione del fatto che essa non è più corrispondente agli sviluppi delle conoscenze tecnico-scientifiche e terapeutiche.

in una direzione ancor più forte di quella seguita dalla mozione approvata dal Senato che, quanto meno, lasciava aperto il caso del “rifiuto” anticipato del dispositivo di sostegno vitale da parte del paziente divenuto incapace. Se ciò non significa che la “NIA” non possa essere mai “sospesa” da parte di chi assiste colui che non può provvedere a se stesso, come voleva, nel suo ancor più marcato rigore, il decreto-legge varato dal Governo, resta il fatto che l’art. 5, comma 6 del testo unificato, collocato in una trama normativa che vieta al medico qualsiasi atto che sia contrario al sostegno della vita e all’alleviamento della sofferenza, implica che l’alimentazione artificiale non potrà, nei fatti, essere quasi mai interrotta, salvo il caso in cui la sua prosecuzione concretizzi un’ipotesi di accanimento terapeutico, ai sensi dell’art. 2, comma 1.

Infine, desta curiosità e perplessità l’inciso di cui al comma 7 dell’articolo 5, secondo il quale la “DAT” assume “rilievo”⁸² solo « nel momento in cui è accertato che il soggetto *in stato vegetativo* non è più in grado di comprendere le informazioni circa il trattamento sanitario e le sue conseguenze e per questo motivo non può assumere decisioni che lo riguardano »⁸³: tale formulazione, infatti, sembrerebbe circoscrivere anche quel (ridotto) valore che la proposta di legge riconosce al testamento biologico — in quanto mero atto ottativo (soltanto) da tenere in considerazione (ma non da applicare rigorosamente) — ai soli casi di “stato vegetativo”⁸⁴, escludendosi, quindi, il suo venire in rilievo *in ogni altra situazione* d’impossibilità, per il malato, di esprimere un qualsivoglia consenso informato.

6. Hard cases make bad law: leggi “contro” e leggi “per”

Alla luce delle considerazioni sin qui svolte, sembra difficile dubitare che la “vicenda Englaro” rappresenti, per molti aspetti, e soprattutto nelle sue battute finali, un caso “difficile”.

Un noto aforisma inglese suole mettere in guardia che “*hard cases make bad law*”, ma una situazione forse anche “peggiore” si ha allorquando le iniziative legislative che traggono il loro impulso dal caso sembrano quasi deliberatamente essere rivolte e agitate “*contro*” il caso stesso.

In questa prospettiva, come hanno da ultimo avvertito, con attenta sensibilità istituzionale, i due Presidenti delle Camere, occorre “allontanare” il dibattito parlamentare dal “*caso Englaro*”, “*per*” far sì, innanzitutto, che si stemperino le tensioni che si sono venute accumulando e, poi, che si promuova un ampio dialogo e un più sereno confronto fra le diverse sensibilità che possono

⁸² Formula, questa, piuttosto “a–tecnica”, visto che non si parla di vera e propria “efficacia”.

⁸³ Enfasi corsiva aggiunta.

⁸⁴ Cfr. Carlo Alberto Defanti, *Soglie. Medicina e fine della vita*, Torino, Bollati Boringhieri, 2007.

sempre emergere su questioni di tale caratura non soltanto fra i diversi schieramenti, ma anche all’interno delle stesse forze politiche, in modo tale da poter, alla fine, affrontare e risolvere — senza strumentali dilazioni per un verso, ma con tutta la temperanza e la prudenza ch’esse indubbiamente meritano per l’altro, e allo scopo di trovare il più possibile un punto di “intersezione”⁸⁵, per altro verso ancora — tutte le complesse e intricate sfaccettature che impone di considerare un’organica disciplina sul fine-vita, equilibrata e soprattutto sempre, puntualmente rispettosa delle coordinate assiologiche del nostro sistema costituzionale, fondato su precisi valori di dignità-identità della persona umana e di libertà nelle scelte esistenziali che implicano l’accettazione o la rinuncia alle cure mediche (senza per questo invocare, affatto, lo “spettro” dell’eutanasia⁸⁶).

Leopoldo Elia, interrogandosi su quale fosse l’estensione della «pretesa all’autodeterminazione umana per essere compatibile con la dignità della persona» e su quali dovessero essere i limiti entro cui «l’uomo ha potere su stesso, sul proprio corpo e sulla propria vita», ebbe ad osservare che, per dare risposte all’altezza di queste domande, «anche il ricorso al principio di maggioranza, che pure è fondamentale nel governo democratico, può rivelarsi insoddisfacente o per lo meno è da usare con grande cautela». Alla luce di un quadro costituzionale, articolato sui capisaldi costituiti dagli artt. 2, 13 e 32 Cost., che si rivela altamente “facoltizzante”, Elia faceva presente che «se necessarie, però, le votazioni parlamentari in queste materie dovrebbero essere slegate dalla disciplina di voto richiesta dai capigruppo: non dimenticando che le leggi vanno fatte per i credenti e per i non credenti e che le leggi facoltizzanti (...) sono di norma le più adatte ad una società pluralista e multiculturale»⁸⁷.

Si tratta di una riflessione e di un monito che appaiono quanto mai validi e preziosi, anche per il Legislatore (...parlamentare, non “governativo”...) di oggi.

⁸⁵ La necessità di trovare punti di equilibrio rispettosi del catalogo assiologico contenuto nel Testo costituzionale, allorquando si affrontano questioni bioetiche, è in generale sottolineata da Lorenzo Chieffi, *Introduzione. Una bioetica rispettosa dei valori costituzionali*, in *Bioetica e diritti dell’uomo*, a cura di Lorenzo Chieffi, Torino, Paravia scriptorium, 2000, XVI ss.

⁸⁶ Sulla quale, si v., nella dottrina costituzionalistica, l’ampio studio di Chiara Tripodina, *Il diritto nell’età della tecnica. Il caso dell’eutanasia*, Napoli, Jovene, 2004.

⁸⁷ Leopoldo Elia, *Introduzione ai problemi della laicità*, in *Associazione dei costituzionalisti. Atti del Convegno annuale dell’Associazione dei Costituzionalisti*, tenutosi in Napoli, il 26–27 ottobre 2007.

In margine al caso E.: sui limiti della funzione legislativa*

Vincenzo Cerulli Irelli

1. Il caso E. di cui ci stiamo occupando, nei suoi aspetti istituzionali, solleva una serie di questioni, di grande interesse, in ordine ai limiti del potere legislativo nell'ambito di un ordinamento, come il nostro, fondato su una Costituzione rigida e sul controllo di costituzionalità delle leggi.

Al di là dei limiti che il potere legislativo, sia dello Stato che delle Regioni, incontra nelle norme costituzionali nonché nei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario o dai trattati internazionali ai sensi dell'art. 117, 1° comma, si pone la questione dei limiti che il potere legislativo incontra laddove esso intende fuoriuscire dal suo ambito naturale, che è quello della emanazione di norme giuridiche applicabili alla generalità delle fattispecie individuate dalle norme stesse; e verificatesi nell'ordine della realtà, successivamente all'entrata in vigore della legge relativa.

Si tratta della questione ben nota, relativa al divieto di retroattività della legge, salve eccezioni da valutarsi in base ad uno stretto scrutinio di costituzionalità, e perciò delle leggi c.d. interpretative; nonché delle questioni, più direttamente attinenti all'oggetto delle nostre riflessioni, della c.d. riserva di amministrazione e della c.d. riserva di giurisdizione. Laddove il legislatore si trasforma in amministratore o in giudice, emana cioè atti che hanno la forma della legge ma hanno il contenuto di atti amministrativi ovvero sono chiamati a produrre effetti che incidono su materie già definite in sede giurisdizionale o che sono in corso di definizione attraverso un procedimento giurisdizionale.

Su questi punti, come è noto, la giurisprudenza costituzionale è assai oscillante, spesso perplessa, e non sempre è orientata a porre argini precisi allo strabordare del potere legislativo al di là della funzione sua propria, che è quella appunto di produrre norme giuridiche.

E così, in ordine alle leggi interpretative aventi carattere retroattivo la giurisprudenza della Corte si limita a vincolare il legislatore al rispetto stretto del principio di ragionevolezza, dell'affidamento del cittadino, cui si aggiunge l'ulteriore criterio che con la legge interpretativa e perciò retroattiva, sia fissata una delle possibili interpretazioni già consentite dalla norma interpretata, senza

* Relazione al Seminario di ASTRID, *Il potere, le regole, i controlli: la Costituzione e la vicenda Englaro* - Roma, 5 marzo 2009.

possibilità quindi di innovare attraverso questo strumento l'ordinamento positivo (Corte cost., n. 397/94).

E in ordine alla c.d. riserva di amministrazione, è ben noto che la giurisprudenza della Corte è stata sempre larga nell'ammettere la legittimità di leggi provvedimento, addirittura di leggi che prendono il luogo di atti amministrativi, la cui adozione sarebbe stata possibile da parte della pubblica amministrazione mediante l'applicazione di leggi generali. Ma su questo punto la posizione della dottrina è assai più rigida, e critica verso quella giurisprudenza; che sembra tuttavia di recente orientata, anch'essa, verso posizioni più rigide: "sostituire con un atto legislativo quanto può essere realizzato dalla Regione mediante un apposito provvedimento amministrativo", espressamente disciplinato da legge statale, è contrario al dettato costituzionale, secondo la Corte, anche per la violazione delle garanzie rappresentate dagli "ordinari strumenti di tutela giurisdizionale" (Corte cost., n. 271/08).

Mentre in ordine alla cd. riserva di giurisdizione la posizione della Corte sembra essere, pur con oscillazioni soprattutto nella giurisprudenza meno recente, assai più rigida, laddove afferma essere "comunque precluso al legislatore di intervenire, con norme aventi portata retroattiva, per annullare gli effetti del giudicato" (Corte cost. n. 282/05); e al di là dell'incidenza sul giudicato, laddove sanziona il potere legislativo laddove espresso in una legge "intenzionalmente diretta ad incidere su concrete fattispecie *sub iudice*" (Corte. cost. n. 397/94).

2. In ordine a questi aspetti (delicati e complessi, che ovviamente qui non possono essere esaminati), emerge la consapevolezza che il potere legislativo nell'ordinamento costituzionale incontra dei limiti (che, se travalicati, producono l'illegittimità dei relativi atti) dati dal carattere proprio della funzione (quella della predisposizione normativa) che a detto potere è riservata.

Invero, al di là delle oscillazioni giurisprudenziali, spesso giustificate da esigenze di salvare scelte legislative irreversibili, ritengo si possa affermare che, nell'ambito dei nostri principi costituzionali, sia precluso al legislatore adottare nelle forme della legge, atti nel loro contenuto ascrivibili ai meri atti amministrativi (diverso è il caso di una legge singolare o legge provvedimento, che pur non dotata del carattere della generalità può avere valore innovativo dell'ordinamento).

E ciò perché in tal modo vi sarebbe una evidente violazione di principi stabiliti dalla Costituzione, in ordine all'esercizio della funzione amministrativa, che è funzione non libera ma vincolata nei fini, e soggetta al canone della imparzialità, mentre la funzione legislativa è libera e soggetta solo al rispetto delle norme costituzionali; e d'altra parte vi sarebbe evidente violazione degli artt. 103 e 113 Cost., oltre che più in generale dell'art. 24 Cost., perché il soggetto inciso

nei suoi diritti o interessi legittimi dall'atto legislativo che prende il luogo dell'atto amministrativo, non avrebbe nelle sue mani gli strumenti della tutela giurisdizionale assicurati dalla Costituzione a "tutti", senza possibilità di eccezione alcuna.

Ma a maggior ragione, come peraltro generalmente riconosciuto, opera come limite alla funzione legislativa la riserva di giurisdizione. Su questo punto la Costituzione è assai più chiara che in riguardo alla riserva di amministrazione, per la quale non vi è una attribuzione esplicita al plesso pubblica amministrazione ma vi è soltanto l'indicazione dei canoni dell'azione e dei termini della tutela.

Mentre, la funzione giurisdizionale è espressamente attribuita in via esclusiva ai "magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario" (art. 102 Cost.), nonché ai giudici speciali espressamente previsti dalla Costituzione (art. 100, 103, 113 Cost.).

E allo stesso tempo la Costituzione stabilisce le modalità e i canoni della funzione giurisdizionale nel suo svolgimento (particolarmente art. 111 Cost.), che sono del tutto propri e differenziati da quelli relativi alle altre funzioni di governo e segnatamente dalla funzione legislativa.

3. Questi limiti, propri della funzione legislativa per la sua stessa natura, al di là degli altri posti dalla Costituzione in ordine ai contenuti delle norme e alle materie nelle quali esse intervengono, si estendono ovviamente alla funzione legislativa in ogni forma che essa nel nostro ordinamento costituzionale può assumere. E quindi sia laddove essa si svolge nella forma ordinaria, cioè mediante leggi del Parlamento (art. 70 Cost.), e a maggior ragione, si direbbe, laddove si svolge, eccezionalmente secondo la Costituzione (ma ormai ordinariamente nella prassi), attraverso atti normativi del Governo, decreti legge e decreti legislativi (artt. 76 e 77 Cost.).

In entrambe le forme, l'atto legislativo si perfeziona e perciò entra in vigore attraverso un ulteriore passaggio procedimentale di competenza del Presidente della Repubblica; il quale "promulga" le leggi ed "emana" gli atti aventi forza di legge di competenza del Governo (art. 87, Cost.).

Il potere presidenziale in questi casi, il potere di promulgare la legge, ovvero di emanare gli atti normativi del Governo, è di dubbia natura e dai contorni non precisi.

Sicuramente non si estende in nessun caso ad una valutazione nel merito delle scelte normative contenute nell'atto legge adottato dal Parlamento, e neppure nell'atto decreto adottato dal Governo. Le relative scelte restano esclusivamente affidate alla responsabilità politica rispettivamente del Parlamento e del Governo (il quale a sua volta ne risponde in Parlamento).

Sul punto, la posizione del Presidente della Repubblica nell'ordinamento costituzionale, che ha adottato pienamente e senza riserve la forma di governo parlamentare, è assai diversa dalla posizione che aveva il Re nel precedente regime statutario, corresponsabile della funzione legislativa (“il potere legislativo sarà collettivamente esercitato dal Re e da due Camere” : art. 3 Statuto Albertino); nonchè Capo del potere esecutivo (che appartiene al “Re solo”, secondo l’art. 5 dello Statuto), tuttavia esercitato dal Re attraverso “il Suo Governo”, e perciò sicuramente corresponsabile di ogni atto del Governo, anche nel merito delle relative scelte di carattere politico.

Il Presidente della Repubblica nell'ordinamento costituzionale laddove è titolare della adozione di atti che interferiscano con l'esercizio della funzione legislativa, è responsabile, come è noto, soltanto di garantire la legittimità costituzionale, segnatamente nei casi in cui la violazione sia manifesta, rispettivamente degli atti del Parlamento e del Governo; funzione che si esprime, appunto, nella fase, rispettivamente, della promulgazione delle leggi e dell'emanazione dei decreti.

Parlamento e Governo nelle loro diverse attribuzioni, possono adottare con i propri atti, e segnatamente con quelli a carattere legislativo, ogni scelta politica, restandone ad essi piena ed intera responsabilità (rispondendo soltanto di queste scelte di fronte alla sovranità popolare); ma incontrano il limite stabilito dal rispetto delle norme costituzionali. Parlamento e Governo sono titolari dell'indirizzo politico; ma l'indirizzo politico deve essere conforme, o se si vuole non può essere disforme, non può venire in contrasto con quello che possiamo chiamare indirizzo costituzionale: cioè quella linea di azione nell'esercizio della funzione di governo che si muove in conformità alle norme costituzionali.

4. Dell'indirizzo costituzionale è responsabile il Presidente della Repubblica, il quale perciò è tenuto ad esercitare in ordine agli atti, anche di carattere legislativo, che sono sottoposti, nelle differenti forme previste, alla sua firma, una valutazione precisa dell'atto stesso con riferimento ai vincoli posti dalle norme costituzionali; ed è da ritenere che tale valutazione investa non solo i contenuti dell'atto e le materie sulle quali esso va ad impingere, che possono risultare, gli uni, in palese violazione di singole norme costituzionali, e le altre, precluse al tipo di atto di cui si tratta (ad esempio, perché manifestamente riservate alla potestà legislativa regionale); ma anche l'eventuale (manifesto) travalicamento dei limiti propri della funzione legislativa (come nel caso, appunto, di interferenza con l'esercizio della funzione giurisdizionale).

Si badi bene, questo tipo di valutazione di carattere preliminare, cioè anteriore all'entrata in vigore dell'atto, l'unica capace di impedirne la produzione degli effetti laddove esso appaia del tutto difforme da norme costituzionali, nulla

ha a che fare con il successivo, eventuale, scrutinio di costituzionalità, affidato alla Corte costituzionale, nelle forme della giurisdizione (scrutinio che in molti casi può rivelarsi del tutto inutile a fronte di effetti irreversibilmente prodotti).

5. Diverse sono le modalità nelle quali si svolge la valutazione del Presidente della Repubblica, rispettivamente in sede di promulgazione della legge e in sede di emanazione dei decreti di carattere legislativo del Governo.

Per quanto riguarda la legge, la funzione presidenziale è limitata, potendosi esprimere, in caso di accertata violazione di norme costituzionali, nel rinvio della legge stessa alle Camere con un messaggio nel quale il Parlamento è chiamato a riflettere sui dubbi di costituzionalità riscontrati. Ma, in caso di seconda approvazione della legge da parte delle Camere, anche nel medesimo testo già sanzionato dalle osservazioni presidenziali, al Presidente non resta alcun ulteriore spazio valutativo ed ha l'obbligo di promulgare la legge (art. 74 Cost.).

Qui prevale evidentemente il principio della sovranità del Parlamento, come organo titolare esclusivo (non, come nel regime statutario, "collettivamente") della funzione legislativa.

Diversa è la funzione del controllo presidenziale in ordine ai decreti del Governo; diversa non quanto ai contenuti perché si tratta sempre ed esclusivamente di un controllo di sola costituzionalità (di manifesta incostituzionalità); ma diversa quanto alla forza e agli effetti. Ciò in considerazione del fatto che la funzione legislativa del Governo è di carattere del tutto eccezionale, nel disegno costituzionale, e quindi il suo concreto esercizio è sottoposto ad un controllo assai più stretto in ordine alla ammissibilità in concreto dei singoli atti nei quali si manifesta. Ma anche perché il Presidente della Repubblica nell'ordinamento costituzionale, pur diversamente impostato rispetto al regime statutario, conserva tuttavia alcuni dei poteri propri di Capo dell'Esecutivo (come l'autorizzazione alla presentazione dei disegni di legge del Governo, la nomina dei più alti funzionari pubblici, il comando delle Forze Armate, etc.: art. 87 Cost.). Ciò consente di ritenere il rapporto tra Presidente e Governo (che pur restano, a differenza che in regime statutario, due diversi Poteri dello Stato) assai più stretto (e le rispettive funzioni assai più compenetranti reciprocamente) di quello intercorrente tra Presidente e Parlamento.

6. Ciò comporta che, in ordine agli atti legislativi del Governo, il compito di valutazione (controllo) del Presidente, a fronte dell'indirizzo costituzionale di cui egli è responsabile, ferma restando la piena responsabilità politica del Governo circa i contenuti dell'atto, deve essere svolto con il massimo scrupolo circa l'eventuale manifesto discostarsi dell'atto stesso, dai limiti costituzionali posti alla relativa funzione.

Ciò in particolare, e con ben maggiore incisività, in ordine ai decreti legge. E la ragione è molto semplice, chè questi atti non hanno alcun fondamento in una previa disposizione di legge (la legge verrà dopo e potrà anche non venire mai); e, d'altro canto, essi entrano in vigore immediatamente, producendo effetti spesso irreversibili, prima ancora che sia possibile effettuare alcun controllo da parte del Parlamento (per non dire del controllo della Corte Costituzionale, del tutto eventuale, successivo e perciò inidoneo ad incidere sugli effetti già prodotti).

E perciò, in particolare sui decreti legge, il controllo di costituzionalità (di palese incostituzionalità) che il Presidente della Repubblica deve svolgere in sede di emanazione, si configura come un controllo puntuale e doveroso, non solo in ordine alla sussistenza dei presupposti di necessità ed urgenza previsti dall'art. 77 Cost., ma anche in ordine alla sussistenza in concreto, con riferimento alla materia di cui si tratta e al contenuto dell'atto, della potestà legislativa (controllo che investirebbe l'atto anche se fosse legge del Parlamento). Deve estendersi cioè, alla valutazione se il contenuto dell'atto non travalichi i limiti che la Costituzione pone alla funzione legislativa, secondo quanto si è detto, e segnatamente, per quanto ci interessa, i limiti posti dalla riserva di giurisdizione; se si tratti perciò di un atto legislativo conforme a Costituzione non solo perché adottato in caso di necessità ed urgenza ma anche perché presenta i contenuti tipici della funzione legislativa e perciò consta di norme applicabili in avvenire, e non di norme che incidono su procedimenti giurisdizionali o addirittura ne travolgono gli esiti (e vorrei aggiungere, per citare l'altro possibile limite posto alla funzione legislativa, anche di norme che sono in realtà degli atti amministrativi).

In questi casi, compito del Presidente è quello anzitutto di convincere il Governo a modificare i contenuti dell'atto che intende adottare (da qui la prassi della comunicazione preventiva) in virtù del principio di leale collaborazione tra gli organi costituzionali. Ma nel caso in cui il Governo adotti l'atto ritenuto incostituzionale il Presidente, a mio giudizio, ha il potere (che è un obbligo costituzionale invero) di rifiutare l'emanazione del decreto. Infatti, con riferimento a questi atti legislativi non è previsto il meccanismo del rinvio motivato; nè d'altra parte una seconda deliberazione del Governo, a differenza di quanto avviene in ordine alla seconda deliberazione delle Camere, potrebbe sanare alcunché, vista la posizione del tutto diversa rispettivamente del Parlamento e del Governo in ordine all'esercizio della funzione legislativa.

In caso di conflitto tra i due organi costituzionali, provocato dall'adozione dell'atto legislativo del Governo e dal rifiuto presidenziale di emanarlo, sarebbe aperta ovviamente la strada del giudizio della Corte costituzionale.

7. Venendo per una rapidissima osservazione, al caso di specie da cui abbiamo preso le mosse, il d.l. adottato del Governo, se contenente una norma

(come sembra dal suo testo) applicabile solo per l'avvenire (e quindi non applicabile al caso E. già definito con decisione irrevocabile dell'autorità giudiziaria) risultava palesemente privo dei requisiti della necessità e dell'urgenza (trattandosi di una materia da tempo all'esame del Parlamento e in attesa di definizione); se viceversa (come appare dalle esplicite dichiarazioni dei suoi autori), contenente una norma applicabile al caso E., anzi intenzionalmente adottata per interferirvi, esso risultava palesemente incostituzionale (come lo sarebbe stata la legge che di esso, nelle intenzioni del Governo, avrebbe preso il posto) perché travalicante i limiti propri della funzione legislativa.

PARTE II

LA COSTITUZIONE E LA VICENDA ENGLARO

NOTE PER IL FORUM ASTRID

Un rifiuto presidenziale ben fondato

Umberto Allegretti

Dei molti e fondamentali problemi costituzionali implicati nella vicenda Englaro, che sono arrivati – a seguito di una improponibile uscita del presidente del consiglio – fino a tornare a evocare il fantasma della riforma costituzionale nei termini più arrischiati sepolti dal referendum del 2006, si tratteranno qui unicamente quelli attinenti al conflitto attizzato dalla decisione del governo di proporre un decreto legge inteso a chiudere quella vicenda nei termini più pregiudizievoli per un'applicazione ponderata e articolata alle situazioni di fine vita dei principi dell'art. 32 della Costituzione.

1. - Di fronte a quella decisione la reazione presidenziale va giudicata una applicazione più che giustificata dei principi del nostro sistema costituzionale.

Non c'è dubbio che il potere del presidente di “emanazione” del decreto legge comporti l'esercizio d'un esame di legittimità e del conseguente potere di diniego . Non si deve infatti dimenticare il fatto, inoffuscabile da tanta purtroppo inveterata prassi della Repubblica, che il decreto legge è uno strumento costituente deroga al principio fondamentale della divisione dei poteri e della connessa attribuzione al parlamento del potere legislativo. Un principio, questo, annoverato tra quelli a carattere “supremo” e come tale dalla maggior parte degli ordinamenti del nostro tipo non considerato derogabile con un'attribuzione al governo di un potere di questo genere. Perciò un tale potere è ammesso dalla Costituzione per soli casi “straordinari”; e perciò il suo esercizio è sottoposto alla garanzia data dall'intervento di un organo imparziale quale quello presidenziale. I guasti che possono provenire da una decretazione non giustificabile in quanto contraria a gravi norme costituzionali, nonostante la sottoposizione al posteriore esame parlamentare, possono essere definitivi; l'assenza, poi, della straordinarietà della necessità ed urgenza esercita comunque sul parlamento (come chiarito dalla giurisprudenza costituzionale) una coazione che ne diminuisce la libertà .

Pertanto il doppio controllo presidenziale, sul contenuto e sulle circostanze, va visto come una necessità del sistema, non sminuita dal fatto che, secondo l'opinione più diffusa, lo schema di esercizio del potere di diniego di emanazione è da ritenere modellato su quello di rinvio della legge approvata dal parlamento, e quindi opera per lo più come rinvio con richiesta di riesame,

superabile da una nuova deliberazione del consiglio dei ministri, salvo i casi che la decretazione possa configurare alto tradimento o attentato alla Costituzione .

Teoricamente giustificato e strutturalmente presente in queste fattispecie, il potere presidenziale è tanto più rilevante nelle situazioni, ormai correnti, di assetto maggioritario del sistema.

Qualcuno potrebbe osservare che in tempi di leggi e pratiche maggioritarie l'intervento del presidente come esercizio della sua funzione di raccordo ed equilibrio tra i poteri dello stato – nella quale il controllo sull'impiego della decretazione d'urgenza rientra - si attenua, rispetto ad altri momenti, in presenza di un assetto del sistema politico su posizioni stabili e definite, atteggiandosi per lo più come supporto e collaborazione all'esplicarsi di una maggioranza che attinge ai risultati elettorali e alla situazione parlamentare un potere di governo sicuro e complessivamente coerente. Di quel tipo è l'assetto che il regime repubblicano trovò, per quest'aspetto, nel periodo della presidenza einaudiana durante la prima legislatura, per effetto della direzione governativa saldamente riposta nelle mani della Democrazia Cristiana con Alcide De Gasperi. Laddove assolutamente diverso, più mobile e attivo, a causa del modificarsi del sistema verso una situazione dei partiti pluralistica e addirittura frammentata e dispersa, si è mostrato l'uso dei poteri presidenziali nel lungo periodo che è seguito – per quanto riguarda le persone in carica come presidenti della Repubblica, da Segni a Saragat, da Pertini a Cossiga a Scalfaro -. In situazioni maggioritarie, come quelle che hanno cominciato a consolidarsi dopo le modifiche del regime elettorale, seppur nei noti limiti, con la legislatura iniziata nel 1996, il sistema politico funzionerebbe più che altro da sé, e l'intervento moderatore del presidente della Repubblica non avrebbe ragione di esplicarsi, se non in casi estremi come durante la presidenza Ciampi in costanza dei governi Berlusconi della legislatura 2001-2006 .

Ora tutto ciò sembra prospettabile in condizioni maggioritarie conseguenti all'assetto naturalmente raggiunto dal sistema dei partiti e comportante un normale rapporto di reciproco riconoscimento tra maggioranza e opposizione, entro una condizione generale della società (o paese reale come si suol dire) ugualmente disposta in questo senso. Diversa la situazione che si può avere allorché il governo maggioritario opera in condizioni di conflittualità acuta del sistema dei partiti e del paese e basa una parte della sua forza su previsioni di legge elettorale forzate con l'attribuzione di un premio maggioritario che, almeno potenzialmente, trasforma una minoranza in maggioranza. In questo caso, infatti – ed è tale la situazione oggi corrente – l'elasticità propria dei poteri presidenziali, che come risultato della storia italiana oltre che come possibilità inerente ai principi di ogni regime costituzionale democratico, è carattere essenziale del sistema, fa sì che le opportunità di impiego dei poteri presidenziali siano assai più

estese e duttili. I suoi poteri di raccordo e di equilibrio tra le varie istituzioni statali avranno infatti possibilità e talora necessità di attivarsi in misura incisiva, senza per questo esorbitare dalla natura dei singoli poteri da esercitare. Al fine, certo, di rendere sempre possibile il governo della maggioranza, ma con quello preminente di moderare l'uso – che può divenire facilmente abuso – dei poteri di cui la stessa maggioranza dispone. Anzi in questo caso può accadere che una simile maggiore attivazione coinvolga non solo i poteri di cui il presidente della Repubblica fruisce nei rapporti tra i poteri dello stato, che si possono denominare, con riferimento a una nota formula costituzionale, come poteri di “capo dello stato”; ma anche quelli, più informali ma non meno ricchi di possibilità e convalidati da una lunga applicazione, che si riconducono all'altra formula che nella Costituzione designa il suo ruolo: quella che lo indica come “rappresentante dell'unità nazionale” .

In questo senso, il controllo del presidente della Repubblica sui decreti legge – data la natura di questo strumento come elemento di peculiare delicatezza nell'equilibrio tra i poteri dello stato - non è strumento certo secondario, ma anzi appare come un momento fondamentale dell'esercizio della garanzia presidenziale.

2. – Su queste basi sembra dovere essere inquadrato il caso presente. Il diniego presidenziale di emanazione del decreto legge, contenuto nella lettera inviata nella mattinata del 6 febbraio dal capo dello stato al presidente del consiglio , è stato argomentato in maniera stringente in relazione all'assenza della condizione della straordinaria necessità, sulla base dell'osservazione che la tematica su cui il decreto incideva era da gran tempo all'esame del parlamento e del paese e la sua disciplina con legge era stata fino ad allora fermata dalle controversie sui suoi possibili contenuti, mentre dopo il verificarsi dell'impasse legislativa non si erano dati fatti nuovi. Nuovo, in effetti, non era neppure il caso Englaro, perché, dato anche che un caso singolo possa radicare l'urgenza – e forse ciò in qualche evenienza potrebbe essere ammesso – esso era già discusso da tempo sia in parlamento che nel paese e la sua definizione sul piano giudiziario era altrettanto conosciuta. La conseguenza di questa constatazione è effettivamente dirimente, perché nelle condizioni date il provvedimento del governo avrebbe rappresentato non la rispondenza a condizioni nuove ma una forzatura unilaterale e inammissibile dell'iter parlamentare e quindi un'alterazione del fisiologico equilibrio dei poteri.

Si trattava, ovviamente, non solo di una forzatura formale dell'ordine corretto dei rapporti tra due organi, governo e parlamento, considerati in astratto; ma di un'alterazione concreta della relazione tra maggioranza e opposizione, contraria, questa, almeno in una sua parte prevalente, alla soluzione data dal

decreto allo spinoso problema del trattamento dell'alimentazione e idratazione meccaniche: il che toccava la sostanza stessa del rapporto democratico. Anzi, la forzatura perpetrata col decreto legge investiva anche la società e il dispiegarsi della discussione pubblica, essendo la società italiana anch'essa attraversata dall'incertezza e dalla differenza di impostazioni sulla soluzione del problema, e ciò neppure secondo linee confessionali, trovandosi strati cospicui del mondo cattolico in dissenso dal vertice gerarchico della Chiesa. Per cui il Presidente si è sentito chiamato ad esplicitare, oltre che i poteri formali di capo dello stato (nell'ordine di idee della schematizzazione sopra proposta), quelli di rappresentante dell'unità nazionale, nell'intento di far sì che la discussione e decisione su una questione così delicata avvenisse fin dal primo momento nell'ambito dell'organo – il parlamento – che per la sua rappresentatività e il suo modo di funzionare meglio rispecchia la struttura pluralistica della società. (Dimostra questo punto quel passo della lettera che si richiama esplicitamente all'implicazione della "opinione pubblica" nell'attenzione al tema).

Non meno stringente la seconda argomentazione del testo presidenziale, che si richiama alla presenza di una decisione giudiziaria definitiva, frutto, per di più, di un complesso itinerario che ha coinvolto tutti gli ordini di giudici e fondata, secondo la dimostrazione data dalla sentenza della Corte di cassazione, I sezione civile, 16 ottobre 2007, n. 21748, su precisi principi costituzionali. Sotto questo profilo, il decreto avrebbe costituito grave violazione di un principio esso stesso di natura costituzionale, comunemente accettato: quello della insuperabilità da parte di un atto legislativo della forza tipica delle decisioni giudiziarie definitive (limite che si pone perfino per le decisioni di incostituzionalità contenute in una sentenza della Corte costituzionale). Se si riflette che anche questa è parte del principio supremo della divisione dei poteri, si coglie il senso fondamentale della decisione del presidente della Repubblica, e d'altra parte si rende evidente come il tentativo del governo di entrare col decreto in questo campo sia stato – oltretutto un attentato alla sovranità parlamentare – al medesimo tempo un ennesimo episodio della sua sfida al potere giudiziario, dopo tanti altri tra cui alcuni specifici riferibili a tappe precedenti della stessa vicenda Englaro.

Si potrebbe perfino sostenere, in questa luce, che l'atto presidenziale, vertendosi in un caso di offesa da parte della decretazione di un principio supremo abbia configurato, cosa che per altro verso potrebbe essere oggetto di dubbi di lettura, un rifiuto assoluto di emanazione (come del resto apparirebbe dal tenore del comunicato della presidenza della Repubblica della tarda giornata del 6 febbraio) piuttosto che un rinvio con richiesta di riesame.

Naturalmente il secondo di questi motivi di censura non lascia indenne lo stesso disegno di legge su cui il governo ha ripiegato dopo la mancata emanazione del decreto. Infatti neanche alla legge del parlamento è consentito di violare il

principio del rispetto delle decisioni giudiziarie. E oltretutto, se la legge fosse pervenuta all'approvazione prima della morte di Eluana Englaro, sarebbe stato quanto meno dubbio – sia per la sua formulazione che per il favor Constitutionis che dovrebbe ispirare ogni interpretazione dei testi legislativi – se esso si sarebbe applicato al suo caso, oggetto di una decisione definitiva, oltrech  ai casi sopravvenuti all'entrata in vigore della legge .

Al momento in cui si scrive, comunque, la vicenda complessiva, pur nella malinconia che non pu  non lasciare il travaglio attraverso cui   passato l'esito definitivo d'una vita umana sfortunata, sembra aver trovato uno sbocco positivo, poich  il parlamento sembra deciso a trovar la forza di mettere a punto una decisione legislativa, che giova sperare equilibrata, sulle situazioni di fine vita.

(12 febbraio 2009)

Era ipotizzabile un rinvio alle Camere della legge che il Parlamento si apprestava a approvare per bloccare l’esecuzione della decisione “Englaro”?

Gaetano Azzariti

Il Presidente della Repubblica non solo “emana” i decreti legge del Governo, ma “promulga” anche le leggi del Parlamento. In entrambi i casi egli esercita un potere di garanzia costituzionale e verifica la sussistenza dei requisiti necessarie affinché gli altri poteri non pongano in essere atti che esorbitano dalle proprie competenze o siano palesemente incostituzionali. Nell’esercizio delle sue prerogative, il Presidente ha dichiarato pochi giorni fa che la volontà del Governo di intervenire nella tragica vicenda di Eluana mediante un decreto legge non fosse ammissibile, ed ha conseguentemente rifiutato di firmare l’atto eversivo dei rapporti tra poteri. Tra pochi giorni si ripresenterà sul tavolo del Presidente lo stesso contenuto dell’atto precedentemente rifiutato, sebbene con una veste giuridica diversa e proveniente non più dal Governo bensì dal Parlamento. Sarà, questa volta, firmato il provvedimento e promulgata la legge?

Se dovessimo ragionare sul piano del diritto costituzionale direi che l’esito più probabile dovrebbe essere che il Presidente rinverrà la legge alle Camere, come gli prescrive l’articolo 74 della nostra Costituzione repubblicana. Ciononostante nessuno ne parla, dando per scontato che Napoletano non creerà “ulteriori” ostacoli al Governo in carica ed all’attuale maggioranza politica. Questa diversa previsione si basa su concrete e fondate ragioni “politiche”: dopo lo scontro così aspro che ha visto contrapporsi le due massime istituzioni dello Stato (Governo e Presidenza della Repubblica), non si può continuare la “guerra” e il rischio della delegittimazione del ruolo imparziale del nostro garante costituzionale è elevatissimo, tanto più con un Presidente del Consiglio del tutto

* Questa breve nota è stata stesa prima della morte di Eluana Englaro, in vista dell’annunciata immediata approvazione da parte del Parlamento della legge contenente le stesse disposizioni contenute nel decreto legge approvato dal Consiglio dei Ministri, ma non emanato dal Capo dello Stato. E’ evidente che il quadro di fatto è ora cambiato, rimangono però del tutto immutate le ragioni di principio esposte ed i delicati profili di diritto costituzionale coinvolti. Può solo aggiungersi che la conclusione della tragica vicenda non cancella il conflitto tra poteri, sebbene lo renda a questo punto “surreale”. C’è da augurarsi solo che il Parlamento sospenda la discussione in corso, per mettere all’ordine del giorno la questione delicatissima e controversa del testamento biologico, se vuole regolare in via generale le questioni sui trattamenti sanitari e la libertà di cura; dandosi però i necessari tempi per meditare e, senza l’emotività del momento, predisporre una normativa ai confini del diritto.

immune da ogni sensibilità istituzionale e di rispetto per i ruoli costituzionali. Nel caso specifico, poi, un rinvio delle leggi alle Camere sarebbe percepito, non tanto come una richiesta di nuova deliberazione (come prescrive la nostra Costituzione), ma come un definitivo veto all'unico scopo dichiarato che ha mosso il Governo e la sua maggioranza. Poiché l'intenzione del legislatore è quello di impedire che si concluda la vicenda della povera vittima di tutto ciò, Eluana Englaro. Ed in effetti, il rinvio renderebbe inutile ogni ulteriore sforzo per intervenire prima del suo epilogo, quale che ne siano poi gli esiti concreti. Lo scenario di un Capo dello Stato accusato di essere il reale carnefice di una ragazza "potenzialmente in grado di procreare" appare insopportabile. Dunque, la previsione è che Napolitano firmerà rapidamente.

Ma se si guarda al Capo dello Stato come istituzione di garanzia costituzionale ed al vecchio Presidente come ad un uomo saggio e consapevole che sulle scelte tragiche le decisioni politiche sono sempre inadeguate (che è poi la ragione profonda che dovrebbe far tacere la politica in una vicenda come quella che si sta dolorosamente compiendo dentro le mura della clinica di Udine), l'esito potrebbe essere opposto.

Le ragioni espresse nella lettera in cui egli ha manifestato il suo rifiuto ad emanare il decreto sono tutte ancora presenti. Tutte tranne una: la meno rilevante. Il mezzo scelto era un decreto legge, atto che richiede una ragione di straordinarietà ed urgenza per essere approvato dal Governo. Berlusconi ha affermato che è nella responsabilità del solo Governo verificare la sussistenza di tale requisito. Tesi discutibile. Potremmo citare alcune decisioni della Corte costituzionale che affermano cose diverse circa la necessità dei requisiti e precedenti importanti che contrastano questa interpretazione. Ma non è questo il punto. Si tratta ora di capire se si sia trattato solo di un problema relativo al mezzo utilizzato e se ciò che non può fare il Governo può fare la sua maggioranza in Parlamento. Basta leggere la lettera di Napolitano per sapere qual è la convinzione del nostro garante: oltre al mezzo prescelto quell'intervento era impedito anche da fondamentali ragioni di sostanza. E' è da ritenersi inammissibile un intervento legislativo volto ad invadere una competenza che è propria dei giudici, poiché spetta a questi l'interpretazione delle leggi e la tutela dei diritti, è da ritenersi inammissibile un intervento di un altro potere (sia esso il Governo ovvero il Parlamento) per ostacolare l'esecuzione di una o più sentenze passate in giudicato, peraltro senza neppure il requisito esplicito della retroattività. Diciamolo con le parole utilizzate da Napolitano: vi è la necessità di salvaguardare "il fondamentale principio della distinzione e del rispetto tra poteri e organi dello Stato che non consente di disattendere la soluzione che per esso è stata individuata da una decisione giudiziaria definitiva sulla base dei principi, anche costituzionali, desumibili dall'ordinamento giuridico vigente".

Tutti profili che rendono anche la legge che verrà approvata dal Parlamento palesemente incostituzionale. Vogliamo dirlo o no? Il nostro Presidente lo ha già detto, potrebbe ribadirlo rinviando la legge alle Camere con messaggio motivato ai sensi dell'art. 74 della Costituzione repubblicana.

(9 febbraio 2009)

Osservazioni a margine del caso Englaro

Augusto Cerri

Il problema dell'interruzione delle cure essenziali alla sopravvivenza di una persona viene in genere impostato in base al principio di volontarietà dei trattamenti sanitari (art. 32 Cost.), che implica la possibilità di negare il consenso ad essi; e, dunque, sulla base del principio del consenso informato.

Aggiungerei che questo principio di volontarietà dei trattamenti sanitari è riconosciuto anche dalla Convenzione di Oviedo (in attesa di ratifica) e dall'art. 33 della l. n. 831/1978, oltre che dalla carta di Nizza. Al di là del valore formale di ciascuno di questi atti, si riconosce in genere che essi rivestano un rilievo sicuro di orientamento interpretativo.

A ciò è da aggiungere che la migliore dottrina (MORTATI, MODUGNO, PANUNZIO, ad es.) esclude possano essere imposti per legge, ai sensi dell'art. 32 Cost., trattamenti sanitari fuori dall'ipotesi di prevenzione di danni a terzi e, dunque, per il solo interesse del paziente.

Fissato il principio di autonoma determinazione del paziente, il problema si viene a ridurre alla ascrizione dell'alimentazione e idratazione artificiale ai trattamenti sanitari; e alla forma nella quale la volontà del malato deve essere espressa. E, sul punto, le proposte di legge attualmente in discussione presentano significative divergenze.

Oltre a ciò, diviene significativa la distinzione fra azione ed omissione, risultando questa sempre lecita (quando non sussista un obbligo giuridico di intervenire) ed, invece, dubitandosi della incriminabilità dell'azione a vario titolo, come vedremo.

Si finisce, per il primo problema, con il rinviare alle risultanze della disciplina medica, che non possono non essere, sul punto, equivoche, proprio perché in realtà non si tratta di un problema terapeutico, ma giuridico.

Per affrontare con maggiore consapevolezza il problema è, forse, necessario allargare un poco l'orizzonte.

Un'impostazione larghissima sarebbe quella che affrontasse il problema della natura unitaria o complessa dell'essere umano; problema già discusso dal Platone che distingueva un'anima vegetativa, un'anima sensitiva ed un'anima razionale (Timeo) a da Aristotile (De anima) che, coerentemente con le sue premesse, concepiva un'anima sola ed unitaria. Di questa contrapposizione è traccia nei versi del Poeta nel luogo in cui, in polemica con Platone, sostiene l'unità dell'anima, come ritiene di poter dimostrare in base alla circostanza che, quando la nostra attenzione è completamente presa da un oggetto, sfugge ai sensi

ogni altro oggetto circostante (E questo è contra quell'error che crede /ch'un'anima sovr'altra in noi s'accenda) (Purg. 4, 5-6). Certo, queste discussioni antiche toccano un problema ancora attuale ed argomenti in un senso o nell'altro potrebbero ancora essere recati. L'esistenza di "riflessi condizionati" non controllabili dalla nostra coscienza e volontà potrebbe recar conforto alla tesi platonica; mentre la "somatizzazione" di disturbi psichici potrebbe integrare elemento di prova a sostegno della tesi aristotelica.

Questi rilievi preliminari, peraltro, rendono già problematica un'impostazione puramente giusnaturalistica, fondata sulla sicura accettazione delle tesi aristoteliche, in qualche modo, a loro volta, problematiche. Mentre, invece, un'impostazione più pragmatica che valorizzasse, ai fini dell'identificazione di un essere come umano, fattori come la coscienza di sé, la capacità di attività conoscitiva e moralmente valutabile potrebbe evitare questi scogli (tuttora insormontabili) e pervenire ad una distinzione chiara fra vita umana e vita puramente vegetativa.

Mi rendo conto, però, che già il tentativo di evitare certi scogli teorici costituisce esso medesimo uno scoglio teorico da evitare, se si vuol pervenire, come deve tentare il giurista, ad una soluzione largamente condivisibile.

Il problema che ci dobbiamo porre è se la disciplina dei trattamenti sanitari sia un unicum nel nostro sistema giuridico o si inserisca armonicamente in un insieme di altri principi con essa solidali.

Osserverei che il divieto di atti di disposizione del proprio corpo (art. 5 c. c.) concerne la validità dell'atto sotto il profilo, appunto, civilistico, non la liceità in generale. Un atto di disposizione del proprio corpo non è valido, non è impegnativo, ma potrebbe avere efficacia scriminante, ai sensi dell'art. 50 c. p., come consenso dell'avente diritto. Neppure il matrimonio è impegnativo sul terreno dei rapporti sessuali (comunque si debba valutare, da un punto di vista civilistico, il rifiuto in proposito), tanto che la costrizione nei confronti del coniuge che si rifiuta integra il delitto di violenza carnale; ma il consenso prestato, qui ed ora, mentre non impegna, rende lecito il rapporto, che diviene, in virtù di esso, addirittura una manifestazione di libertà costituzionalmente garantita.

Il suicidio non è punito, mentre lo sono l'istigazione e l'agevolazione al suicidio e l'omicidio del consenziente. Secondo una tesi diffusa nella dottrina penalistica, il suicidio non sarebbe punito perché ogni deterrenza di pena, in ipotesi così estrema, risulterebbe inutile; ma questa tesi trascura di considerare che la pena riveste, nel nostro sistema, anche una funzione retributiva, la quale, in questo caso, risulterebbe del tutto trascurata.

Ricorderei, allora, che si è sempre ammesso lo sciopero della fame, eventualmente fino alle conseguenze estreme; anche quando sia effettuato da persona in stato di detenzione; che si ammette il rifiuto di trasfusione di sangue

per motivi religiosi (testimoni dei Geova); non certo nei confronti dei figli o di persona sotto la propria autorità, ma certamente nei confronti del diretto interessato (cfr., sul tema anche Coste cost., sent. 132/1992).

È vero, però, che nessuno è stato mai incriminato per il fatto di aver tratto in salvo una persona che aveva tentato il suicidio buttandosi, ad es., nel fiume: in questo caso si è fatta valere, a vantaggio del salvatore, la causa di giustificazione dello stato di necessità (art. 54 c. p.), escludendo in radice reati come quello di violenza privata. È pur vero che l'intervento di chi salva il suicida non è obbligatorio; neppure da parte di un pubblico ufficiale che assista al fatto; è semplicemente facoltativo.

Si tratta di “*causae favorabiles*” che rendono la determinazione al suicidio inattaccabile da interventi esterni, oppure tutto si riduce ad una facoltà del terzo, che può essere esercitata in un senso o nell'altro? Oppure, ancora, (e forse questa è la tesi più probabile) si valorizza una determinazione volitiva fortemente meditata, rispetto ad un gesto, che potrebbe essere stato “sconsiderato”? E, d'altra parte, perché non potrebbe essere una causa favorevole anche il dolore (fisico od anche solo psichico), superiore alle capacità di sopportazione di una persona?

E, se non si può impedire il suicidio, quando sia frutto di forte determinazione volitiva, si può, invece, costringere una persona a vivere per il solo fatto che non gode di autonomia, ma “dipende” da una struttura ospedaliera, da macchine che la fanno vivere suo malgrado? A questo punto finisce, talvolta, con il giocare un proprio ruolo la condotta puramente omissiva (sempre giustificata, venendo in essere, ai sensi dell'art. 54 c. p. una semplice causa di giustificazione, non un dovere) o commissiva. In questo secondo caso talvolta si obietta che questa condotta integra una partecipazione/agevolazione al suicidio, quando non anche un (più grave) omicidio del consenziente. Ciò non è: perché se, in definitiva, il paziente ha diritto di rifiutare le cure, ha diritto di morire (*right to die*), la partecipazione di chi lo sottrae a macchine per il paziente assolutamente eteronome diviene quasi un atto dovuto, di soddisfazione del diritto così dolorosamente esercitato. Altrimenti questo diritto non sarebbe suscettibile di esercizio, per la sola circostanza di “dipendere” da fattori esterni.

Il principio di autodeterminazione anche in queste scelte estreme e pur se esercitato in modo non condivisibile alla stregua di certi valori, non può essere contestato: perché i valori religiosi medesimi ne sono innervati. *Fides cogi* non *potest*: è un principio che risale ai padri della Chiesa (a Tertulliano e Lattanzio) e che è stato confermato dal Concilio Vaticano II (*Declaratio de libertate religiosa*). Non avrebbe alcun valore morale e religioso un comportamento imposto con l'autorità; e, dunque, questa imposizione sarebbe contraria ai principi dello stato democratico, ma anche, a *aperte fidei*, non avrebbe senso.

A mio sommo, avviso, appunto, a certe condizioni la morte può essere un diritto (a condizioni di determinazione volitiva matura); ed allora anche la normativa del codice penale sull'agevolazione al suicidio o sull'omicidio del consenziente dovrebbe essere riconsiderata. Lascerei in vita solo il reato di istigazione al suicidio, perché tale esito estremo può essere scelto liberamente dall'interessato, ma non deve esser incoraggiato.

Certo, una volta fissate per legge le modalità del testamento biologico, risulta anche difficile avvalorare una volontà non espressa in quelle forme. Ma, fino a quel momento, non sembra da criticare che questa volontà possa essere ricostruita anche attraverso testimonianze di persone che furono vicine a chi non è più in condizione di esprimersi.

Ciò avviene nella giurisprudenza americana, a partire dal caso Nancy Cruzan. È vero, invece, che nella giurisprudenza inglese, si avvalorano piuttosto le ragionevoli pratiche mediche (caso Bland). Vero è, peraltro, che condizione necessaria perché il medico possa decidere se è ragionevole interrompere le cure è una pausa di silenzio attorno a lui; ove la polemica ideale è accesa non si può chiedere al medico di assumersi responsabilità troppo gravi.

(4 marzo 2009)

Il rifiuto dell’emanazione del decreto-legge

Claudio Chiola

Le luci della ribalta sul caso Englaro si sono spente.

E’ quindi possibile riflettere, in termini tendenzialmente asettici, sul rifiuto opposto dal Presidente della Repubblica all’emanazione di un decreto-legge diretto a cristallizzare provvisoriamente la situazione esistente in attesa dell’adozione da parte del Parlamento della disciplina legislativa in itinere. E’ un caso di scuola che, pertanto, non può non stimolare l’attenzione degli studiosi anche perché, successivamente, ci sono state dichiarazioni bi-partisan di rinnovata fede per la “vecchia” Costituzione.

Ho sempre ritenuto che i rapporti tra gli organi costituzionali siano stati volutamente disegnati dall’Assemblea costituente “a maglie larghe”, per dar modo ai protagonisti di trovarne consensualmente l’assetto. L’indeterminatezza del disegno, però, non può essere intesa come “riserva” a favore delle convenzioni costituzionali, con conseguente esclusione di ogni successiva integrazione normativa.

La storia del decreto-legge e la sua evoluzione interpretativa e legislativa conferma tale conclusione.

Fino a ieri, il decreto-legge risultava del tutto insindacabile in chiave di legittimità, mentre il controllo politico era riservato al Parlamento attraverso la legge di conversione.

La Corte costituzionale ha però aperto uno spiraglio al controllo di legittimità del decreto-legge, sostenendo che l’ “evidente mancanza” del presupposto di necessità e urgenza viziava, non soltanto il decreto-legge, ma anche la legge di conversione, perché il decreto-legge, che costituisce il presupposto di quest’ultima, doveva, in tal caso, ritenersi giuridicamente inesistente.

L’affermazione della Corte con la quale viene circoscritta l’illegittimità del decreto-legge al solo caso in cui, *ictu oculi*, quest’ultimo appaia totalmente privo di necessità e urgenza, può inquadrarsi tra le situazioni di carenza di potere.

A contrario, il decreto-legge giuridicamente esistente, visto come fase iniziale di un procedimento che si conclude con la conversione in legge, non può essere sindacato autonomamente per i vizi di legittimità da cui fosse affetto, giacché l’eventuale presenza di questi ultimi viene assorbita dalla legge di conversione.

D’altro canto, nei confronti del decreto-legge una speciale esigenza di controllo da parte del Presidente della Repubblica sul Governo, appare

insostenibile e non soltanto sul piano politico a causa del rapporto di fiducia che deve intercorrere esclusivamente tra Parlamento e Governo.

Anche sul piano del controllo di legittimità, infatti, l’esigenza di un intervento presidenziale appare di difficile dimostrazione. Per sostenerne l’ineluttabilità non varrebbe evocare il principio della controfirma di tutti gli atti del Presidente della Repubblica, in base al quale, nei confronti degli atti sostanzialmente governativi è l’intervento presidenziale ad assumere il ruolo della controfirma, alla quale sarebbe inscindibilmente connesso il potere di controllo di legittimità dell’atto.

L’equiparazione controfirma – controllo di legittimità è da dimostrare, in quanto non può escludersi che l’intervento presidenziale possa assumere una valenza meramente cognitiva e quindi la controfirma costituire atto dovuto.

Così, nei confronti del decreto-legge, potrebbe sostenersi che, trattandosi di un atto normativo, l’emanazione costituisce atto dovuto, in assenza di una specifica, diversa previsione costituzionale (art. 74 Cost. sul rinvio della legge) o anche di altra fonte integrativa che, ad esempio, subordini l’emanazione ad una pausa di riflessione (l’art. 14, c. 2, l. 400/88 per i decreti-legislativi ha previsto l’obbligo del Governo di trasmettere il testo al Presidente della Repubblica per la sua emanazione almeno venti giorni prima della scadenza del termine assegnato con la legge di delegazione).

Il silenzio sull’emanazione mantenuto dall’art. 15 della stessa legge 400/88, diretto ad integrare la disciplina dei decreti – legge; l’urgenza che caratterizza l’adozione da tale strumento eccezionale; l’anomalia di un’interferenza presidenziale in una fase intermedia del processo di formazione di un atto legislativo; l’assunzione di esclusiva responsabilità governativa imposta dall’art. 77 Cost., sembrano costituire argomenti che concordemente militano ad escludere ogni spazio al controllo presidenziale.

Comunque, anche ad ammettere che nel silenzio della Costituzione e delle altre fonti normative, possa introdursi, in via convenzionale, un controllo presidenziale sui decreti-legge, rimarrebbero da precisare le conseguenze del controllo negativo: rinvio o rifiuto di emanazione?

Il potere di rifiuto implicherebbe il riconoscimento del potere di partecipazione gestionale del Capo dello Stato e della sua conseguente responsabilità.

Ma in tema di atti con forza di legge siffatta eventualità sembra da escludere.

Il potere ostativo del Presidente della Repubblica in caso di giudizio negativo sulla legittimità dell’atto, analogamente a quanto è previsto per la promulgazione della legge, può essere soltanto quello di rinvio. L’esistenza di un generalizzato potere di rinvio da parte del Presidente della Repubblica non è

comunque codificato e risulta quindi affidato, anch’esso, alle convenzioni costituzionali o all’esistenza di prescrizioni integrative.

Inoltre, anche ad ammettere il controllo presidenziale in fase di emanazione, il giudizio negativo, non soltanto potrebbe sfociare unicamente nel rinvio ma, alla luce della prescrizione dettata dalla Corte costituzionale in tema di controllo di legittimità del decreto-legge, lo stesso potrebbe essere adottato soltanto in caso di evidente mancanza del presupposto di necessità e urgenza, cioè in presenza di un decreto-legge da considerarsi giuridicamente inesistente.

Nel caso Englaro, il decreto legge di moratoria di ogni provvedimento giudiziale già adottato o da adottare, in attesa di una disciplina legislativa sui trattamenti sanitari terminali, non sembra integrare gli estremi dell’evidente mancanza della necessità e urgenza.

Anche se la moratoria fosse stata dettata dall’esigenza di risolvere un caso singolo (e non anche tutti gli altri casi analoghi), l’emergenza non può negarsi, non soltanto in analogia con la riconosciuta ammissibilità delle leggi-provvedimento, ma anche perché si trattava di presidiare il principio secondo cui ogni pretesa dei cittadini a disporre del proprio corpo, priva di un suo autonomo riconoscimento legislativo, non sarebbe giudizialmente azionabile, ma anzi, allo stato, da rigettare, stante il divieto generale disposto dall’art. 5 c.c.

Nel merito, invece, il principio d’intangibilità del giudicato quale motivazione centrale del rifiuto, non soltanto è irrilevante nei confronti del decreto-legge, in quanto investe un eventuale vizio di legittimità dello stesso, e non già la sua esistenza, ma fa capo all’esigenza di presidiare l’autonomia del potere giudiziario, la cui tutela, però, sembra attribuita, in via esclusiva, alla Corte Costituzionale in sede di conflitto di attribuzione e non può, quindi, essere affidata ad un altro potere dello Stato.

(9 marzo 2009)

Le istituzioni surriscaldate e i pericoli della disidratazione

Fulco Lanchester

1. Il conflitto istituzione sul caso Englaro è scoppiato improvviso (anche se covava da tempo) e non è dato sapere quali ne saranno gli esiti. La correttezza del comportamento del Capo dello Stato non è, ovviamente, in discussione. Egli ha esercitato le competenze che la Costituzione gli attribuisce in materia di decretazione d'urgenza, annunciando per lettera le obiezioni di costituzionalità per cui non avrebbe firmato il decreto che il Consiglio dei ministri stava esaminando (v. <http://www.quirinale.it/>). La missiva è stata resa pubblica dal Presidente del Consiglio, facendo esplodere una bomba, che in situazioni ordinarie viene despolettata attraverso il lubrificante della correttezza interorganica.

E', quindi, non soltanto evidente che il Presidente della Repubblica è sotto attacco, ma anche che la sua posizione laica ed istituzionale soffre di una obbiettiva debolezza, mentre di converso quella di Silvio Berlusconi, che finora non si era esposto, gode di una forza obbiettiva.

Il problema è di forma e di sostanza e prefigura conseguenze, che travalicano l'episodio.

Il Presidente della Repubblica affronta la questione sotto la prospettiva della forma (che assume una sua sostanza istituzionale), ma Berlusconi cavalca la sostanza corporea e spirituale del problema, appellandosi al corpo di Eluana (comprese le sue funzioni riproduttive) e alla natura della vita come dono numerico indisponibile. Napolitano coinvolge nella sua missiva il tema della separazione dei poteri e dell'impossibilità di un provvedimento di urgenza che impedisca l'applicazione di una sentenza della magistratura. Berlusconi afferma la precedenza sulla forma della esigenza di preservare la vita a qualunque costo, investendo a questo fine le Camere in una corsa contro il tempo. Il tema del fine vita e della sentenza della Cassazione si sovrappone, dunque, da un lato alla manifestazione della volontà di Eluana mediata dal Padre, il quale la dichiara e la Cassazione la riconosce come valida, dall'altro ad uno scontro tra i poteri dello Stato.

2. Oltre al dubbio (formalmente non più discutibile, ma sempre ricorrente) di quale fosse la volontà di Eluana, rimane - a mio avviso - irrisolto il dramma se idratare e nutrire con un sondino sia accanimento terapeutico o dovere imprescindibile nei confronti di una persona in ogni caso vivente, perché non intubata. Interrompere le cure e la respirazione assistita è un profilo connesso con

l'accanimento terapeutico, mentre cessare l'idratazione e il nutrimento diviene un passo successivo e più controverso.

Il Capo dello Stato ha risposto in maniera corretta ad un problema istituzionale ed ha utilizzato le sue competenze costituzionali; Berlusconi gli ha risposto in maniera certo scomposta dal punto delle regole formali, ma apparentemente convincente dal punto di vista di chi in situazione d'emergenza ritiene di poter sbregare (torniamo a Miglio!) anche la Carta per salvare una vita. Al di là di ogni discorso sul bilanciamento dei valori e sull'etica della responsabilità, il rischio è che se il ddl non arriva in tempo, ma viene approvato dalle Camere, il Capo dello Stato possa essere considerato quasi un assassino; ma che, se arriva in tempo, il Presidente possa-invece- essere ritenuto quasi colpevole di tentato omicidio.

3. L'assalto mediatico dice che la pubblica opinione è divisa, ma che il Capo dello Stato sta perdendo consensi sul tema. Berlusconi è Presidente del Consiglio ed è controverso per definizione, Napolitano non può, invece, permetterselo e questa è la sua obbiettiva debolezza.

La stessa debolezza denota l'opposizione, che su un tema di coscienza sta dividendosi, mentre la maggioranza risulta formalmente compatta, se si esclude Fini, che sta giocando una sua personale partita istituzionale. In questa prospettiva si può dire che Berlusconi stia, invece, operando il suo primo approccio alla riforma delle istituzioni. Indebolisce l'unico organo di garanzia che gli si può contrapporre, indica nella Costituzione un ferrovicchio sovietico, bonapartizza la forma di governo mobilitando le Assemblee parlamentari ad horas, trova nella Chiesa un cemento aggiuntivo alla sua forza mediatica.

L'eccezionalità del caso appare – quindi - chiara, così come i pericoli futuri. Se i protagonisti non ritrovano la normalità della correttezza nei rapporti istituzionali, possono prospettarsi scenari pesanti, capaci - al limite- di pervenire anche alla richiesta di interrompere la corretta idratazione per la Costituzione repubblicana.

(9 febbraio 2009)

Il controllo del Presidente della Repubblica sulla costituzionalità dei decreti-legge

Valerio Onida

Secondo l'art. 77 della Costituzione, “il Governo” può adottare, in “casi straordinari di necessità e di urgenza”, e “sotto la sua responsabilità”, “provvedimenti provvisori con forza di legge” (cioè i decreti legge), soggetti a conversione da parte delle Camere entro sessanta giorni, a pena di decadenza “fin dall’inizio”. Secondo l'art. 87, il Presidente della Repubblica “promulga le leggi ed emana i decreti aventi valore di legge”, fra cui i decreti legge.

Mentre per quanto riguarda la promulgazione delle leggi, l'art. 74 precisa che il Presidente, prima di promulgare la legge, “può con messaggio motivato chiedere alle Camere una nuova deliberazione” (il cosiddetto rinvio presidenziale), salvo essere tenuto poi a promulgarla se le Camere la approvano nuovamente, nulla si dice nel testo costituzionale per quanto riguarda la emanazione dei decreti legge. Tuttavia, la considerazione del ruolo rispettivo del Governo e del Presidente in un regime parlamentare come il nostro, l'analogia fra la funzione della “promulgazione” della legge e quella della “emanazione” dei decreti legge – cioè la funzione di esternare e rendere efficace una volontà formata da altro organo, rispettivamente le Camere e il Governo –, nonché lo stesso richiamo congiunto che all'una e all'altra fa l'art. 87 Cost., inducono a ritenere che nei due casi il Presidente eserciti una funzione analoga di controllo. Come “magistrato di persuasione e di influenza”, fornito non di poteri decisionali esclusivi o prevalenti se non in specifiche ipotesi (da ultimo la concessione della grazia, secondo quanto ritenuto dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 200 del 2006), ma di poteri di controllo e coordinamento, si ritiene che il Capo dello Stato possa, nei confronti del potere governativo di decretazione di urgenza come nei confronti del potere legislativo delle Camere, far valere eventuali proprie riserve od obiezioni, di costituzionalità o di merito, sul provvedimento sottoposto alla sua firma; ma, nel caso in cui l'organo titolare del potere persista, non possa opporre un “veto assoluto”: si parla infatti di “veto sospensivo”, superabile dalla volontà dell'organo titolare del potere deliberante.

Certo, nel caso del decreto legge, poiché vi è una sostituzione eccezionale del Governo alle Camere normalmente competenti a legiferare, e poiché il decreto legge entra immediatamente in vigore e produce effetto, sia pure in modo provvisorio e precario, fino alla decisione delle Camere di conversione o non conversione, o fino alla scadenza del relativo termine, è ragionevole ritenere che il

controllo del Presidente sulla costituzionalità del provvedimento, relativamente ai presupposti di necessità e di urgenza nonché al contenuto di esso, possa essere più penetrante, anche per difendere la competenze del Parlamento: ma alla fine, se il contrasto permanesse, la logica del sistema vuole che prevalga la volontà dell'organo deliberante, nella specie il Governo. Un "veto assoluto" del Presidente potrebbe probabilmente essere opposto solo nei casi limite di decreti legge "eversivi" o che fossero suscettibili di produrre, durante il loro provvisorio vigore, effetti irreversibili.

Normalmente il Capo dello Stato interviene dopo che il titolare del potere ha deliberato, non prima; ma, trattandosi di decreto legge, caratterizzato dalla urgenza, e tenendo conto del rapporto più quotidiano ed informale che il Presidente intrattiene col Governo, rispetto a quello che ha con le Camere, non appare affatto improprio o scorretto che il Capo dello Stato, informato dell'intenzione del Governo di varare un decreto, faccia presenti le sue obiezioni prima ancora che il Governo formalmente deliberi. In ogni caso, il Governo, secondo le normali regole di correttezza, ha il dovere di farsi motivatamente carico delle obiezioni presidenziali, non l'obbligo di piegarsi, poichè appunto non si tratta di un veto assoluto. Nella prassi è accaduto talvolta che obiezioni presidenziali abbiano condotto il Governo a rinunciare al decreto legge di cui avrebbe voluto proporre l'emanazione. Ma la prassi mostra soprattutto una tendenza all'uso largo quando non addirittura francamente abusivo della decretazione d'urgenza da parte di tutti i Governi, anche in casi di assai dubbia necessità ed urgenza, e tale uso raramente ha trovato un argine nel potere del Presidente di formulare le sue obiezioni, confermando anche per questa via che si tratta di un potere essenzialmente governativo. Basti pensare alla incostituzionale prassi della "reiterazione" di decreti legge non convertiti tempestivamente dalle Camere, che portava ad eludere il termine costituzionale dei sessanta giorni, e che è stata fermata solo da una sentenza della Corte costituzionale (la n. 360 del 1996); o ai più recenti casi in cui la Corte costituzionale - che pure ha ritenuto di potere censurare un decreto legge, specie se già convertito in legge dalle Camere, solo in mancanza "evidente" dei presupposti di necessità e di urgenza - è stata costretta a dichiarare la incostituzionalità di disposizioni di decreti convertiti in cui la "evidenza" di tale mancanza di presupposti era innegabile (sentenze n. 171 del 2007, n. 128 del 2008).

Il sistema costituzionale, che consente per ragioni di urgenza la sostituzione del Governo al Parlamento ma la considera come eccezionale e provvisoria, e affida al Capo dello Stato un potere di controllo e di veto sospensivo, non assoluto, al Parlamento la decisione definitiva, e alla Corte costituzionale il compito di sindacare in definitiva la costituzionalità del decreto, pur dopo la conversione in legge, è ispirato a equilibrio e saggezza. La prassi ha

mostrato sinora, come ho detto, più tendenze all'abuso dello strumento che limiti eccessivi al suo impiego. Non sembra dunque che si ponga, in alcun modo, una esigenza di ripensare a livello costituzionale tale sistema: e, caso mai, un ripensamento potrebbe andare nel senso di una ulteriore limitazione del potere di decretazione, magari in connessione con una revisione dei regolamenti parlamentari che meglio assicurino tempi certi per le deliberazioni legislative delle Camere.

(9 febbraio 2009)

Brevi considerazioni sui profili di incostituzionalità del ddl Calabrò

Alessandra Pioggia

Premessa

Il disegno di legge attualmente oggetto di discussione nella Commissione Igiene e Sanità del Senato appare basato, sin dai suoi fondamenti, su principi che appaiono in netto contrasto con il dettato costituzionale e, in particolare, con l’inviolabilità della persona (art. 13) e con il conseguente generale divieto di trattamenti sanitari obbligatori (art. 32).

Il primo articolo del ddl, rubricato “Tutela della vita e della salute”, fornisce le chiavi di lettura del progetto di disciplina contenuto nelle disposizioni successive. In esso il diritto alla vita è qualificato non solo come inviolabile, ma anche come indisponibile. Tale indisponibilità non corrisponde però al principio in base al quale nessuno può disporre della vita altrui, ma, al contrario, è posto a fondamento proprio della possibilità di fare ciò, ovvero decidere al posto del soggetto interessato quali sono le cure alle quali costui dovrà necessariamente sottoporsi per “il suo bene”, cioè, per la tutela della sua vita. La vita appare quindi come effettivamente indisponibile, ma solo per l’individuo che intenda decidere quale debba essere il proprio destino finale e che viene invece espropriato della propria autodeterminazione in nome di un presunto dovere di restare comunque vivo.

Le ricadute di questa impostazione si riflettono, ancor prima che sulla negazione di ogni valore alle dichiarazioni anticipate di trattamento, sul disconoscimento del principio del consenso informato del paziente capace di intendere e di volere. Questo è, se possibile, ancor più grave della sostanziale negazione del significato del testamento biologico, dal momento che incide in senso negativo su un diritto, quello a non essere sottoposti a cure che non intendiamo subire, che fino ad ora non era stato messo in discussione. L’esito inaccettabile di questo ddl è quindi quello della negazione della piena autodeterminazione del paziente, in particolare nel momento in cui questo si trovi di fronte a scelte fondamentali per la propria vita. Per questi motivi non appare come un testo emendabile, ma da rigettarsi nel suo complesso, dovendo un coerente progetto di disciplina di questa materia fondarsi su presupposti completamente diversi.

1. Sul consenso informato un incostituzionale arretramento

All'art. 4 il ddl prevede che, “salvo i casi previsti dalla legge, ogni trattamento sanitario è attivato previo consenso esplicito” del paziente.

Significativamente in questa previsione ci si limita a trattare dell'attivazione del trattamento medico, nulla disponendo in ordine al suo esplicito rifiuto o alla richiesta di disattivazione di un trattamento già in corso. Logica vorrebbe che, se un atto medico deve essere autorizzato dal consenso del paziente, esso non sia possibile o debba essere immediatamente interrotto laddove ci sia rifiuto o sopravvenga una richiesta di sospensione. Ma a ben guardare così non è.

Se, infatti, il medico ha l'obbligo di informare e richiedere il consenso prima di iniziare qualsiasi trattamento, su di esso non sembra pesare l'obbligo speculare di non iniziarlo o sospenderlo laddove questo consenso non ci sia e sussista il suo contrario: il dissenso.

All'art. 2, comma 2 si prevede infatti espressamente che il medico non possa in nessun caso non attivare o disattivare trattamenti sanitari dall'omissione dei quali possa conseguire la morte del paziente. La conseguenza è che se anche il paziente richiedesse la sospensione di tali trattamenti, il medico non potrebbe comunque assecondarlo essendo ad esso vietato un siffatto comportamento. L'esito è paradossale e mette il medico in una posizione a dir poco complessa: esso deve chiedere il consenso del malato laddove intenda eseguire un atto che ritiene necessario a mantenerlo in vita (attaccarlo ad un respiratore artificiale, praticare una trasfusione di sangue, amputare un arto, ecc...), ma se il paziente non vuole acconsentire, esprimendo magari anche un esplicito rifiuto, il medico deve intervenire comunque.

Al di là, della incongruenza di una tale disciplina, è evidente il suo carattere incostituzionale. Affermare, nella sostanza, che il dissenso non vale laddove il trattamento è necessario a proteggere la vita del paziente equivale a contraddire il principio sancito dal secondo comma dell'art. 32 della Costituzione in base al quale “nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento se non per disposizione di legge”. In questo caso non vale neanche eccepire che ci troveremmo di fronte ad una legge che come tale potrebbe anche prevedere trattamenti sanitari obbligatori. L'ipotesi derogatoria in esame non è costituzionalmente ammissibile per almeno tre ordini di motivi. Primo: il trattamento obbligatorio dovrebbe essere motivato da esigenze di salute pubblica (come le vaccinazioni obbligatorie necessarie ad evitare il diffondersi di pericolose malattie) e non è questo il caso dal momento che qui si tratta della decisione relativa alla vita di un singolo individuo. Secondo: il trattamento obbligatorio imposto dalla legge non potrebbe comunque superare i limiti imposti

dal rispetto della persona umana (per questo motivo, ad esempio, un intervento astrattamente utile alla salute pubblica, come la castrazione di individui portatori di pericolose malattie genetiche, non sarebbe comunque costituzionalmente possibile) ed è evidente invece che imporre ad un individuo trattamenti che lo tengono in vita contro la sua volontà e quindi con la forza sarebbe in pieno contrasto con la dignità della persona. Terzo: la legge può imporre, con i limiti appena visti, “determinati” trattamenti, quindi circostanziati interventi medici. Nel caso in esame gli atti medici ai quali si potrebbe essere obbligati a sottoporsi sono completamente indeterminati trattandosi di tutto ciò che il medico ritenga proporzionato alla salvaguardia della vita.

2. La sostanziale negazione del significato delle dichiarazioni anticipate di trattamento (testamento biologico)

Delle dichiarazioni anticipate di trattamento si occupa l’articolo 5 che le qualifica da subito come una mera espressione di “orientamento del paziente” chiarendo come non siano in alcun modo vincolanti. Questo si riflette sul ruolo del medico che, ai sensi di quanto disposto dall’art. 8 del ddl, è tenuto unicamente a “prendere in considerazione” quanto preventivamente dichiarato dal paziente, valutandolo in scienza e coscienza e in applicazione di alcuni principi orientativi. Questi ultimi non sono i valori fatti propri dalla persona interessata, la sua visione di dignità o il senso che dava alla propria vita, ma sono i principi che un invadente legislatore ritiene opportuno formulare per tutti: “inviolabilità della vita umana”, “tutela della salute”, “precauzione, proporzionalità e prudenza”. Fra medico e legislatore l’unico soggetto che sembra restare fuori dalla decisione è allora proprio il paziente.

Quanto al contenuto possibile delle dichiarazioni anticipate, non c’è da stupirsi che esse non possano riguardare trattamenti necessari al mantenimento in vita del paziente oramai definitivamente incosciente. Si può infatti disporre, se pur a fini meramente orientativi, solo a proposito dei trattamenti che si è “legittimati dalla legge” a sottoporre al proprio medico curante. Quindi, se letto in combinato disposto con l’art. 2 prima considerato, è evidente come tutto ciò neghi alla base la possibilità di rifiutare per il futuro trattamenti che ci mantengano comunque in vita, anche artificialmente. Anche in questo caso ci troveremmo di fronte ad una previsione in contrasto con il nostro dettato costituzionale, dal momento che si finirebbero per imporre alla persona incapace un novero indeterminato di trattamenti che le è stato impedito di rifiutare. Come per la persona cosciente, questo non sembra ammissibile neanche per la persona incosciente, a meno di voler ammettere che perdendo la capacità di intendere e di volere si perda la propria dignità di individuo e con ciò le tutele costituzionali a questo fine assicurate dall’ordinamento.

Un'ultima considerazione riguarda anche il fatto che l'approvazione di un testo siffatto ci collocherebbe primi e soli in Europa a non ammettere la possibilità di sospendere un trattamento di mantenimento artificiale della vita ad un paziente che lo abbia preventivamente rifiutato.

3. La dequalificazione per legge di idratazione e nutrizione artificiali

L'art. 5 comma 6 dequalifica idratazione e nutrizione artificiali da "trattamento medico" a "forme di sostegno vitale" che non possono costituire oggetto di dichiarazione anticipata di trattamento.

È evidente in questo caso l'intento di sottrarsi all'applicazione dell'art. 32 della Costituzione, che vieta l'imposizione di trattamenti sanitari, cambiando il nome alla cosa e trasformando in qualcosa di diverso ciò che la scienza oggi considera un vero e proprio atto medico.

Non possono tacersi i consistenti dubbi di costituzionalità che pesano anche su tale previsione. È evidente che la Costituzione non la si viola solo contraddicendola espressamente, ma anche aggirandola. Sarebbe infatti come prevedere per legge che gli appartenenti ad una certa categoria di individui non sono qualificabili come "persone" e con ciò implicitamente affermare che ad essi non si applica l'inviolabilità della libertà personale.

(19 febbraio 2009)

Il diritto e la fine della vita. Note preliminari

Salvatore Prisco

*Ad Eluana e a Pier Giorgio, sfortunati fratelli in umanità.
A chi avrebbe voluto semplicemente vivere,
senza diventare simbolo di opposte bandiere
e a chi ha invece scelto consapevolmente di essere
un vessillo della propria eroica battaglia finale.*

Premessa. – Uno dei campi di più tormentoso confronto tra chi vive le proprie opzioni etiche secondo una prospettiva religiosa e chi ne fa a meno (sia che quest'ultimo si conduca poi in tale condizione con lucido disincanto ateo, sia che avverta piuttosto come una nostalgia e una ricerca di un senso del divino dal quale non riesce tuttavia ad essere pienamente avvinto) è senza dubbio quello dei confini dell'esistenza umana, tra la sua soglia d'ingresso e l'esito fatale - dies certus an, incertus quando, nella formula dei giuristi - nel quale si compirà il suo destino biologico di organismo programmato per svilupparsi, ma che contiene in se stesso un limite finale ineludibile.

Si è di proposito evitato di scrivere “tra la nascita e la morte”, giacché si è ormai divenuti sensibili al tema della vita prima del distacco dall'utero materno e a quello del progressivo deperire delle energie vitali, che possono anche per lungo tempo essere oggi mantenute dai progressi della tecnologia in una sorta di limbo che non è pienamente vita (non è cioè più la vita di chi autonomamente opera come individuo consapevole, immerso in attive relazioni sociali) e non è ancora la fine: non dunque un'alfa e un' omega, ma un processo; un progressivo venire al mondo, un altrettanto inesorabile itinerario di suo abbandono, salva l'eventualità di un decesso istantaneo. La scienza giuridica non può allora eliminare dal suo orizzonte speculativo la riflessione su quest'ordine di temi e in verità non l'ha mai fatto. Un'altra certezza è che nessuna meditazione in merito può ambire ad una mera e raggelata ricognizione del campo problematico, ad un'asettica proposta di norme e discipline, se mai pure esistesse per l'uomo di legge un ambito (che peraltro non c'è mai rispetto a nessun oggetto di indagine, essendo il diritto la dimensione dell'esperienza tipica di chi entra in relazioni e si estingue tra e con i suoi simili e dunque alimenta in se stesso esaltazioni, scoramenti, dubbi, in ogni

caso passioni e interessi) nel quale egli può evitare di mettere in gioco le sue convinzioni e il proprio vissuto emotivo.

Il lettore è dunque avvertito e sia perciò benevolo: può forse chiedere alle righe che seguono un tentativo di controllo razionale dell'argomentazione e giudicare in quale misura questo proposito sia stato avvicinato, non pretendere un'impossibile (una disumana, se vi fosse) avalutatività di chi scrive.

2. Bioetica e disciplina giuridica. – Una difficoltà ontologica, per così dire, investe peraltro le relazioni tra bioetica e diritto. Per dirla in breve, si tratta dell'incommensurabilità di principio tra lo strumento primario in cui si esprime ordinariamente il secondo (la legge dell'assemblea rappresentativa) e la strutturale irriducibilità a norma dei problemi posti dalla prima.

Una legge identifica e concreta (in via mediata) la volontà di una comunità umana, in ordine al punto di equilibrio - al quale l'evoluzione interpretativa dei suoi disposti ed in primo luogo quella giurisprudenziale conferiscono una inevitabile mobilità - tra valori e interessi in conflitto. Essa fissa standard comportamentali ed è presidiata dal rispetto del principio di uguale trattamento di casi analoghi, come carattere minimo e ineliminabile perché si dia un ordinamento democratico.

L'individuale sentimento etico, in ordine al processo vitale che coinvolge la corporeità (propria o altrui), sfugge però a una simile logica ordinante. Si potrà cioè dare in tale ottica la medesima situazione per soggetti differenti e ciascuno di loro potrà legittimamente re-agire ad essa in modo diverso. Legittimamente, si intende, sul piano morale: l'etica in genere - e la bioetica in specie - è esperienza del Sé del tutto singolare, che solo ex post facto potrà essere ricondotta a (e incasellata in) un vissuto e un linguaggio comunicabili. Si può anche dire così: la legge esprime la pretesa collettiva di disciplinare a priori una molteplicità di casi individuali, accostabili ed identicamente regolabili in ragione della loro somiglianza (*ubi eadem ratio, ibi eadem dispositio*); l'etica porta a fare del proprio caso individuale la regola della situazione esistenziale in cui si è immersi e solo di essa.

Nelle note e dolorose vicende che hanno fatto molto discutere l'opinione pubblica italiana nel periodo più recente, i dati di partenza erano evidentemente poco sovrapponibili in punti essenziali, benché fossero somiglianti per alcuni aspetti: Pier Giorgio Welby ha deliberatamente gestito il suo congedo dalla vita, per Eluana Englaro hanno in sostanza deciso altri.

Uno dei profili comuni alle questioni sulla scena ed anzi quello che ha subito cambiato in radice la qualità del dibattito che le ha investite è stato appunto il loro venire illuminate potentemente dai riflettori, la circostanza che entrambe

abbiano ricevuto un'ampia pubblicità, nel primo caso ad opera dello stesso protagonista (che ha indirizzato al Presidente della Repubblica una lettera non riservata, dalla quale è ripartito il confronto di posizioni culturali), nel secondo da parte di chi - il padre Beppino - ha condotto una lunga e travagliata battaglia giudiziaria, perché alla figlia fosse riconosciuto il diritto ad una fine dignitosa.

Si tratta di una prospettiva che ha mutato decisamente la possibile valutazione delle fattispecie, perché ha in pratica invocato - più che semplicemente autorizzato - il convergere dell'attenzione generale su di esse.

Questo ha impedito che le vicende trovassero una soluzione "discreta", in quella penombra che è ipotizzabile abbia invece avvolto e avvolga episodi consimili, nelle famiglie o negli ospedali, nel difficile e strettissimo gioco di sponda tra l'esegesi e l'applicazione, da un lato, di norme del codice di deontologia medica - sui doveri di cura e i loro limiti da parte del sanitario, al fine di scongiurare l'accanimento terapeutico - e di disposizioni del codice penale, dall'incriminazione del suicidio assistito a quella dell'omicidio del consenziente, dall'altro.

A fronte di siffatta spinta, si sono trovate Camere riluttanti a (e perciò incapaci di) esercitare le proprie competenze, ma ciononostante paradossalmente pronte a sollevare un conflitto di attribuzione - la cui inammissibilità era palese anche solo ad un primo esame della fattispecie, prima ancora che la Corte Costituzionale la dichiarasse tale - nei confronti di chi (il potere giudiziario, in primo luogo, ma sullo sfondo - e nemmeno poi tanto - anche la coscienza del medico, combattuta tra interpretazioni prometeiche del ruolo e presa d'atto dei limiti della sua scienza) è stato di volta in volta suppletivamente chiamato a porre alle inadempienze degli organi politico-rappresentativi rimedi che andavano in ogni caso assicurati dalla logica di costruzione dell'ordinamento giuridico, che respinge com'è noto l'astratta possibilità di prendere semplicemente atto delle sue lacune, predisponendo gli strumenti per superarle.

La scelta di rendere pubblici avvenimenti che si venivano consumando in una sfera schermata rispetto all'attenzione mediatica ha tuttavia e purtroppo - com'era inevitabile e com'era del resto accaduto anche negli Stati Uniti e altrove, nel notissimo caso Terry Schiavo o in altri meno noti all'attenzione diffusa - portato con sé, oltre ad una (a questo punto ineludibile) istanza regolatoria del fenomeno e dunque all'esigenza di un opportuno approfondimento delle complesse questioni teoriche in campo, anche effetti molto sgradevoli e del tutto indesiderabili. La discussione di merito, nella divulgazione che i mezzi di comunicazione di massa le davano, ha per vero assunto in molti casi e da parte di più di un interlocutore toni di contrapposto dogmatismo e talora di pura e semplice volgarità intellettuale, assolutamente non all'altezza di quegli

atteggiamenti di dubbio metodico, di compostezza di intervento e di argomentazione, infine - ma non da ultimo - di umana piet , che drammi del genere imporrebbero.

Vi si sono aggiunte in rito, occasionate in particolare dal caso Englaro, pericolose tensioni costituzionali, in cui la rivendicazione della responsabilit  governativa assunta esclusiva (ai sensi dell'art. 77, II comma, della Carta fondamentale) nell'adozione di un decreto legge,   apparsa a molti - e tra loro a chi scrive - strumentale al fine di preconstituire un precedente che in futuro potesse essere invocato anche per altri obiettivi, tali da travolgere il delicato ordito di pesi e contrappesi, di impulsi politici e di loro controllo, nella dialettica tra poteri costituzionali.

La pubblicit  dei casi ha dunque spinto ad accelerare la ricerca di una mediazione per approvare una legge ad hoc sulla fine della vita, oggi accettata infatti perfino da autorevoli esponenti e organismi scientifici vaticani in precedenza contrari, in nome della scelta del "male minore" e bench  siffatta opzione metodologica si scontri effettivamente (al netto di ogni suo eventuale uso di parte, contingente e di breve respiro) con l'obiezione di principio che prima si avanzava.

Occorre per  chiedersi quale natura debba avere un simile atto normativo. Piuttosto che intervenire con una regolazione "forte", una legge in materia dovr  essere particolarmente attenta all' "ascolto" dei casi, metodo verso il quale la sensibilit  di un tecnico di common law aiuterebbe certo ad orientarsi, in proposito, meglio di quella di un suo collega europeo continentale.

Appare dunque inevitabile (una volta scelta questa via) che essa si mantenga consapevolmente rispettosa del pluralismo assiologico che una societ  culturalmente e per fedi variegata e non pi  compattamente omogenea imprime alle scelte di ciascuno, perci  aperta a spazi che consentano l'emersione di queste ultime e inoltre tanto flessibile da potere plasmarsi con immediatezza sui continui progressi che vengono dalle acquisizioni della scienza medica.

Ci  implica che si compongano, nell'etica della situazione specifica (quale ricevuta - dunque auspicabilmente "a maglie larghe", come si diceva - sul piano della norma di diritto), le proiezioni di valore dei soggetti che essa vivono: in primo luogo il malato terminale, poi la sua famiglia, gli operatori sanitari che si avvicendano attorno al suo letto - ai quali dovrebbe essere consentito l'esercizio in ipotesi dell'obiezione di coscienza - e il fiduciario che dell'ammalato terminale avesse raccolto la volont  correttamente informata in ordine alla propria sorte per il tempo dell'irreversibile perdita della capacit  di intendere e di volere, manifestata con piena consapevolezza nel momento in cui essa era al contrario esistente e vigile.

Scelte tragiche e solitudine del morente. La via della solidarietà. – Tra chi accoglie la sofferenza estrema come segno di imitatio Christi e dunque promessa di risarcitoria salvezza eterna e chi la rifugge, come inspiegabile e pertanto inaccoglibile ferita alla dignità del morire (un rovescio della medaglia che al verso della dignità del vivere si accompagna sempre, come l'ombra è il riflesso ineliminabile della corporeità) non c'è evidentemente uno spazio possibile di mediazione sul piano del valore. Ognuno deciderà per se stesso. Purché - ecco il punto - la persona possa decidere liberamente e autonomamente comunicarlo, facendolo nel tempo felice della sua pienezza di vita per il momento successivo ed eventuale della irreversibile perdita di coscienza e della "reificazione" in cui è costretta - ormai solo povera cosa - in sia pur soccorrevoli mani altrui; nonché a condizione che la permanenza e la fermezza della sua decisione in un senso o nell'altro possa essere periodicamente verificata.

Se è concesso notarlo, la sentenza della Corte di Cassazione che ha così desunto la possibilità che ad Eluana Englaro fosse staccato il sondino nasogastrico che idratandola e alimentandola la manteneva in una condizione vegetativa permanente lascia in questo perplessi, giacché (a determinarne la volontà) si è ritenuto possibile desumerla da convinzioni e stili di vita espressi - in mancanza di certezze di volontà più solidamente documentate - nel pieno di una fiorente giovinezza, diciassette anni prima dell'incidente automobilistico fatale.

Se non si può da un lato caricare il solo medico di una decisione il cui peso etico (e la cui responsabilità penale) è insostenibile, se non è condivisa, dall'altro non appare però rispettoso del suo margine di apprezzamento tecnico-discrezionale definire una volta per tutte in legge che cosa siano i trattamenti sanitari, perciò rinunciabili (ai sensi dell'articolo 32 della Costituzione) e che cosa non lo sia, in quest'ultima sfera facendo rientrare l'idratazione e l'alimentazione del malato terminale.

L'eminente sociologo tedesco Norbert Elias ci ha consegnato, in pagine di straordinario valore analitico e di grande empatia umana, una descrizione che chi scrive ritiene ancora insuperata della solitudine del morente, oggi ospedalizzato ed interdetto rispetto al flusso di vita che scorre anche poco lontano da lui, allontanato dai bambini che potrebbero restarne traumatizzati, segregato da famiglie il cui protratto dolore turberebbe il ritmo dell'inesorabile produttività quotidiana.

Una meditazione su questi temi (sui quali questo contributo non può che essere un'introduzione, che richiederà un più ampio approfondimento) non può invece dimenticare che la cura tecnica e medica di un ammalato non è tutto e quando essa deve arrendersi resta lo spazio del prendersi cura. E che esiste ed opera il valore della solidarietà anche nella morte, che va in sostanza sottolineata

l'importanza di essere accompagnati verso una soglia che ci riguarda tutti con amore, perché anche questa è - è l'estrema, anzi - soglia di un'esperienza comunitaria.

Il modo in cui si muore illumina retrospettivamente come si è vissuti, l'atteggiamento con cui si è capaci di accompagnare chi si ama alla fine rivela di noi stessi molto più che un qualsiasi rispecchiamento superficiale delle nostre fattezze esteriori.

L'amore però non può essere giuridicamente imposto, la solidarietà - come ci insegna la Costituzione italiana e non solo essa - è invece assioma giuridicamente rilevante e traducibile in doveri puntuali di comportamento.

Nell'ottica di queste povere riflessioni e mentre si discute finalmente ed in modo animoso della questione nel Parlamento italiano, come in passato si è fatto in altre assemblee politiche di Paesi diversi dal nostro, torna in mente a chi scrive - per una conclusione provvisoria, ma che si desidererebbe comunicare in forma scevra da ogni oltranza e certezza ideale, nella consapevolezza che la vita è un bene fragile, ma che appunto la morte soltanto può attribuirle un senso (qualunque cosa, anche se fosse il nulla, venga dopo di essa) - il laico e stoico insegnamento senechiano, nel quale taluno ha visto un presentimento e un precorrimento della speranza metafisica cristiana.

Si inganna infatti chi crede la morte soltanto un evento finale. «Cotidie morimur (Ad Lucilium ep., XXIV)», cioè «Moriamo un poco ogni giorno».

Come dunque ci invitava a pensare il filosofo (Consolatio ad Polybium, 9) «Per chi naviga in questo mare così tempestoso ed esposto a tutti i fortunali, non vi è altro porto che la morte. Perciò non guardar male la condizione di tuo fratello: è in pace. Finalmente è libero, finalmente sicuro, finalmente eterno. Ora egli gode del cielo libero e aperto; [...] ora vaga liberamente e contempla, con immenso piacere, tutti i beni della natura. Ti inganni: tuo fratello non ha perso la luce, ma ne ha trovata una più vera»

(4 marzo 2009)

Il controllo presidenziale e quello della Corte costituzionale: qualche osservazione in merito al rifiuto di emanazione del decreto legge per il caso Englaro

Roberto Romboli

Nei giudizi espressi in ordine alla lettera inviata il 6 febbraio 2009 dal Capo dello Stato al Presidente del consiglio dei ministri in merito al decreto legge sulla vicenda Englaro, viene sovente richiamata, a vari scopi, la posizione espressa sul tema dalla giurisprudenza costituzionale, presupponendo una sorta di omologazione del controllo esercitato in via preventiva sugli atti normativi primari da parte del Presidente della repubblica e di quello svolto in via successiva dalla Corte costituzionale.

Nella lettera il Presidente Napolitano, premettendo di doversi ispirare unicamente al rispetto dei principi costituzionali, ha manifestato con chiarezza la propria contrarietà al ricorso in quella circostanza allo strumento del decreto legge, fondando la propria conclusione su tre diverse e concorrenti ragioni: a) la materia oggetto della disciplina (testamento biologico, trattamenti di alimentazione e di idratazione meccanica), riguardando le modalità di tutela dei diritti costituzionali della persona (art. 3, 13, 32 Cost.), non dovrebbe (potrebbe) essere regolata attraverso decreto legge; b) mancherebbero, nella specie, le ragioni straordinarie di necessità e di urgenza, richieste dall'art. 77 della Costituzione; c) il contenuto normativo del progettato decreto si porrebbe in evidente contrasto con fondamentali principi costituzionali ed in particolare con quello della divisione dei poteri.

La verifica dei presupposti costituzionali della decretazione d'urgenza se è vero che ha visto principalmente ed efficacemente impegnata la Corte costituzionale, è altresì noto come abbia in diverse occasioni impegnato anche l'altro "custode" della Costituzione, il Presidente della repubblica, il quale ha in proposito fatto sentire la sua voce, a volte ponendosi in sintonia con il Giudice costituzionale, altre assumendo posizioni diverse e per certi aspetti addirittura contrastanti.

Volendo fare qualche esempio, nel primo senso potremmo ricordare la lettera inviata dal Presidente Scalfaro, in data 30 maggio 1996 al presidente del consiglio incaricato Prodi, immediatamente prima della votazione sulla fiducia al governo, in cui definiva "anomalo e grave", nonché "assolutamente insostenibile"

il fenomeno della reiterazione dei decreti legge, qualificato come “un’usurpazione delle prerogative del parlamento (...) e una permanente lesione dei principi fondamentali della ripartizione delle funzioni tra gli organi costituzionali, fino a minare lo stesso concetto di divisione dei poteri, che costituisce il nucleo essenziale di tutte le costituzioni moderne”, auspicando che “prima del prossimo autunno, e cioè prima della sessione di bilancio, il problema possa essere avviato a definitiva soluzione. Se questo accadrà mi sarà evitato di dover esercitare con accentuato rigore i miei poteri di garanzia dinanzi alla reiterazione di decreti legge decaduti” (corsivi aggiunti). La sentenza n. 360 della Corte costituzionale che ha dichiarato l’incostituzionalità del fenomeno della reiterazione sarà depositata il 24 ottobre dello stesso anno.

Nell’altro senso può invece essere ricordato il messaggio attraverso il quale il 29 marzo 2002 il Presidente Ciampi restituì alle camere, ai sensi dell’art. 74 Cost., la legge di conversione del decreto legge 25 gennaio 2002 n. 4. In esso sono contenute affermazioni di notevole importanza, molte delle quali venivano a porsi in contrasto con quanto sostenuto allo stesso proposito dalla Corte costituzionale. Il Presidente della repubblica sostenne infatti che la legge 400/1988 (e le previsioni ivi contenute all’art. 15 con riguardo al decreto legge), “pur essendo una legge ordinaria, ha valore ordinamentale in quanto è preposta all’ordinato impiego della decretazione d’urgenza e deve quindi essere, del pari [alle norme costituzionali], rigorosamente osservata” (in senso esattamente opposto si era espressa Corte cost. 391/95).

A proposito del requisito della omogeneità, veniva lamentato che il testo risultante dalla legge di conversione contenesse “tante norme disomogenee”, sottolineando in particolare che ciò era stato causato dall’accoglimento, da parte della legge, degli emendamenti avanzati in sede di conversione del decreto, aventi “un’attinenza soltanto indiretta alle disposizioni dell’atto originario. Cosicché viene sottoposta per la promulgazione una legge che converte un decreto legge notevolmente e ampiamente diverso da quello da me a suo tempo emanato”. Con ciò si veniva all’evidenza a ritenere, in contrasto con la giurisprudenza costituzionale, che il requisito della omogeneità si rivolge anche alla parte introdotta in sede di conversione in legge del decreto. Il messaggio parlava inoltre, sempre in contrasto con la giurisprudenza costituzionale, della necessaria sussistenza dei requisiti di straordinaria necessità ed urgenza con riguardo a norme inserite in sede di conversione del decreto legge.

Una simile divergenza è giustificata dal fatto che il controllo dei “due custodi”, pur mosso dagli stessi scopi e finalizzato ai medesimi risultati, si svolge seguendo forme, criteri e limiti diversi. Così, solo per sottolinearne alcuni, la

verifica del Capo dello Stato, a differenza della Corte costituzionale, non risulta costretta nei limiti del principio del chiesto e pronunciato, non si limita alla stretta legittimità costituzionale, ma si estende anche al cd. merito costituzionale. Da sottolineare altresì che il Presidente della repubblica è penalmente responsabile, nell'esercizio della sua funzione, di attentato alla Costituzione.

Con riguardo poi specificamente al controllo dei decreti legge pare opportuno evidenziare come solo il Presidente ha la possibilità di una verifica preventiva e tale quindi, almeno nei casi di decreti aventi un contenuto eversivo, da impedire l'entrata in vigore del decreto ed il determinarsi di effetti irreversibili anche nei riguardi di diritti fondamentali della persona, mentre la Corte costituzionale, in conseguenza delle forme e dei tempi attraverso i quali può esserne investita, potrà intervenire solo dopo che il decreto è entrato in vigore ed è stato convertito in legge.

La mancata considerazione di tale diversità renderebbe fin troppo facile far notare, com'è accaduto, che il Capo dello Stato non ha negato la propria firma ed ha emanato decreti legge ritenuti poi dalla Corte costituzionale privi, in maniera evidente, dei requisiti della necessità e dell'urgenza, come nei recenti casi della esclusione della condanna per peculato d'uso dalle cause di incandidabilità alla carica di sindaco e poi di decadenza dalla stessa e della espropriazione del teatro Petruzzelli di Bari, con incarico al prefetto di determinare l'indennizzo spettante ai proprietari, che hanno costituito le prime due ipotesi di dichiarazione di incostituzionalità di disposizioni di un decreto legge per evidente assenza dei presupposti di necessità e urgenza (sentt. 171/07 e 128/08).

Ugualmente potremmo anche sostenere che ogniqualvolta la Corte dichiara la incostituzionalità di una legge, ciò starebbe a dimostrare che il Presidente della repubblica ha mancato nella sua funzione di controllo allorché ha proceduto alla promulgazione della legge, poi in tutto o in parte dichiarata incostituzionale.

L'intervento del Capo dello Stato, nella sua funzione di garanzia istituzionale del rispetto della Costituzione, si pone in termini diversi da quelli propri del controllo di costituzionalità delle leggi svolto dalla Corte costituzionale e, come nel caso di specie, appare come il frutto di una valutazione complessiva, in ordine allo specifico decreto legge sottopostogli alla firma, del profilo del merito costituzionale e di quello della stretta legittimità.

In questo senso pertanto ritengo che debba essere letta la lettera del Capo dello Stato e giudicato il suo successivo rifiuto di emanare il decreto.

Il Presidente Napolitano svolge infatti diversi rilievi, alcuni dei quali sono da ritenere rientranti nel c.d. merito costituzionale. Questo vale per quanto osservato in relazione alla materia oggetto della disciplina in questione, come

risulta dall'uso dei termini “soluzione inappropriata” o tale da destare “gravi perplessità”.

Ciò non sarebbe presumibilmente stato sufficiente a negare l’emanazione del decreto, ma questo appare al Capo dello Stato altresì privo dei necessari presupposti richiesti dall’art. 77 della Costituzione, allorché questo lo si ritenga teso a dettare una disciplina e comunque ad intervenire su una materia che da tempo il parlamento discute, non essendosi in proposito verificato “nessun fatto nuovo che possa configurarsi come caso straordinario di necessità ed urgenza ai sensi dell’art. 77 della Costituzione”.

Tale requisito non può ritenersi integrato da “un singolo caso”, pur se drammatico, quale quello dell’aver iniziato l’applicazione del protocollo per il distacco della alimentazione a Eluana Englaro, nonostante che questo fosse il motivo chiaramente e dichiaratamente ispiratore del decreto legge, sembrando davvero difficile sostenere che il provvedimento non potrebbe definirsi ad personam in quanto nel testo del decreto non si parla espressamente di “Eluana Englaro”.

Forse neppure questo elemento, da solo, sarebbe stato ritenuto sufficiente per negare l’emanazione del decreto, ma qualora il caso straordinario di necessità e di urgenza fosse visto nel suddetto fatto e nella necessità di “salvare” una vita umana, si determinerebbe allora una evidente violazione di principi essenziali del nostro ordinamento costituzionale, quale quello dell’esercizio di diritti costituzionali e della separazione dei poteri, in quanto il decreto si proporrebbe di impedire l’esercizio di un diritto, derivato da principi costituzionali, accertato attraverso una serie di pronunce dell’autorità giudiziaria, rispetto alle quali la Corte costituzionale ha escluso che si possa muovere il rilievo di aver sconfinato dai limiti posti dalla Costituzione all’attività giurisdizionale (ord. 334/08).

Coglie esattamente l’essenza del problema Alessandro Pace (Quella legge ancora inutile, in la Repubblica, 11 febbraio 2009) quando rileva che il terreno di scontro è, “da un lato , il diritto del padre di Eluana a che fosse eseguita l’interruzione del trattamento di sostegno vitale artificiale di quest’ultima” [come stabilito nelle sentenze della Cassazione e della corte d’appello di Milano], “dall’altro lato, la pretesa del governo e delle gerarchie vaticane di mantenere Eluana in uno stato vegetativo irreversibile, a dispetto delle decisioni definitive della magistratura”.

La decisione del Capo dello Stato di non firmare il decreto legge sottopostogli dal governo pare pertanto il risultato di una valutazione globale che tiene conto dei diversi elementi, di merito e di legittimità, sopra ricordati, i quali lo hanno indotto, nella specie, ad assumere una determinata posizione.

Sempre nell'ambito di una valutazione generale può trovare spiegazione l'apparente contraddittorietà del comportamento del Capo dello Stato il quale, mentre ha rifiutato di firmare il decreto in quanto ritenuto manifestamente contrastante, nel contenuto, con principi costituzionali, ha invece autorizzato la presentazione di un disegno di legge, avente il medesimo contenuto.

Non si può in proposito non rilevare come, mentre il decreto legge sarebbe entrato immediatamente in vigore, producendo da subito i suoi effetti, anche irreversibili, il disegno di legge rappresenta solo un atto di iniziativa legislativa, privo di efficacia diretta, che dovrà essere sottoposto all'esame delle camere, le quali debbono ritenersi a conoscenza delle ragioni, esposte nella lettera al presidente del consiglio dei ministri e resa pubblica, in base alle quali il Capo dello Stato non ha firmato il decreto. A ciò si aggiunga che, nell'ipotesi in cui il parlamento non avesse tenuto affatto conto dei rilievi, sul contenuto, esplicitati dal Presidente della repubblica, questi, come osserva Gaetano Azzariti, “potrebbe ribadirlo rinviando la legge alle camere con messaggio motivato ai sensi dell'art. 74 della Costituzione repubblicana” (Era ipotizzabile un rinvio alle camere della legge che il parlamento si apprestava a approvare per bloccare l'esecuzione della decisione “Englaro”?, www.astrid-online.it).

(25 febbraio 2009)

Il caso Englaro e il controllo contestato

Antonio Ruggeri

1. Un Presidente del Consiglio Constitutioni solutus?

“Ma la Costituzione esiste ancora?”, si chiedeva Leonardo Sciascia, in un passo ancora di recente richiamato da A. Barbera¹. Mi viene da aggiungere, proprio rifacendomi al senso complessivo della riflessione di Barbera e però riproponendo in forma interrogativa un suo pensiero invece categoricamente enunciato: ma, è proprio vero che “i principi costituzionali si sono radicati nella società italiana”? Invidio, infatti, il valoroso collega per le sue incrollabili certezze: si vede che, col passare degli anni, lui diventa sempre più ottimista, io invece pessimista (nessuno dei due, forse, è però... realista, i principi fondamentali essendo, sì, provvisti di radici ma non talmente profonde e diffuse da resistere allo sradicamento della pianta senza troppi sforzi).

Anch'io, ad ogni buon conto, ho sempre creduto che i principi non fossero ormai più in contestazione, avevo creduto che così fosse. Solo che, nel momento in cui un autorevole uomo politico, che gode di largo credito in seno alla comunità dei cittadini (ne è prova irrefutabile l'ultimo responso elettorale), si avventura a talune dichiarazioni di inaudita gravità, allora sì che il dubbio riaffiora, prepotente, obbligandoci ad una severa, non preconcepita, riconsiderazione critica anche delle nostre più diffuse e salde credenze.

Faccio solo due esempi tratti dalla vicenda cui si riferisce questo breve commento (ma, come si sa, se ne potrebbero aggiungere a iosa, andando indietro nel tempo).

Si pensi, dunque, all'affermazione strabiliante secondo cui la povera Eluana (o altri nelle sue stesse condizioni) era persona in grado di procreare: vale a dire – va detto senza mezzi termini, per quanto ci costi il solo pensarlo – che era in grado o di subire uno stupro ovvero di essere fatta oggetto di inseminazione artificiale (la quale – è superfluo rammentare – è essa pure da noi vietata al di fuori della coppia e, comunque, in quanto avente ad oggetto – è proprio il caso di dirlo – una persona non cosciente e capace di autodeterminarsi, sarebbe essa pure un atto di pura violenza).

¹ *La Sicilia come metafora*, Milano 1979, 104 e 117, cit. da A. BARBERA, *I principi della Costituzione repubblicana: dal “compromesso” al radicamento progressivo*, in www.forumcostituzionale.it

Nessun commento, sul punto, solo un penoso e pensoso silenzio.

L'altra affermazione riguarda il carattere "sovietico" della nostra Costituzione (da cui l'urgenza di riformarla, di "liberalizzarla"...).

Ora, qui non è più questione di rivedere questa o quella statuizione o, magari, l'intero titolo o parte cui essa appartiene. In particolare, non è più in gioco la riscrittura dell'art. 77, col sottinteso (ma chiaramente visibile) proposito di liberare i decreti-legge dal laccio stringente di un controllo presidenziale evidentemente ritenuto un fastidioso ingombro (tra parentesi: ma qualcuno l'ha spiegato al Presidente del Consiglio che i decreti-legge in molte democrazie contemporanee non esistono?). Qui è in gioco il modo stesso di essere, il DNA, della nostra Carta costituzionale, che – come anche gli studenti più sprovveduti sanno – non è né "sovietica" né "liberale" (o altro ancora), piuttosto ponendosi quale sintesi mirabile di apporti culturali venuti da orientamenti ideologici di varia estrazione e tuttavia fortemente determinati, in una congiuntura particolarmente sofferta ma illuminata dalla speranza di rifondare nelle sue stesse basi portanti lo Stato, ad incontrarsi ed a lasciare tutti assieme (ed in eguale misura) il segno della loro presenza nella nuova legge fondamentale, convergendo e ritrovandosi attorno al valore indisponibile del rispetto della persona umana e agli altri valori coi quali questo fa "sistema".

È strabiliante che il Presidente del Consiglio dica certe cose; ma, non meno strabiliante e fortemente inquietante è che sulle sue dichiarazioni si sia registrato il consenso degli altri membri di cui si compone il Governo (sia pure, a quanto pare, in qualche caso, sofferto, espresso obtorto collo: non è raro – ahimè – che l'attaccamento alla poltrona prevalga sulla fedeltà all'etica repubblicana...). E, poiché dietro gli uomini politici e i partiti di appartenenza vi è il consenso dei cittadini, ecco che allora – come dicevo – il dubbio circa l'effettivo radicamento dei principi costituzionali resta.

È bene che si chiamino le cose col loro giusto nome. Dopo la dichiarazione fatta dal Presidente del Consiglio dubito che l'uomo possa restare un solo giorno di più al suo posto: non è più legittimato. Perché – contrariamente a quello che lo stesso Presidente va da tempo predicando – la sola legittimazione che viene dall'investitura popolare non basta all'esercizio del potere *Constitutioni solutus*, ove si convenga – come devesi – che essa, in tanto ha modo di spiegare e riversare nelle vicende della vita politico-istituzionale tutto il formidabile potenziale di cui è dotata, in quanto sia a sua volta legittimata dalla Costituzione: dove è la fonte prima ed esclusiva, il fondamento più saldo, il limite più efficace all'esercizio della sovranità.

2. *Sì al controllo, ma in che forma?*

E veniamo, dopo questa generale (ma non secondaria) avvertenza, alla questione su cui è esploso il conflitto tra il Capo dello Stato e il Presidente del Consiglio, relativa al controllo dell'uno sugli atti del Governo: alla sua ammissibilità, in primo luogo, e, a seguire, alle forme ed ai limiti in cui se ne può avere, per Costituzione, riscontro.

Che il controllo possa darsi non mi pare che sia da revocare in dubbio; ed è francamente singolare che siamo oggi nuovamente chiamati a discorrerne (ma, forse, è proprio uno dei segni più indicativi del tempo...). V'è, innanzi tutto, una ragione di ordine generale a suo sostegno, che risulta per tabulas: la circostanza per cui gli atti del Governo (e, segnatamente, i decreti-legge) sono emanati dal Capo dello Stato. Immaginare che quest'ultimo dismetta i panni del garante e, proprio in occasione dell'adozione di alcuni degli atti maggiormente espressivi d'indirizzo politico, si limiti a fare il passacarte o il postino è fuori di ogni logica. Se si fosse voluto liberare alcuni atti dal controllo preventivo del Capo dello Stato, pur nelle forme – queste sì – discusse e invero discutibili in cui può aversi, lo si sarebbe detto espressamente (ma, forse, proprio questo è l'obiettivo cui oggi punta il Presidente del Consiglio in carica...). Semmai, è da chiedersi – senza alcun pregiudizio di ordine teorico-ricostruttivo – se la circostanza per cui nei riguardi delle leggi sia espressamente previsto il rinvio con richiesta di esame, del quale non si ha invece traccia quanto agli atti del Governo, osti alla estensione in via analogica a questi ultimi del regime valevole per quelle.

Qui, però, come si vede, siamo fuori dell'an e siamo già passati a dire del quomodo.

Ad esser pignoli, a prospettare cioè una lettura... letteralistica del dettato costituzionale, si può, volendo, anche convenire che un rinvio sugli atti del Governo non sia consentito. D'altronde, come si sa, in fatto di competenze dei pubblici poteri, vale la regola secondo cui le competenze stesse si hanno se (ed in quanto) espressamente previste (e nelle forme e nei limiti della previsione medesima): tutt'all'inverso, come pure è noto, di ciò che invece ordinariamente si ha con riferimento ai comportamenti dei privati, liberi di autodeterminarsi come credono fin dove non incontrano precetti normativi che pongano divieti al loro operare.

Sempre a stare all'ordine di idee ora ipoteticamente rappresentato, il Capo dello Stato potrebbe (e dovrebbe), conformemente al ruolo che gli è proprio, effettuare un controllo, inidoneo però a tradursi in un rinvio al mittente dell'atto (per questa o quella ragione) censurato. E, dunque, potrebbe – motivatamente (lo

impone il valore democratico, nelle sue applicazioni alle relazioni degli organi supremi ed a beneficio altresì della comunità²) – rifiutarsi di emanare l’atto. Dal suo canto, l’autore dell’atto stesso non resterebbe, ad ogni modo, privo di strumenti di garanzia, disponendo della facoltà di appello al giudice costituzionale, a salvaguardia della propria sfera di competenze (nei casi più gravi, poi, in aggiunta ovvero in alternativa alla apertura di un conflitto tra poteri, potrebbe sollecitare l’attivazione delle procedure di accusa per attentato alla Costituzione).

Questo a stare al solo dettato costituzionale. Sennonché è ormai pacifico che tra le maglie larghe (e, in qualche caso, larghissime) di cui si compone la trama del tessuto costituzionale prendono posto regole diverse dal diritto scritto, per natura e complessiva connotazione (consuetudinarie, convenzionali, di correttezza), per la loro parte idonee a concorrere alla inesaurita rigenerazione semantica della Carta. Non è solo – si badi – il principio di “leale collaborazione” a spingere verso un esito favorevole all’ammissione del potere di rinvio, ancorché sia invero rimasto stranamente inesPLICITATO. Ancora prima (e, forse, di più) soccorrono altri principi, tutti concorrenti (e necessariamente serventi) al mantenimento dell’equilibrio complessivo del sistema: al servizio, insomma, sia della forma di governo che, e più ancora, della forma di Stato.

V’è, innanzi tutto, il bisogno di tenere allo stesso livello, costantemente equilibrate, le relazioni che il Capo dello Stato intrattiene, rispettivamente, col Parlamento da un canto, il Governo dall’altro. Quale senso, infatti, potrebbe mai riconoscersi ad un’eventuale discriminazione di trattamento fatta alle leggi rispetto al regime invece valevole per gli atti aventi forza di legge?

V’è, poi, l’esigenza di dar fondo a tutte le risorse di cui si dispone al fine di evitare continue, defatiganti ed esasperate “giurisdizionalizzazioni” a tutti i costi dei conflitti politici, con pregiudizi imprevedibili a carico del sistema, incapace di sopportare o assorbire tutte siffatte esplosioni di conflitti.

Sul punto vorrei sforzarmi di esser chiaro, al fine di evitare ogni possibile fraintendimento del mio pensiero. La “giurisdizionalizzazione” dei conflitti non va vista come una sorta di male assoluto e incurabile; al contrario, è ben possibile che si abbia e che l’ordinamento costituzionale possa dunque trarre non pochi vantaggi da taluni “scandali” venuti quindi alla luce. Solo che in ogni cosa v’è sempre un fatto di misura, di ragionevolezza, gli eccessi (in un senso o nell’altro) essendo pur sempre da evitare: tanto che si tratti di portare, ad ogni piè sospinto,

² Si tratta, dunque, di un requisito ad un tempo discendente dal modo complessivo di essere della forma di governo e – più ancora – dal modo di essere della forma di Stato.

davanti al giudice i dissidi politici, quanto che, all’opposto, si tratti di convogliarli, nuovamente per sistema, lungo canali sotterranei o, come che sia, difficilmente percorribili dalla gente, sottratti perciò alla vista di quest’ultima ed al controllo diffuso, seppur non di rado confuso, che presso di questa prende variamente ed occasionalmente corpo.

3. Davvero violato, senza riparo, il principio della separazione dei poteri? E ancora: del tutto lineare il comportamento, nella circostanza, del Capo dello Stato?

Solo poche notazioni finali in merito alla questione che ha offerto lo spunto per il nostro confronto, con specifico riguardo alla coerenza nell’uso degli strumenti di controllo in occasione di una stessa vicenda di ordine politico-normativo (per ciò che ora importa, di quella odierna).

Riviste, a mente serena, le cose da quest’angolo visuale – e ferma la totale infondatezza, sia per l’oggi che per il domani, della pretesa del Presidente del Consiglio di sottrarre gli atti del Governo al controllo – non mi pare che l’operato del Capo dello Stato sia andato esente da qualche ombra.

Si è fatto giustamente notare da molti commentatori che la censura non investiva solo lo strumento (il decreto-legge), a motivo della insussistenza dei presupposti fattuali giustificativi della sua adozione, ma anche il fine, in rapporto al parametro costituzionale. Aggiungo, per un fatto di onestà intellettuale, che non persuade fino in fondo la giustificazione tutta incentrata sulla “evidente mancanza” – per riprendere un’espressione cara alla Corte – dei presupposti suddetti³. Troppo lunga è la lista di decreti fatti con troppa larghezza e benevolenza passare da questo Presidente della Repubblica, come dai suoi predecessori, per fugare del tutto il dubbio che si sia invero trattato di una soluzione di ripiego, pilatesca, per non affrontare di petto i nodi cruciali, spinosi, relativi alla sostanza della posta in palio: l’ammissibilità, la giustificazione in rapporto all’intera tavola dei valori fondamentali (e, sopra tutti, del valore della dignità della persona umana), della prescrizione dell’alimentazione ed idratazione forzate o, all’inverso, della doverosità della stessa in rapporto al valore indisponibile della vita, sia pure secondo una peculiare e controversa accezione di quest’ultima⁴.

³ Rileva la sussistenza dei requisiti di necessità e urgenza, trattandosi di salvare una vita umana, tra gli altri, N. ZANON, *Scelto il principio di precauzione*, in *Il Sole 24 ore*, 7 febbraio 2009.

⁴ Ma, su ciò il discorso si fa terribilmente complesso, implicando valutazioni di ordine etico e scientifico, prima (e più ancora) che giuridico, la cui verifica dev’essere di necessità rimandata ad altre sedi.

Due questioni vanno, però, tenute distinte, altrimenti si rischia di accrescere la non poca confusione venutasi al riguardo a determinare.

La prima concerne l'osservanza del principio della separazione dei poteri, per il tramite della osservanza del verdetto dei giudici con cui è stata decisa la sospensione dell'alimentazione e dell'idratazione nei riguardi della povera Eluana. A questo proposito, non nascondo di nutrire taluni dubbi, non rimossi pur dopo la conclusione della vicenda e che vorrei dunque riproporre così come mi sono venuti, anche in vista di un auspicabile ripensamento dell'intera questione che astragga – fin dove possibile... – dalla vicenda stessa e dalle sue non poche implicazioni di ordine etico, prima che giuridico.

E, invero, se il decreto-legge (o la legge se fosse intervenuta per tempo) avesse espressamente dichiarato di voler valere anche per il passato, di sicuro si sarebbe consumata un'invasione indebita del campo riservato alla magistratura⁵. Nulla, però, al riguardo dicendosi nell'atto (e, perciò, producendo lo stesso – come di consueto – effetti unicamente per l'avvenire), dubito che esso avrebbe potuto riguardare altresì fatti ormai coperti da pronunzia giudiziaria: avrebbe, insomma, potuto valere per altre persone, non per Eluana. La difficile, impegnativa, risposta al quesito ora posto avrebbero dovuto, ad ogni buon conto, darla – come sempre – gli organi dell'applicazione.

L'altra questione riguarda – come dicevo – la linearità dell'indirizzo complessivamente manifestato dal Capo dello Stato, per il tramite dell'esercizio dei poteri di garanzia di cui è per Costituzione dotato.

Come si sa, il Presidente ha posto un alt alla decretazione d'urgenza ma ha prontamente dato il via libera alla presentazione del medesimo contenuto normativo sotto forma di disegno di legge.

In questa manovra, si è, a parer mio, consumato un equivoco, che bene si farebbe alla prima occasione utile a fugare.

Se l'articolato messo a punto dal Governo si considerava – a torto o a ragione – offensivo verso la separazione dei poteri, il Capo dello Stato non avrebbe dovuto autorizzarne la presentazione alle Camere e, qualora l'articolato

⁵ È stato rilevato (da N. ZANON, *La rivoluzione. Cade il tabù del Colle inviolabile*, in *Libero*, 7 febbraio 2009) che i provvedimenti adottati in sede di volontaria giurisdizione non vanno in giudicato e sono, pertanto, revocabili o modificabili in ogni momento dall'autorità giudiziaria. Si è, però, opposto (A. PACE, nell'intervista di M. Viviani dal titolo "*Il Quirinale ha fatto bene*", per *L'Espresso*, 7 febbraio 2009) essere irrilevante la circostanza che il provvedimento in parola fosse di volontaria giurisdizione, venendosi in ogni caso a determinare un'invasione della sfera di competenze riservata alla magistratura.

stesso fosse stato tradotto in legge – si è, a ragion veduta, sostenuto⁶ –, avrebbe potuto (o, meglio, dovuto) rispedirlo indietro, per un nuovo esame⁷.

Prova troppo la ricorrente opinione, secondo cui i disegni in genere potrebbero non diventare mai leggi ovvero diventarlo ma con contenuti anche significativamente, profondamente diversi. A parte però il fatto che lo stesso dovrebbe dirsi anche dei decreti-legge (con la non secondaria differenza tuttavia che questi ultimi vanno subito ad effetto⁸), giusta la tesi ora enunciata l'autorizzazione non avrebbe alcun senso, dal momento che essa dovrebbe essere sempre concessa, persino nei riguardi dei disegni a prima vista “mostruosi”.

Non posso adesso riprendere, con la dovuta estensione, una questione che – come si sa – è stata molto discussa ed in merito alla quale, peraltro, mi è già stata offerta l'opportunità di soffermarmi altrove⁹. Mi limito solo ad enunciare il convincimento che mi sono al riguardo col tempo formato e nel quale, anche alla luce delle ultime vicende, sempre di più mi radico; ed è che, davanti a disegni icu oculi incompatibili coi principi fondamentali della Carta (diciamo pure, a questi frontalmente ostili, ovverosia – come altri preferisce dire¹⁰ –, più ancora che incostituzionali, anticostituzionali), il diniego di autorizzazione dev'essere fermo e chiaro, senza tentennamento o cedimento alcuno¹¹.

Ed allora, tornando al caso nostro, se era davvero in gioco anche (ma non solo) uno dei principi fondanti l'ordine costituzionale, il Presidente della Repubblica avrebbe potuto (e, anzi, dovuto) determinarsi diversamente. Non averlo fatto rimarca e proietta ancora di più in primo piano la questione delle forme, lasciando invece sullo sfondo la sostanza dalle stesse coperta, così però

⁶ M. VILLONE, *Cinque risposte dalla Costituzione*, in *Il riformista*, 7 febbraio 2009 e G. AZZARITI, *Era ipotizzabile un rinvio alle camere della legge che il parlamento si apprestava ad approvare per bloccare l'esecuzione della decisione “Englaro”?*, in www.astrid-online.it.

⁷ Non mi nascondo, ovviamente, la ragione “vera” che ha, con ogni probabilità, indotto il Capo dello Stato a determinarsi così come ha fatto: evitare un'ulteriore drammatizzazione di un conflitto di per sé già assai elevato, allo stesso tempo lasciando ad intendere di essere disponibile ad una sollecita promulgazione della legge, *ad horas*. La prudenza è virtù congeniale – come si sa – al Presidente; è, tuttavia, da chiedersi se possa ugualmente autorizzare quest'ultimo a distogliere lo sguardo davanti ad una (supposta) violazione di un principio fondamentale dell'ordinamento.

⁸ ... alle volte, anzi, determinando – come si sa – conseguenze materialmente irreversibili.

⁹ V., dunque, volendo, il mio *Rinvio presidenziale delle leggi ed autorizzazione alla presentazione dei disegni di legge fra aperture del modello e delusioni della prassi*, in AA.VV., *Il Presidente della Repubblica*, a cura di M. Luciani e M. Volpi, Bologna 1997, 171 ss.

¹⁰ Mi rifaccio ad un'indicazione teorica di A. SPADARO, che ne ha più volte trattato, a partire da *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, Napoli 1990, spec. 262 ss.

¹¹ Ovviamente, poi, il Governo avrebbe potuto, come di consueto, difendersi sollevando un conflitto davanti alla Corte.

alimentando aspettative alle quali invece nessuno spazio avrebbe potuto (né un domani potrebbe) essere dato.

Solo che – come si è venuti dicendo – la violazione del principio in parola avrebbe potuto essere rimossa o, diciamo pure, prevenuta attraverso una coraggiosa o – se si vuole – “sanante” interpretazione adeguatrice. Altre, invece, come sappiamo, erano le questioni di sostanza in gioco, in merito alle quali il Capo dello Stato, nel suo pur sollecito (da taluno giudicato prematuro) intervento concretatosi nella famosa lettera indirizzata al Presidente del Consiglio, è rimasto – con studiata accortezza – silente. Questioni che mettono in discussione non già l’opportunità, non più procrastinabile e fino ad oggi imperdonabilmente procrastinata, di una disciplina legislativa del c.d. “testamento biologico” (come pure, con una certa improprietà, è usualmente chiamato) bensì i suoi contenuti più salienti ed immediatamente caratterizzanti.

4. Che veste dare alla legge sul “testamento biologico”?

Un ultimo rilievo, fatto ora solo di sfuggita.

Proprio perché qui si tratta di decidere di morte e vita, viene difficile pensare che a siffatte somme questioni possano applicarsi le “logiche” di schieramento. Sono le coscienze a doversi esporre, la coscienza di ciascuno dei parlamentari e di ciascuno di noi, nessuno potendosi considerare sgravato dell’onere di prendere partito su tali questioni, per sofferta che sia la decisione, in un senso o nell’altro, e spinoso il cammino da compiere per pervenirvi.

Così stando le cose, è dunque inimmaginabile che si vada a colpi di maggioranza. Seguito, infatti, a considerare assolutamente necessario che, in merito ai c.d. “nuovi diritti”, si dia con legge costituzionale un pugno di indicazioni essenziali, bisognose di essere quindi svolte ed attuate ad opera della legge comune (e, ove opportuno, di altri atti ancora, comunque posti al servizio della legge stessa)¹²: una legge costituzionale auspicabilmente varata coi più larghi consensi e, comunque, ove così non dovesse essere, ulteriormente sorretta dal verdetto popolare.

Non vale opporre che, dandosi su questi temi una vistosa spaccatura in seno alla pubblica opinione, il rischio è che si finisca col non fare nulla, perdurando così uno stato di “sregolazione” normativa comunque intollerabile. A fronte di questa evenienza di certo non allettante (o, diciamo pure, sconcertante), v’è il fatto che non meno inaccettabile e francamente ripugnante sarebbe un esito

¹² Maggiori ragguagli su questa proposta possono, volendo, aversi dal mio *Prospettive di aggiornamento del catalogo costituzionale dei diritti fondamentali*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

che veda una risicata maggioranza, ancorché “trasversale” (frutto, cioè, di occasionale convergenza), imponere al resto della comunità la propria Weltanschauung, a riguardo di ciò che rimette in discussione l’uomo come uomo, nella sua dignità gravemente esposta in talune tragiche esperienze di vita vissuta. Di contro, fissare in un atto “nobile”, sia per forma che per sostanza, le indicazioni essenziali circa le condizioni o i limiti entro cui è consentito disporre di sé mi pare maggiormente confacente alla posta in gioco e conducente all’esito di una partita che – alla fin fine – ci vedrà comunque sconfitti, privati di “qualcosa” che sappiamo essere identificante la nostra condizione umana, vita o dignità che sia.

(11 febbraio 2009)

Il rifiuto di emanazione del decreto legge

Giovanni Serges

1. Non rappresenta certo una novità la constatazione che dietro l’attribuzione al governo del potere di adozione di decreti legge sul presupposto della straordinaria necessità ed urgenza si annidi uno degli strumenti più insidiosi per mettere a dura prova l’equilibrio dei poteri e per sottoporre a tensioni o a vere e proprie torsioni la forma di governo parlamentare¹. Già all’inizio degli anni ’80 una crisi di governo si era aperta proprio in seguito all’uso della decretazione d’urgenza da parte del governo, uso (o abuso) che, in una occasione, aveva indotto l’allora Presidente della Repubblica, Sandro Pertini, a non emanare un decreto legge². L’episodio aveva suscitato, naturalmente, le attenzioni della dottrina, ed il tema della legittimità e della correttezza dei poteri presidenziali di emanazione era stato oggetto di un rinnovato interesse e della prima, più sistematica, analisi³.

Sul finire degli anni ’80, tuttavia, la Corte costituzionale, con una sentenza⁴ certamente più nota perché essa concludeva un aspro conflitto di attribuzioni sollevato dalla Corte dei Conti contro il Governo e il Parlamento a proposito della sottoposizione degli atti governativi con forza di legge al controllo della magistratura contabile, aveva posto l’accento sul potere di controllo spettante al Presidente della Repubblica in sede di emanazione degli atti governativi di normazione primaria.

¹ E’ sufficiente ricordare, al riguardo, le riflessioni di A. BALDASSARRE-C. MEZZANOTTE, *Gli uomini del Quirinale*, Bari, 1985, p. 257, i quali osservavano come «a partire dal quarto governo Andreotti (in piena “solidarietà nazionale”) si è verificata una costante e patologica crescita dell’adozione dei decreti legge, che con gli ultimi governi ha raggiunto punte tali da far apparire la “decretazione d’urgenza” come la forma ordinaria di normazione e quella legislativa come la forma eccezionale. In breve, i principi tuttora scritti in Costituzione su questa materia, che non hanno un valore in sé concluso, ma si riflettono sulla stessa forma di governo parlamentare e sulla responsabilità politica, sono stati di fatto stravolti e addirittura rovesciati»; in termini in larga misura coincidenti L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, p. 264, il quale, a conclusione dell’analisi degli aspetti problematici della decretazione rileva come «la disciplina costituzionale dei decreti legge risulta altamente problematica e viene messa in crisi tanto dalla prassi quanto dal complessivo ordinamento giuridico»

² Lo ricorda A. CELOTTO, *L’abuso del decreto legge*, Padova, 1997, p. 259 il quale rileva come da quegli episodi presero l’avvio iniziative specifiche di disciplina legislativa del fenomeno e di modifica dei regolamenti parlamentari.

³ Mi riferisco al noto saggio di S.M. CICCONE, *Decreti legge e poteri del Presidente della Repubblica*, in *Dir. e soc.*, 1980, p. 559 ss.

⁴ La sentenza richiamata è la n. 406 del 1989.

La Corte, in quell’occasione, nel ribadire che l’esercizio della funzione legislativa da parte del Governo vede, in primo luogo, nel Parlamento il titolare dei controlli costituzionalmente necessari aveva però sottolineato con molta chiarezza come tra quei controlli andasse «annoverato anche quello spettante al Presidente della Repubblica in sede di emanazione degli atti del Governo aventi valore di legge ai sensi dell’art. 87, quinto comma della Costituzione» controllo che – aggiungeva la Corte – «è ritenuto di intensità almeno pari a quello spettante allo stesso Presidente sulle leggi ai sensi dell’art. 87, terzo comma, della Costituzione». Affermazione, questa, che non solo scioglie ogni dubbio sulla esistenza e, dunque, sulla piena legittimità del potere di controllo sull’emanazione di un decreto legge, ma lascia altresì chiaramente intendere come l’intensità di questo potere possa essere certamente più profonda ed estesa di quella concernente l’autorizzazione alla presentazione dei disegni di legge di origine governativa.

D’altra parte la quasi coeva legge n. 400 del 1988, nel tentativo di razionalizzare l’uso del decreto legge, disciplinandone anche il procedimento di emanazione, aveva previsto, all’art. 15, primo comma, che il decreto approvato dal Governo fosse presentato per l’emanazione al Presidente della Repubblica, con una formula che ben lasciava intendere l’autonomia del momento dell’emanazione ed il correlativo potere presidenziale di controllo⁵.

E’ da questo incontestabile riconoscimento della spettanza al Presidente della Repubblica di un potere di controllo che, a mio avviso, è necessario partire per riflettere intorno alla vicenda della mancata emanazione dello stringatissimo decreto legge, confezionato ed approvato in tutta fretta (sembrerebbe sul finire di un Consiglio dei ministri convocato ad altro scopo) dal Governo, per mezzo del quale veniva disposto che «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 rifiutate dai soggetti interessati o sospese da chi assiste soggetti non in grado di provvedere a se stessi». Una mancata emanazione che a me pare doversi ricondurre (per le ragioni di cui, di qui a tra poco, si dirà) più ad un rifiuto assoluto di emanazione⁶ piuttosto che ad

⁵ Sul punto v. le notazioni di G.PITRUZZELLA, *La legge di conversione del decreto legge*, Padova, 1989, p. 231, il quale sottolinea come, dietro siffatta formulazione, vi fosse il preciso intendimento, chiaramente emergente dai lavori preparatori, di confermare il potere di controllo del Presidente in sede di emanazione.

⁶ Nel senso del rifiuto assoluto si vedano le considerazioni di U. ALLEGRETTI, *Un rifiuto presidenziale ben fondato*, in ASTRID Rassegna n. 86, 13 febbraio 2009 e di S. STAMMATI, *Breve*

un rinvio al Governo e che può essere l’occasione per misurare l’intensità dei poteri presidenziali di controllo, alla luce del complessivo quadro costituzionale, e per fissarne con maggiore precisione limiti e confini.

2. La sequenza di atti e vicende è fin troppo nota ed è stata oggetto di attente ricostruzioni⁷ per cui è sufficiente richiamarne i suoi più essenziali aspetti.

A distanza di oltre sei mesi dal deposito del decreto della prima sezione civile della Corte d’Appello di Milano che aveva accolto l’istanza di autorizzazione a disporre l’interruzione del trattamento di sostegno vitale artificiale della Englaro, realizzato mediante alimentazione e idratazione con sondino naso-gastrico, ed aveva altresì dettato disposizioni per l’attuazione in concreto di siffatta misura, il Governo, proprio in concomitanza con l’inizio della procedura di distacco dell’alimentazione, decideva di adottare l’atto con forza di legge invocando a presupposto giustificativo la straordinaria necessità ed urgenza di «salvare una vita».

La disposizione contenuta nell’atto governativo, racchiusa in un unico articolo di poche righe, imponeva, indistintamente – come si è già ricordato - a qualunque soggetto che si fosse trovato nella condizione di alimentazione artificiale il divieto di rifiutare il trattamento ed analogo divieto imponeva a chi avesse dovuto legalmente provvedere alla assistenza di un soggetto non più in grado di provvedere a sé stesso.

Poco prima della decisione governativa il Presidente della Repubblica affidava ad una lettera riservata, indirizzata al Presidente del Consiglio l’espressione delle ragioni di ordine costituzionale che non avrebbero consentito la firma di un simile atto e che possono così sintetizzarsi: a) la radicale inesistenza dei presupposti della straordinaria necessità ed urgenza, sia in ragione della circostanza che nessun «fatto nuovo» era intervenuto rispetto alla discussione parlamentare di un progetto di legge già avviato sul tema del c.d. «testamento biologico», sia in relazione al fatto che esso sembrava dettato dalla, pur comprensibile, drammaticità di un singolo caso già noto da tempo; b) l’esigenza di garantire la distinzione ed il reciproco rispetto dei poteri che non consentiva di disattendere per quel caso la soluzione individuata in una decisione giudiziaria

nota sui problemi costituzionali suscitati dal caso Englaro, in ASTRID Rassegna n. 87, 25 febbraio 2009.

⁷ Mi riferisco al recentissimo saggio di C. SALAZAR, *Riflessioni sul «caso Englaro»*, in www.forumcostituzionale.it del febbraio 2009, che contiene una minuziosa ricostruzione della vicenda, con attente notazioni critiche, e del davvero singolare ed inquietante susseguirsi di atti giurisdizionali, legislativi e di indirizzo che hanno accompagnato, fino alla naturale conclusione, la vita della povera Eluana Englaro.

definitiva ed ormai irretrattabile, adottata in seguito ad un pronunciamento della Corte di Cassazione in sede di ricorso a norma dell’art. 111 della Cost.; c) l’incidenza generale di una disciplina dichiaratamente provvisoria ma, in realtà, a tempo indeterminato su diritti costituzionalmente garantiti da una pluralità di disposizioni costituzionali (il principio di eguaglianza, la libertà personale, la tutela della salute ed il rispetto della persona umana). La lettera si concludeva con un richiamo ai numerosi precedenti casi (puntualmente elencati) in cui un presidente della Repubblica aveva ritenuto di non poter procedere alla emanazione di un decreto legge.

A questa lettera, di cui veniva data lettura nel corso del Consiglio dei Ministri, seguiva l’adozione del decreto e, poco dopo, la comunicazione dello stesso Presidente della Repubblica il quale, in linea con il convincimento precedentemente espresso, rendeva noto di non poter procedere alla emanazione del decreto, avendo verificato che il testo approvato non superava le obiezioni di incostituzionalità già espresse.

Da questa sequenza di atti appare plausibile ricavare come unica, ragionevole, conclusione quella di un vero e proprio rifiuto di emanazione, sia perché in questi termini sembra averlo inteso lo stesso Governo il quale, dinanzi alla decisa posizione del capo dello Stato, abbandonava subito la via della decretazione d’urgenza per trasformare il testo in un disegno di legge governativo con l’intenzione di trasformarlo in legge in appena pochi giorni, sia perché la stessa, lapidaria formula usata dal Presidente della Repubblica non sembrava lasciare spazio per essere intesa nel senso di una richiesta di invito (anche solo implicito) ad un ripensamento da parte del Governo.

Muovendo, allora, dal presupposto non più contestabile di un potere di controllo del Presidente della Repubblica in sede di emanazione dei decreti legge e della correlativa esclusione di una funzione, per così dire, meramente notarile in quella sede, resta da affrontare il problema della ammissibilità di quello che a me pare un rifiuto assoluto di emanazione, valutazione questa che deve necessariamente esser condotta, in primo luogo, proprio alla luce delle ragioni o, per usare la stessa espressione del Capo dello Stato, delle obiezioni di incostituzionalità espresse nei confronti del decreto legge.

3. Il primo profilo da esaminare è quello della esclusione radicale della esistenza dei presupposti costituzionali della straordinaria necessità ed urgenza, profilo che, come di qui a poco si vedrà, appare, in questo caso, fatalmente intrecciato con quello del rispetto della sfera del potere giudiziario cristallizzato in una decisione incidente su diritti ormai definitiva.

Senza voler qui ripercorrere gli itinerari della riflessione intorno al significato da attribuire alla locuzione «casi straordinari di necessità ed urgenza» è sufficiente ricordare come, superata l’idea che la straordinarietà possa risiedere esclusivamente nelle situazioni di grave o eccezionale emergenza, si è sempre più riconosciuto come essa rappresenti in realtà una qualità, un attributo della necessità e dell’urgenza⁸. L’urgenza e la necessità del provvedere debbono insomma correlarsi alla straordinarietà delle circostanze che la determinano e che, secondo la valutazione del governo, giustificano l’intervento legislativo provvisorio. Ora se è pur vero che, così considerate, sia la necessità che l’urgenza finiscono inevitabilmente per essere intese non già in senso assoluto ed oggettivo bensì in senso relativo e soggettivo⁹, è anche vero che la straordinarietà, quale qualità della condizione di necessità ed urgenza, debba pur sempre assumere la consistenza di una circostanza se non imprevedibile quanto meno difficilmente prevedibile di un caso rispetto al quale non appariva oggettivamente possibile altro intervento se non quello del provvedimento provvisorio con forza di legge. A ben vedere, nella vicenda in questione, la straordinarietà non assume, sotto alcun profilo, una simile connotazione, risiedendo tutta, per esplicita ammissione dello stesso Governo, nel caso specifico della interruzione dell’alimentazione e dell’idratazione disposta giudizialmente per quella sola persona, in una circostanza, in altri termini, ben nota da tempo e rispetto alla quale, dunque, un intervento legislativo avrebbe potuto essere da tempo approntato (sempre che fosse possibile concretamente intervenire scardinando le decisioni giudiziali). La straordinarietà della circostanza sarebbe, allora, frutto, della inerzia del potere legislativo, ma anche, e, soprattutto, dello stesso esecutivo che per lungo tempo aveva, di fatto, ignorato la questione e non si era neanche attivato sul piano dell’iniziativa legislativa. Una straordinarietà dunque, indotta dallo stesso Governo che la avrebbe assunta, dopo averla in qualche modo determinata, a sostegno della ritenuta necessità ed urgenza del provvedere.

Ma la conferma definitiva della carenza, potrebbe dirsi, assoluta della straordinaria necessità ed urgenza nell’adozione di quel decreto si comprende ancor meglio in relazione alla questione del rapporto tra il decreto legge approvato e le decisioni giudiziali che avevano definitivamente sancito il diritto del tutore ad interrompere gli interventi di sostentamento artificiali.

Il decreto infatti, per esplicita ammissione dello stesso Presidente del Consiglio, sarebbe stato determinato dall’esigenza di «salvare una vita», di

⁸ V., sul punto, L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, cit., p. 242 ss.

⁹ In questi termini, F. MODUGNO, *Le fonti del diritto*, in F. MODUGNO (a cura di), *Lineamenti di diritto pubblico*, Torino, 2008, p. 132

incidere su quella persona imponendo forzatamente la riattivazione dei protocolli di sostentamento artificiale sospesi in forza del diritto, riconosciuto dai giudici, alla interruzione del trattamento medico in quanto contrario alla concezione di «dignità della vita» così come accertata nella sede del giudizio.

Senonchè, l’avvenuto accertamento giudiziale definitivo non avrebbe potuto in alcun modo essere scalfito dall’atto legislativo adottato dal governo i cui effetti, come è noto, si sarebbero prodotti soltanto «pro futuro». Da qui, come è stato esattamente osservato¹⁰, la sostanziale inutilità del decreto al perseguimento dell’obbiettivo di «salvare una vita» che rappresentava, in realtà, l’unica ragione che aveva indotto il Governo alla sua adozione. E da qui, ancora, la conferma, a me pare, della radicale e manifesta insussistenza dei presupposti costituzionali della straordinaria necessità ed urgenza.

4. La questione del rapporto tra il decreto legge ed il rispetto della sfera di azione del potere giudiziario merita ancora qualche riflessione, assumendo anche un rilievo autonomo nella vicenda del rifiuto di emanazione.

Tra le ragioni addotte a sostegno della inconsistenza di questo profilo rilievo preminente sembra aver assunto quella secondo cui il decreto della Corte d’appello milanese (emesso in sede di giudizio di rinvio a seguito della decisione della Suprema Corte che aveva enucleato il principio di diritto), mettendo capo ad un procedimento di volontaria giurisdizione, sarebbe insuscettibile di produrre il giudicato su diritti e gli effetti irretrattabili da esso discendenti.

Una prima risposta ad un simile ordine di argomentazioni la si può rintracciare nella stessa decisione dei giudici milanesi. La Corte d’Appello, soffermandosi sulla questione dello «stato vegetativo permanente» aveva sottolineato come su questo profilo si fosse formato il c.d. giudicato interno ed aveva poi aggiunto come l’effetto del «giudicato o di una preclusione ad esso equivalente» doveva ritenersi compatibile con la struttura formale di quel procedimento fondata sul modello c.d. «camerale». Un modello, quest’ultimo che ha pur sempre come scopo ultimo quello di una «pronuncia terminativa» su diritti soggettivi, diritti, in questo caso, tutti costituzionalmente garantiti, come il diritto alla vita, all’autodeterminazione terapeutica, alla libertà personale; una pronuncia, in altri termini, idonea ad assumere – precisa la Corte d’appello – efficacia definitiva sia in ragione della impossibilità di una ulteriore impugnazione, sia in

¹⁰ Mi riferisco all’intervento di A. PACE, *L’inutilità pratica della legge «per Eluana»*, pubblicato su *La Repubblica* dell’11 febbraio 2009 e poi in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 12 febbraio 2009; sostanzialmente negli stessi termini A. RUGGERI, *Il caso Englaro e il controllo contestato*, in *ASTRID Rassegna* n. 86, 13 febbraio 2009.

conseguenza del fatto che la impugnazione mediante il rimedio straordinario del ricorso ex art. 111 Cost. (contro la precedente decisione) era stata ritenuta ammissibile e che siffatta ammissibilità poteva predicarsi solo rispetto ad una pronunzia concernente diritti ed idonea a divenire definitiva¹¹.

D’altra parte anche chi¹², nella dottrina processualcivilistica, aveva avanzato consistenti riserve sulla c.d. «cameralizzazione dei diritti», vale a dire sulla scelta del legislatore di affidare a procedimenti camerali anche quei provvedimenti che statuiscano su diritti soggettivi e status, aveva poi riconosciuto che, quando nell’ambito dello stesso procedimento camerale avessero trovato pienamente ingresso le garanzie del giusto processo e fosse soprattutto garantita l’esperibilità del ricorso per cassazione, la decisione finale doveva ritenersi idonea ad assumere l’autorità del giudicato. Prospettiva, questa, che muoveva dal presupposto che fosse proprio l’autorità del giudicato il bene protetto dall’art. 111 Cost., che questa disposizione, insomma, collegandosi, in una indissolubile trama, con il principio della domanda ed il diritto di difesa, racchiudesse in sé il valore costituzionale del «giudicato della sentenza ovvero della pronunzia su diritti e status»¹³.

Non pare discutibile allora che nella vicenda in questione si fosse formato il giudicato¹⁴, per di più su diritti costituzionalmente garantiti, sia perché a seguito della prima decisione della Cassazione (la sentenza n. 21748 del 2007) era divenuto definitivo l’accertamento sullo stato vegetativo permanente, sia perché la decisione che, in sede di giudizio di rinvio, aveva accertato, nel contraddittorio

¹¹ V. Corte d’Appello di Milano, Sezione prima civile, G. PATRONE PRES., F. LAMANNA, REL. ed estensore, p. 20 ss della motivazione

¹² Mi riferisco al noto saggio di A. CERINO CANOVA, *Per la chiarezza delle idee in tema di procedimento camerale e di giurisdizione volontaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, p. 431 ss. e spec. pp. 476-477. Ma, già in precedenza, dello stesso Autore, si veda *La garanzia costituzionale del giudicato civile (meditazioni sull’art. 111, comma 2°)* in *Riv. dir. civ.*, 1977, p. 395 ss.

¹³ Così, letteralmente, CERINO CANOVA, op. cit., p. 476-477, il quale sottolinea poi che «la nozione di sentenza concepita nel testo costituzionale, ha dimensione sostanziale e designa il provvedimento che statuisce su diritti soggettivi e status. Perciò è la materia oggetto del processo che condiziona la struttura di questo ovvero sono le situazioni sostantive tutelate che, se soggettivate in diritti e status, impongono la impugnativa di legittimità con conseguente giudicato. Appunto la materia – lo si ripete per meglio rimarcarlo – impregna di sé le forme eminenti del processo, senza esserne a sua volta condizionata».

¹⁴ Osservano ora, su questo punto, R. CAPONI – A. PROTO PISANI, *Il caso Englaro: brevi riflessioni dalla prospettiva del processo civile*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 24 febbraio 2009, p.2, in corso di pubblicazione sul *Foro it.*, 2009, V, riguardo al decreto in questione ch «il provvedimento finale ha statuito su un diritto, non ha gestito un interesse. Come tale, esso non è un provvedimento di giurisdizione volontaria sempre revocabile o modificabile ex art. 742 c.p.c., bensì è un provvedimento di giurisdizione contenziosa con attitudine al giudicato sostanziale, cioè a dettare una disciplina immutabile del diritto che ne costituisce l’oggetto».

con il curatore speciale e con il procuratore generale, il diritto del tutore di Eluana ad interrompere i trattamenti di assistenza artificiale, era, a sua volta, divenuta irrettrabile dopo l’infruttuoso esperimento della ulteriore impugnazione in cassazione da parte del Procuratore generale della Repubblica (concluso con la sentenza delle Sezioni Unite civili n. 27145 del 2008 che ne aveva dichiarato l’inammissibilità).

In altri termini, il decreto legge in questione, pur contenendo una disciplina formulata in termini generali e astratti finiva per avere come suo unico, dichiarato scopo quello di scalzare un giudicato su diritti (tutti costituzionalmente tutelati)¹⁵; o forse, più correttamente, la previsione di un generale obbligo per tutti di non rifiutare più il trattamento di sostegno artificiale era tesa a dissimulare (potrebbe dirsi, fraudolentemente) l’intento di introdurre nell’ordinamento disposizioni mirate ad incidere su di un solo caso.

Ma se, per le ragioni che si sono dette, il giudicato rappresenta un valore costituzionale intimamente connesso con la garanzia della difesa e, dunque, con la stessa garanzia dei diritti rispetto al quale il diritto di difesa – cui è riconosciuto, giova ricordarlo, il rango di principio supremo dell’ordinamento costituzionale – costituisce lo strumento per la loro effettiva realizzazione, l’immissione di quel decreto nell’ordinamento avrebbe rappresentato, ad una, un inammissibile vulnus per il rispetto alla sfera di azione del potere giudiziario ed un vero e proprio tentativo di scardinamento dei diritti definitivamente e concretamente riconosciuti al singolo dalla decisione giudiziaria.

Se, insomma, il compito dei giudici nello Stato costituzionale è quello dell’inveramento dell’ordinamento nel singolo caso e se tale attività si svolge in assoluta distinzione di ruolo con quella del legislatore, come sembra da lungo tempo indiscutibile¹⁶, ciò non può «significare altro che immunizzare i giudizi

¹⁵ A sostegno della legittimità del decreto, in questo caso, L.PEDULLÀ, *Perché il Capo dello Stato avrebbe dovuto firmare il decreto-legge «salva Eluana»*, in www.forumcostituzionale.it, del 18.02.2009, ricorda il precedente del decreto legge di interpretazione autentica dell’art. 297 del Cod. di Procedura penale emanato dal Presidente Cossiga. Può osservarsi al riguardo che, non solo la mancata attivazione dei poteri presidenziali di controllo nulla può significare in ordine alla ammissibilità o legittimità di simili poteri, ma soprattutto che quel caso è assai poco produttivo come esempio. Infatti la legge di conversione del decreto fu costretta a far salvi proprio i «giudicati» già formati per la evidente lesione dei diritti costituzionali e delle prerogative del potere giudiziario (Lo ricorda bene A. PUGIOTTO, *La legge interpretativa e i suoi giudici*, Milano, 2003, pp. 49-50). E’ vero che, anche nel caso del recente decreto, la legge di conversione avrebbe potuto contenere una analoga previsione, ma ciò avrebbe comportato la radicale inutilità dell’atto legislativo allo scopo di «salvare quella vita».

¹⁶ Si veda sul punto, con riferimento alle leggi di interpretazione autentica, la [sentenza della Corte costituzionale 15 luglio 2005 n. 282](#), secondo cui « al legislatore è precluso intervenire, con norme aventi portata retroattiva, per annullare gli effetti del giudicato: se vi fosse un’incidenza

pendenti e a maggior ragione quelli conclusi dal contrario ripensamento del legislatore, ove sia chiaramente rivolto a danneggiare i diritti azionati e/o riconosciuti nel procedimento giurisdizionale»¹⁷.

5. Se la carenza assoluta dei presupposti di necessità ed urgenza, coniugata con la evidente violazione del giudicato, rappresenta certamente la ragione di maggior rilievo tra quelle poste a fondamento del rifiuto presidenziale di emanazione, non meno consistenti si rivelano, in realtà, le obiezioni rivolte al decreto in relazione alla diretta incidenza su diritti costituzionali, quali quello della tutela della salute e del rispetto della persona umana.

Anzi, sotto questo aspetto, emergono elementi persino più gravi di quelli adombrati nella lettera inviata al Presidente del Consiglio. Mi riferisco alla questione dei possibili effetti irreversibili del decreto-legge il quale, imponendo indiscriminatamente l’obbligo per tutti di non rifiutare l’idratazione e l’alimentazione artificiale non consentiva, in realtà, di derogare ad una simile, imperativa prescrizione neanche in quelle situazioni che, talvolta temporaneamente, impongono al paziente di astenersi ed a chi presta le cure di sospenderle.

Una simile evenienza, infatti, non solo non può essere esclusa a priori per via delle sempre possibili evoluzioni degli stati morbosi (magari poco conosciuti o scarsamente esplorati dalle scienze mediche) ma era perfino richiamata – a testimonianza della sua perdurante (seppur remota) potenzialità di concreta verifica – nelle stesse decisioni dei giudici che avevano riconosciuto il diritto all’interruzione del trattamento. Sia la Corte d’appello che la Corte di Cassazione

sul giudicato, la legge di interpretazione autentica non si limiterebbe a muovere, come ad essa è consentito, sul piano delle fonti normative, attraverso la precisazione della regola e del modello di decisione cui l’esercizio della potestà di giudicare deve attenersi, ma lederebbe i principi relativi ai rapporti tra potere legislativo e potere giurisdizionale e le disposizioni relative alla tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi »; con riferimento alle leggi provvedimento, la [sentenza de 13 luglio 2007 n. 267](#), secondo cui le “leggi-provvedimento”, sotto il profilo costituzionale, sono ammissibili entro limiti sia specifici (qual è, ad esempio, quello del rispetto della funzione giurisdizionale in ordine alla decisione delle cause in corso), sia di carattere generale (e cioè del principio della ragionevolezza e non arbitrarietà)

¹⁷ Così letteralmente, M. MANETTI, *I vizi (reali e immaginari) delle leggi di interpretazione autentica*, in A. ANZON (a cura di) *Le leggi di interpretazione autentica tra Corte costituzionale e legislatore*, Torino, 2001, p. 48, alla quale si deve una acuta analisi sui rapporti tra il potere legislativo e la tutela dei diritti affidata al potere giudiziario che, se pur riferita, in primo luogo, al noto fenomeno delle leggi di interpretazione autentica, affronta in una prospettiva più ampia, condotta con particolare riferimento al ruolo che assume il diritto costituzionale di difesa, il tema della garanzia dei diritti coperti dal giudicato rispetto ai tentativi di interferenza del legislatore.

avevano fatto esplicito riferimento, anche sulla scorta della relazione elaborata dal Gruppo di esperti del Ministero della Sanità, almeno a due ipotesi nelle quali la idratazione-alimentazione artificiale avrebbe potuto assumere la connotazione di un vero e proprio accanimento terapeutico, come tale idoneo a dar luogo ad un provvedimento di autorizzazione all’interruzione anche al di là di ogni possibile ricostruzione della volontà dell’incapace. Una simile evenienza si riteneva potesse ricorrere sia nell’ipotesi in cui l’organismo non fosse più in grado di assimilare le sostanze somministrate, sia nell’ipotesi del sopraggiungere di uno stato di intolleranza che avrebbe trasformato quella terapia in una inammissibile, quanto degradante, sottoposizione del paziente ad un trattamento oggettivamente inutile e, dunque, contrario a quel rispetto della persona umana inciso a chiare lettere nel testo dell’art. 32 della Costituzione. E’ evidente che l’entrata in vigore del decreto legge, con la immediata, generale e indiscriminata prescrizione dell’obbligo di somministrare sempre la alimentazione-idratazione artificiale avrebbe invece posto chiunque, tutori, giudici, e, soprattutto, medici, di fronte all’ alternativa anche drammatica tra il prestare ossequio alla disposizione legislativa che non ammetteva deroghe o eccezioni ed i diritti dei pazienti. E’ vero che di fronte ad un testo nel quale, così evidentemente, affiorava l’ approssimativa elaborazione e la scarsa riflessione su temi di grande rilievo, avrebbe potuto prospettarsi la questione di legittimità costituzionale, quanto meno proprio per la mancata esclusione delle ipotesi in cui la interruzione dei trattamenti avrebbe dovuto essere ammessa, ma è evidente che tutto ciò avrebbe urtato con l’ immediata efficacia e la conseguente, concreta possibilità della produzione di effetti irreversibili proprio su diritti fondamentali (la salute, è utile qui ricordarlo, è l’ unico tra i diritti costituzionali che riceve espressamente la qualificazione di «fondamentale»).

6. Due penetranti ragioni di ordine costituzionale stanno, dunque, alla base del rifiuto presidenziale di emanazione o, almeno, di quello che appare verosimilmente il primo, vero e proprio, rifiuto nella storia repubblicana, considerato che, anche la vicenda della mancata emanazione da parte del Presidente Pertini del decreto legge mirante a sottrarre alla Corte di Cassazione le operazioni di controllo delle richieste referendarie – richiamata in apertura - fu diversamente interpretata, lasciando così il dubbio sulla sua possibile riconduzione ad una ipotesi di rifiuto assoluto¹⁸.

¹⁸ In termini di rifiuto assoluto si espresse, in quel caso, BARILE, *La prassi di Pertini*, in *Quad. cost.*, 1981, p. 368

E’ pur vero che, anche in questo caso, un margine di dubbio può residuare, per via della circostanza che la formula adottata nel comunicato dalla Presidenza della Repubblica non fa esplicito riferimento al rifiuto bensì si limita a sottolineare la conferma delle ragioni che avevano indotto il Presidente, nello spirito di leale collaborazione, ad esprimere anticipatamente le ragioni che non consentivano l’emanazione. In realtà, la pluralità ed il tenore delle obiezioni esprimono una presa di posizione netta e decisa, ed appaiono un chiaro sintomo delle precisa volontà di non poter, comunque, procedere all’emanazione.

Pochi dubbi, tuttavia, residuano, a mio avviso, di fronte a questa vicenda, in ordine alla delimitazione della intensità del potere presidenziale o, quanto meno, in ordine ad una plausibile, rinnovata definizione dei poteri in sede di emanazione dei decreti legge.

Se una conseguenza, sembra potersi trarre, allora, essa risiede nella piena compatibilità, se non nella doverosità, di un potere di rifiuto assoluto che, seppur ancorato a presupposti rigorosi, esula da quelle ipotesi fin ad oggi riconosciute in dottrina e che relegavano a casi estremi, ad ipotesi-limite la legittimità del potere di rifiuto.

E’ noto, infatti, come, secondo la prevalente ricostruzione, la possibilità per il Presidente della Repubblica di rifiutare l’emanazione di un decreto legge dovesse riconoscersi solo di fronte all’ipotesi della radicale mancanza dei requisiti essenziali per la esistenza dell’atto, ovvero quando l’emanazione rischiasse di configurare le ipotesi di alto tradimento o di attentato alla Costituzione¹⁹. Nel primo caso, si sosteneva che, piuttosto che di rifiuto di emanazione, dovrebbe più esattamente parlarsi di carenza del presupposto per l’esercizio del potere di emanazione, configurabile ad esempio di fronte ad atti non deliberati dal Governo nella sua collegialità, mentre nel secondo caso, al di là della questione concernete la qualificazione della emanazione come facoltà o come atto dovuto, il rifiuto avrebbe dovuto considerarsi, sempre, come pienamente ammissibile.

Ma, di là da queste ipotesi, l’opinione prevalente è quella che costruisce un potere presidenziale di controllo, in questa sede, in stretta analogia con la previsione dell’art. 74 Cost. e, tende ad ammettere, pertanto, negli stessi termini del rinvio presidenziale delle leggi, la possibilità di un veto sospensivo nel quale la differenza con il veto diretto ad interferire con l’esercizio della funzione legislativa risiederebbe soltanto nella concreta possibilità di manifestarsi «nelle

¹⁹ In questi termini, soprattutto, le riflessioni di CICCONETTI, *op. cit.*, p. 560 ss.

forme più diverse, sia riservate, sia rese manifeste»²⁰ a seconda che il Presidente sia indotto o meno a render palese il proprio intendimento, ovvero a manifestarlo attraverso strumenti meno formali e riservati.

Un controllo, dunque, che non solo non trova alcun ostacolo nella assenza in Costituzione di una previsione simile a quella contenuta nell’art. 74 Cost., ma che deve ricondursi implicitamente al potere di subordinare l’emanazione alla ricorrenza di certe condizioni, perché, altrimenti, ne uscirebbe compromessa la stessa posizione di garanzia che la Costituzione affida al Presidente²¹. Da qui la possibilità che nella sede dell’emanazione si possano utilizzare i medesimi poteri che si riconoscono nella sede del rinvio delle leggi, poteri che, pur avendo subito una graduale estensione sono stati, tuttavia, sempre saldamente ancorati, anche nella concreta prassi, a profili di legittimità costituzionale²². E’ pur vero che si è discusso della estensione anche a profili di merito, quanto meno del c.d. «merito costituzionale»²³, ma è anche vero che se la dottrina ha ritenuto di non poter distinguere tra ragioni di merito e ragioni di legittimità costituzionale la prassi, costante, si è incaricata di confermare come, nei casi in cui si sono adombrate ragioni di merito, queste non sono state mai disgiunte da robusti ancoraggi alla legittimità costituzionale.

Ciò che, insomma, sembra rappresentare la cifra caratteristica del potere di rinvio è il suo essere espressione di un potere di garanzia complessiva ed unificante dell’insieme dei poteri costituzionali, un potere, quello del Capo dello Stato, nel quale la funzione di «controllo non è che un momento, caratterizzante ma non fondamentale, dell’eterogeneo insieme dei suoi compiti e delle sue facoltà²⁴». Un potere, peraltro, che anche quando si fonda su rilievi di legittimità costituzionale, è pur sempre rimesso alla prudente discrezionalità del Presidente che può intervenire solo quando si configuri il concreto rischio che un atto,

²⁰ Così PALADIN, voce *Presidente della Repubblica*, in *Enc. del dir.*, vol., XXXV, Milano, 1986, p. 216

²¹ Osserva G.U. RESCIGNO, *Commento all’art. 87, Commentario della Costituzione art. 83-87*, a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma, 1978, p. 206, che il potere di rinvio sarebbe ammissibile, anche se non espressamente previsto, in quanto l’emanazione si configura come atto di volizione.

²² V., per tutti, PALADIN, *op.ult. cit.*, p. 217; in termini analoghi, PITRUZZELLA, *op. cit.*, p. 228

²³ Secondo la nota espressione di G. GUARINO, *Il Presidente delle Repubblica italiana*, in *Riv. trim. di dir. pubbl.*, 1951, 959, ss, che ammette un rinvio per ragioni di opportunità tese a « indicare quali implicazioni negative, anche se indirette, possono derivare al funzionamento della Costituzione dal contenuto della legge o anche per il momento in cui essa è venuta ad esistenza »; in termini analoghi G. FERRARA, *Il rinvio della legge alle Camere prorogate*, Milano, 1964, p. 50 ss.

²⁴ Così, PALADIN, *op. ult. cit.*, p. 213.

diretto ad essere immesso nell’ordinamento, incida sull’equilibrio delle istituzioni compromettendone, in qualche modo, il funzionamento.

Le valutazioni di legittimità costituzionale connesse all’esercizio di un simile potere non possono, d’altra parte, in alcun modo confondersi, o assimilarsi, a quelle affidate alla Corte costituzionale, ora perché esse sono frutto di un potere esercitato discrezionalmente in casi, in qualche misura, eccezionali e di fronte a rischi di compromissione dell’equilibrio disegnato dalla Costituzione, mentre la Corte esercita istituzionalmente il potere di rimozione degli atti dal tessuto legislativo; ora perché esse si manifestano in via preventiva, mentre la Corte esercita il suo sindacato in via successiva e, prevalentemente, nella concretezza del contatto tra gli atti legislativi e la loro applicazione ai casi concreti²⁵.

E’ dunque evidente come non possa dubitarsi del riconoscimento di un simile potere anche nella sede di emanazione dei decreti legge e, potrebbe dirsi, più in generale, nella sede di emanazione degli atti con forza di legge, considerato che le ragioni di garanzia del complessivo funzionamento ed equilibrio dei poteri affidate al Presidente possono presentarsi anche di fronte a questi atti.

Ma il nocciolo della questione è un altro.

Dato per scontato un potere di controllo del Presidente della Repubblica, resta da chiarire se sia possibile configurare un potere presidenziale più intenso dinanzi ad atti, quali i decreti-legge, che sono i soli destinati a produrre effetti immediati e dinanzi ai quali anche lo stesso esercizio del potere di rinvio potrebbe rivelarsi del tutto infruttuoso. Dalla loro immediata immissione nell’ordinamento possono, infatti, derivare sia evidenti alterazioni dell’equilibrio dei poteri (e, segnatamente, lesioni al potere giudiziario ed alle garanzie che questo potere rappresenta per i diritti costituzionali), sia effetti irreversibili incidenti su diritti costituzionali.

A me pare che la risposta debba essere positiva, quanto meno, in relazione al profilo della carenza assoluta dei presupposti di straordinaria necessità ed urgenza, quale è quella che si è manifestata in occasione del decreto legge in questione. In questo caso lo strumento del rinvio si sarebbe configurato come un

²⁵ Osserva, al riguardo, R. ROMBOLI, *Il controllo presidenziale e quello della Corte costituzionale: qualche osservazione in merito al rifiuto di emanazione del decreto legge per il caso Englaro*, in www.astrid-online, che «il controllo dei due “custodi”, pur mosso dagli stessi scopi e finalizzato ai medesimi risultati, si svolge seguendo forme, criteri e limiti diversi»; in questa direzione anche le osservazioni di A. SPADARO, *Può il Presidente della Repubblica rifiutarsi di emanare un decreto-legge? Le «ragioni» di Napolitano*, in www.forumcostituzionale.it, febbraio 2009, il quale vede nella funzione del capo dello Stato quella di un *garante preventivo* dell’equilibrio razionale dei poteri e nella Corte quella di un *custode della Costituzione* attraverso il controllo successivo sugli atti dell’ordinamento di volta in volta ad essa sottoposti.

rimedio del tutto inutile. Quando l’assenza dei presupposti costituzionali per l’adozione della misura di urgenza si manifesta con l’intensità e la gravità di quel caso l’invito ad una riflessione o ad un ripensamento, attraverso lo strumento del rinvio, finirebbe per non poter sortire alcun effetto concreto. In altri termini, o i presupposti costituzionali sussistono ex ante, ovvero, se essi sono radicalmente assenti, la loro «costruzione» non può certo avvenire successivamente ad opera del Governo. Di fronte ad una simile situazione, l’unico efficace rimedio dinanzi ad un atto che si pone in così evidente contrasto con le condizioni poste dalla Costituzione, altro non può essere che un rifiuto assoluto, sempre preceduto, peraltro, da quegli atti di «leale collaborazione istituzionale» i quali sembrano proprio rappresentare lo strumento privilegiato perché una simile evenienza rimanga relegata ai margini estremi del contesto dei rapporti tra esecutivo e Presidente della Repubblica.

Del resto credo che una ricostruzione nei termini che si sono proposti finisca con l’affiorare anche dalla recente precisazione formulata dallo stesso Capo dello Stato quando ha sottolineato che l’autonoma ed esclusiva responsabilità rimane in capo al Governo in relazione «alle scelte di indirizzo e di contenuto del provvedimento d’urgenza», mentre vanno ricondotti nell’alveo dei rapporti della collaborazione sia i «profili di costituzionalità» che quelli della «coerenza e correttezza legislativa nel rapporto con l’attività parlamentare»²⁶.

Quando poi, come è avvenuto nella vicenda in questione, l’assenza evidente dei presupposti costituzionali a sostegno del decreto si coniughi con un contenuto dell’atto che mira palesemente ad incidere sulle garanzie dei diritti, anche con la potenziale produzione di effetti irreversibili, mi pare che la via del rifiuto finisca per rappresentare una scelta, sempre sofferta, ma obbligata, proprio in considerazione di quella funzione di garanzia complessiva dell’ordinamento che spetta al Presidente²⁷. Tanto meno a diverse conclusioni si può giungere ipotizzando come rimedio l’esercizio del doppio potere di rinvio (sia sul decreto-

²⁶ Le frasi in corsivo sono tratte dalla nota della Presidenza della Repubblica del 24 febbraio 2009 recante «*Precisazioni sulla leale collaborazione istituzionale tra Governo e Presidenza della Repubblica in materia di decreti legge*».

²⁷ V., sul punto, le considerazioni di V. ONIDA, *Il controllo del Presidente della Repubblica sulla costituzionalità dei decreti-legge*, in www.astrid-online, febbraio 2009, il quale pur individuando nel veto sospensivo mediante rinvio il rimedio più adeguato, riconosce come sia ragionevole «ritenere che il controllo del presidente sulla costituzionalità del provvedimento, relativamente ai presupposti di necessità ed urgenza nonché al contenuto di esso, possa essere più penetrante, anche per difendere le competenze del Parlamento» e finisce poi con l’ammettere che il «veto assoluto» possa essere opposto nei casi limite di decreti legge eversivi o suscettibili di produrre, durante il loro provvisorio vigore, effetti irreversibili.

legge che, successivamente, sulla legge di conversione²⁸) perché in tal modo, comunque, resterebbe attenuato, se non del tutto vanificato, il profilo del controllo immediato sulla mancanza assoluta dei presupposti costituzionali che, al contrario, rappresenta, per le ragioni che si sono dette, la vera, decisiva ragione che suggerisce il ricorso al rifiuto e che in quel caso, di fronte alla persistenza del governo ed alla decisione parlamentare, rimarrebbe completamente travolto.

Né, d’altra parte, al riconoscimento di siffatto potere, per sua natura destinato ad un esercizio rispetto a casi, comunque, di estrema gravità, sembra possibile opporre il rischio di un coinvolgimento del Presidente nella determinazione dell’indirizzo politico di maggioranza, sia perché esso rimane rigorosamente confinato ad un aggancio puntuale a stringenti ragioni di legittimità costituzionale, filtrate dai meccanismi della leale collaborazione istituzionale, sia perché un governo retto da una compatta maggioranza parlamentare possiede comunque strumenti per realizzare le scelte di indirizzo (come l’esperienza dimostra ampiamente). Quella del Presidente della Repubblica, rimane un’operazione di bilanciamento nella quale, di fronte al rischio di una compromissione, senza rimedio, degli equilibri egli finisce per far prevalere le ragioni di garanzia complessiva della Costituzione rispetto alle esigenze di realizzazione dell’indirizzo politico governativo, senza che questo possa comportare una confusione di ruoli o un suo coinvolgimento nelle scelte di politica legislativa.

Forse quello della più esatta comprensione e delimitazione dei poteri presidenziali si rivela come uno dei pochi²⁹, positivi aspetti di questa aspra vicenda che affonda le sue radici nella progressiva trasfigurazione del decreto legge e nella distorta, più recente convinzione che esso rappresenti uno strumento utilizzabile, non solo al di là dei limiti costituzionali, ma perfino contro la Costituzione allo scopo di indebolirne la sua forza.

(5 marzo 2009)

²⁸ Sui problemi connessi al rinvio della legge di conversione v., già, le notazioni di C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1985, p. 301; più di recente l’ampia e problematica riflessione di P. CARNEVALE, *La decadenza del decreto-legge a seguito di rinvio alle Camere della relativa legge di conversione: un accadimento proprio ineluttabile?*, in *Rass. parlam.*, 2004, p. 267 ss.

²⁹ Per una serie di considerazioni che mirano a cogliere nella vicenda del conflitto sul decreto legge per il «caso Englaro» una serie di possibili, positivi sviluppi per il diritto costituzionale, v. T.GROPPI, *Il caso Englaro: un viaggio alle origini dello Stato di diritto e ritorno*, in www.astrid-online.it, febbraio 2009, la quale pone l’accento, soprattutto, sui possibili sviluppi del sistema delle garanzie dei diritti.

Breve nota sui problemi costituzionali suscitati dal caso Englaro

Sergio Stammati

Premessa

La lettera del Presidente della Repubblica Napolitano al Presidente del Consiglio Berlusconi offre parecchi spunti di riflessione, alcuni relativi al potere di emanazione dei decreti legge affidato dalla costituzione al Capo dello Stato, altri relativi alle circostanze e ai contenuti del decreto legge che il Governo si preparava ad approvare. Va detto subito al riguardo che il clamore suscitato dal dissenso costituzionale fra il titolare di uno dei più alti organi di garanzia costituzionale e il titolare della più alta carica di governo ha finito per rovesciare l'ordine di importanza delle questioni in gioco, di guisa che la disputa sul modo di provvedervi ha finito per relegare sullo sfondo la discussione sul merito di esse. In tale strabismo di lettura mi sento io stesso coinvolto nelle brevi considerazioni che propongo. Di ciò mi dispiaccio.

1. Il potere presidenziale di emanare i decreti legge e le interpretazioni della letteratura: potere di rifiutare l'emanazione del decreto o potere di rinviarlo?

E' noto, per il primo preponderante aspetto, onde l'interpretazione di quel potere, che la letteratura costituzionalistica, correttamente, non ha mai considerato puramente doveroso nella forma e nella sostanza, è stato interpretato dalla dottrina, prendendo a paragone l'altro potere presidenziale, quello di rinviare alle Camere (art. 74 cost.) le deliberazioni legislative dalle stesse approvate e trasmesse al Capo dello Stato per la promulgazione (art. 73 al. Cost.). In relazione a quest'ultimo, più noto, potere del Capo dello Stato, si sono manifestate in letteratura, due tendenze interpretative contrapposte del potere presidenziale di emanazione dei decreti legge, la prima fondata sull'argomento denominato dai logici "a contrario", la seconda denominato dagli stessi "a simili" o per analogia. Secondo il primo tipo di argomentazione, al silenzio serbato dalla costituzione riguardo al potere di rinvio dei decreti legge da parte del Presidente della Repubblica in sede di emanazione degli stessi, avrebbe dovuto essere dato il significato che al Presidente si sarebbe dovuto disconoscere il potere di rinviare al Governo il decreto legge nei confronti del quale nutriva dubbi di legittimità costituzionale, per riconoscergli invece il semplice, ma più duro, potere di

rifiutare l’emanazione di quel decreto. Secondo un’interpretazione come questa, dunque, si sarebbe dovuto considerare normale ciò che, rispetto alle leggi, doveva considerarsi, invece, evenienza del tutto eccezionale, quella del rifiuto del Presidente della Repubblica di promulgare, trasformandola in legge, la deliberazione legislativa inviategli dal Parlamento. Un’eventualità quest’ultima, taciuta dalla costituzione, ma presa in considerazione dalla dottrina riflettendo sulle responsabilità che il Capo dello Stato si assumerebbe promulgando o anche semplicemente solo rinviando alle Camere una deliberazione legislativa radicalmente incompatibile con la sua funzione di garante della costituzione. Proprio la scarsa accettabilità sistematica di questa correlazione negativa, dietro la quale stava verosimilmente una collocazione della figura presidenziale più vicina al Governo che non al Parlamento, aveva però persuaso la parte maggioritaria della dottrina a scartare l’interpretazione per antitesi ricordata e a prescegliere quella per analogia, un’interpretazione che a tutt’oggi prevale. A mente di quest’ultima il Presidente, di fronte a un decreto legge inviategli dal Governo, se abbia a nutrire forti sospetti di legittimità costituzionale, dovrebbe restituirlo al Governo, illustrando le proprie perplessità e suggerendo modificazioni. Solo in casi estremi, questo è quanto residua dell’altra interpretazione, egli potrebbe rifiutare tout court l’emanazione del decreto legge, così come in casi estremi potrebbe rifiutare la promulgazione della legge. Una lettura dei due poteri, assoggettata al medesimo spirito interpretativo, si è per ciò fatta strada e può essere considerata come quella più diffusamente accettata.

Sembra, dunque, a un primo esame, che il Presidente della Repubblica, nel caso del decreto legge relativo ai limiti dei trattamenti medici praticabili sulle persone versanti nella situazione di stato vegetativo permanente (o secondo una lettura meno perentoria, persistente), si sia risolto ad esercitare il più radicale ed eccezionale dei due poteri che gli interpreti della costituzione gli attribuiscono relativamente alla sua funzione di controllo dei decreti legge in sede di emanazione dei medesimi.

2. La successione dei fatti e la trasformazione in itinere del rinvio presidenziale del decreto legge in rifiuto di emanarlo.

Una considerazione più attenta degli avvenimenti succedutisi, quali sono stati riferiti dalla stampa nazionale, induce tuttavia a valutazioni più circostanziate, vale a dire più attente alla precisa dinamica delle circostanze complesse nelle quali il diniego di emanazione del decreto legge (o piuttosto l’avvertimento che se il testo di quest’ultimo non fosse cambiato il diniego sarebbe intervenuto) è maturato. Sembra, anzitutto, a quanto è dato sapere, che il

Governo, rendendosi conto dei problemi che avrebbe potuto suscitare l’emanazione del decreto legge che aveva in animo di adottare, tanto per le circostanze motivanti quanto per i contenuti, abbia informalmente, non solo reso edotto il Presidente della Repubblica dei profili contingenti e contenutistici del decreto che aveva intenzione di inviargli per l’emanazione – ciò che si usa abitualmente fare per ragioni di correttezza costituzionale – ma che abbia, altrettanto informalmente, ma più puntualmente, sollecitato un parere del Presidente in merito a tali aspetti. Poiché la valutazione critica di quest’ultimo relativamente a vari profili del decreto confermava le aspettative negative di palazzo Chigi e poiché le perplessità presidenziali, per la loro delicatezza e ampiezza, mal si prestavano a una comunicazione mediata e informale, adatta questa a contenuti e circostanze meno complessi di quelli occorrenti nel caso specifico, il Presidente della Repubblica ha ritenuto di chiarire le proprie valutazioni critiche, esponendole in una lettera diretta personalmente al Presidente del Consiglio, idonea a presentarle in una forma chiara, diretta e oggettiva. Sembra, dunque, che sino a questo punto, il Presidente della Repubblica abbia inteso avviare le proprie valutazioni lungo la strada flessibile e ordinaria del rinvio del decreto legge, cioè dell’invito al Governo a riconsiderare circostanze e contenuti del decreto alla luce delle valutazioni critiche da lui maturate nella veste di garante della costituzione, piuttosto che lungo quella, perentoria e eccezionale, del rifiuto di emanazione dell’atto governativo di urgenza. Il Governo avrebbe consentito a presentare il decreto legge in esame, depurandolo dagli aspetti più vistosamente legati alla contingenza dell’intervento su di un caso specifico già esaminato e risolto da più di una magistratura che palesemente lo motivavano e lo viziavano? E’ possibile che se l’avesse fatto, la divergenza di opinione con il Presidente della Repubblica avrebbe potuto essere di molto attenuata e che quest’ultimo avrebbe forse emanato il decreto. Per questa via quella divergenza si sarebbe potuta ricomporre e risolvere con lo strumento flessibile del rinvio presidenziale. Poiché, invece, la posizione del Presidente del Consiglio, anziché farsi più duttile accogliendo almeno in parte le ragioni del Presidente della Repubblica, ha pubblicizzato le valutazioni critiche del Capo dello Stato per irrigidirsi sulla propria opposta posizione, il dissenso costituzionale non ha più potuto essere contenuto nei limiti consustanziali allo strumento del rinvio, ma ha preso la forma più dura del rifiuto presidenziale di emanare il decreto legge. La vicenda descritta ha dato dunque vita a una fattispecie anomala, quella della comunicazione fra due dei massimi organi costituzionali che, avviatasi lungo la strada ordinaria e duttile del rinvio del decreto legge al Governo, ha preso successivamente, a causa della pubblicizzazione ostentata della lettera del

Presidente della Repubblica e dall'affermazione altrettanto ostentata dell'avversione unanime del Governo ad essa, la direzione eccezionale e rigida del rifiuto di emanazione di quel decreto. Una trasformazione questa, a questo punto della vicenda inevitabile, della critica presidenziale (da rinvio a rifiuto) nel corso della comunicazione informale fra Presidente della Repubblica e Governo che non mi sembra di trovare riflessa in alcuno dei precedenti allegati alla lettera presidenziale, i quali offrono se mai la prova che nei casi citati hanno potuto felicemente combinarsi l'atteggiamento prudente dei Presidenti della Repubblica, che talora hanno saputo recedere da qualche proprio precedente avviso, e dei Governi, i quali hanno mostrato la deferenza istituzionale necessaria ad accogliere le critiche presidenziali relativamente a questioni particolari della propria politica e ad evitare di considerarle come contestazioni indebite dei poteri ad essi costituzionalmente attribuiti .

3. La trasformazione del decreto legge in disegno di legge con gli identici contenuti da parte del Governo e la questione del potere esercitabile dal Presidente della Repubblica nell'autorizzarne la presentazione alle Camere (art. 87, IV c.) . Potere di consiglio o potere di controllo?

E' indubbiamente difficile, ma non impossibile, supporre che il Governo avrebbe potuto trovare la strada per adottare il decreto superando le obiezioni che lo colpivano, poiché esso, fra l'altro, per un verso si proponeva di intervenire su un caso concreto bloccando i diritti nascenti dalla presa di posizione (mediante decreto definitivo) della Corte di appello di Milano, confermata poi dalla Corte di cassazione e indirettamente dalla Corte costituzionale, dall'altro si proponeva evidentemente di condizionare una disciplina legislativa futura di situazioni uguali a quella della quale era stata ormai investita, oltre che formalmente la magistratura, anche informalmente e sostanzialmente l'opinione pubblica. Sotto il primo profilo, infatti, la proposta sospensione dei diritti nascenti da quelle varie pronunce giurisdizionali, per il fatto di porsi deliberatamente in conflitto con queste ultime, avrebbe avuto carattere necessariamente retroattivo, ciò che da più parti si è considerato, costituzionalmente illegittimo non solo per questa ragione, ma anche perché traducendo automaticamente tale illegittimità costituzionale astratta in una violazione della costituzione immediatamente operativa, avrebbe reso vani, perché tardivi, i rimedi giurisdizionali che contro di esso si sarebbero potuti, senza, tuttavia, poterne eguagliare la rapidità, esperire. Sotto l'altro profilo il decreto, statuendo in modo da determinare la sospensione dell'esecutività del decreto della Corte d'appello di Milano per il fatto di non dividerne i contenuti, prendeva implicitamente posizione per una futura disciplina legislativa

che quei contenuti negasse. Una negazione questa alla quale quella futura disciplina legislativa potrebbe eventualmente (è questo infatti un punto problematico se si condivide l'opinione che una disciplina di rango costituzionale sarebbe meglio adatta a disciplinare questioni – limite, quali sono molte di quelle bioetiche) approdare, ma soltanto per il futuro, solo nel contesto di un libero dibattito parlamentare e non sotto il dettato obbligante di una presa di posizione del Governo sospinta da uno stato di necessità, vero o presunto che sia. Di fronte alle difficoltà prospettate dal Presidente, il Governo avrebbe, forse, volendolo, potuto trasformare immediatamente e autonomamente il progettato decreto legge in un disegno di legge fidando che nei confronti di esso il Presidente della Repubblica non avrebbe potuto proporre con la stessa forza le medesime obiezioni di costituzionalità, (e in effetti egli, ma solo, mi sembra, apparentemente, non le ha proposte), per la evidente minor forza del suo potere di autorizzare la presentazione al Parlamento dei disegni di legge di iniziativa governativa, rientrando, per quel che penso, nel suo potere costituzionale di consiglio, rispetto al suo potere di vigilare sulla legittimità e sull'opportunità costituzionale dei decreti legge all'atto della loro emanazione, rientrando quest'ultimo nel genere dei suoi, certamente più incisivi, per quanto anch'essi limitati, poteri di controllo. Rispetto all'immediata entrata in vigore dei decreti legge egli è, infatti, l'unico garante della loro costituzionalità, beninteso nel momento in cui il Governo li adotta, nel mentre che tale non è di fronte ai disegni di legge di iniziativa governativa, i quali, come tali, non ostante la discutibile legittimità costituzionale (o anche l'evidente illegittimità costituzionale) dei loro contenuti, anzitutto (è banale dirlo), essendo soltanto disegni di legge, non producono effetti giuridici immediati, ciò che ne attenua la pericolosità costituzionale, quindi danno avvio a una discussione parlamentare dagli esiti non a priori determinabili, infine, una volta approvati, sono di nuovo sottoposti al vaglio di legittimità costituzionale del Presidente il quale, lo si è detto poco fa, in casi estremi, può financo risolversi a rifiutare di promulgare la deliberazione legislativa approvata dal Parlamento.

Per tutte queste ragioni mi sembra innegabile che quando è chiamato ad autorizzare la presentazione al Parlamento dei progetti di legge governativi, il Presidente della Repubblica non si trovi di fronte agli stessi problemi che gli si presentano quando è chiamato ad emanare decreti legge, ma a problemi di diversa e senz'altro minore portata. Nel caso di specie, ad esempio, in sede di autorizzazione alla presentazione alle Camere di quel disegno di legge di iniziativa governativa che è stato effettuata solo dopo il rifiuto presidenziale di emanare il decreto legge, alcune delle critiche presidenziali al decreto legge sarebbero cadute, sarebbe certamente caduta almeno quella che direttamente

riguardava il ricorso a tale particolare strumento, la quale colpiva il carattere “inappropriato” del decreto legge in quanto finalizzato a disciplinare la materia costituzionalmente bruciante dei diritti costituzionali fondamentali, refrattaria ad essere regolata con gli strumenti giuridici autoritativi dell’urgenza. Una critica questa che certamente non era automaticamente trasferibile alla disciplina di quegli stessi diritti ad opera di un disegno di legge ordinaria. Il Presidente si sarebbe trovato, infatti, di fronte, in quest’ultimo caso, non a un atto in sé compiuto e, una volta emanato, immediatamente efficace, ma all’intenzione normativa del Governo di voler sospendere i diritti sorti sul fondamento del decreto della Corte d’appello di Milano, confermati dalla successiva sentenza della Corte di Cassazione. Un’intenzione normativa, dunque, che certamente contrastava con il principio della separazione dei poteri, e che, tuttavia, non solo sarebbe restata tale (cioè una mera intenzione normativa) fino al momento della sua eventuale definitiva trasformazione in legge, non solo sarebbe stata sottoposta al rispetto dei tempi più rallentati necessari allo svolgersi, nel corso del procedimento legislativo, delle ragioni contrarie dell’opposizione (ed eventualmente di esponenti della stessa maggioranza), ma avrebbe obbligato lo stesso Governo a non dare per scontate le ragioni per le quali riteneva non solo necessario ma anche urgente regolare legislativamente il c.d. testamento biologico (da esso considerato nel caso di specie dal punto di vista dei suoi limiti piuttosto che da quello della sua apertura all’esercizio di diritti soggettivi personalissimi) da esso stesso tanto lungamente neglette, e a rivelare, dunque, apertamente che la ragione essenziale dell’urgenza con la quale chiedeva alle Camere di approvare ad horas la disciplina legislativa proposta fosse da rinvenire più nell’intento (incostituzionale) di paralizzare l’esercizio di diritti maturati nel passato secondo diritto dalle persone che li avevano reclamati, che non in quello, fisiologicamente proprio della legge, di dettare una disciplina generale rivolta verso il futuro. I ritardi nell’approvazione della disciplina legislativa sollecitata ora con urgenza dal Governo non avevano fino a quel momento lasciato quest’ultimo del tutto indifferente e fors’anco verso di essi indulgente se non proprio propizio? Non è dunque arbitrario ipotizzare che il compiuto svelamento di questa contraddizione, con la sua inquietante evidenza, avrebbe potuto allargare il numero di coloro che, facendosi forza della conclamata libertà del mandato parlamentare, si sarebbero potuti opporre al disegno di legge e avrebbe al contempo rafforzato le ragioni di quanti erano contrari alla sua approvazione, deprecando fra l’altro che si pretendesse di approvarlo secondo modalità affrettate e del tutto contrastanti con l’esigenza di paragonare le soluzioni da esso prospettate (sull’assurdità di molte delle quali qui non mi intrattengo) a quelle, diverse, proposte da numerose

iniziative legislative parlamentari precedenti, maturate nei singulti politico - culturali di un dibattito annoso.

Né, da ultimo, si può trascurare la considerazione, affacciata da Pace, che il Presidente avrebbe potuto includere nella sua valutazione dell'incostituzionalità del disegno di legge della quale gli si richiedeva di autorizzare la presentazione alle Camere, il fatto che anche se quel disegno di legge si fosse tradotto in legge, e avesse superato anche lo sbarramento rappresentato dal suo successivo veto sospensivo, essa sarebbe stata inapplicabile al caso concreto, per il carattere definitivo riconosciuto dalla Corte costituzionale (nella sentenza n. 334 del 2008) alle sentenze della Corte d'appello di Milano e della Corte di cassazione e ai diritti altrettanto definitivi sorti sulla loro base, di guisa che gli opposti scopi che la legge si fosse proposta, per esempio criminalizzando comportamenti uguali a quelli tenuti sulla base di quelle sentenze e di quei diritti, sarebbero rimasti frustrati.

E' solo parzialmente esatto quindi che un disegno di legge replicante nel contenuto quello di un decreto legge palesemente incostituzionale, sarebbe incostituzionale anch'esso, non solo perché si tratterebbe, appunto, non di una legge, ma di un disegno di legge, la cui coerenza con la costituzione pure essendo naturalmente del tutto opportuna, non è tuttavia costituzionalmente prescritta, ma anche perché nella sua trasformazione da decreto legge a legge vera e propria, essa perderebbe alcuni caratteri decisivi della offensività costituzionale del decreto.

Non avendo il Governo autonomamente provveduto a trasformare il proprio decreto legge in un disegno di legge pure identico nel contenuto, è giocoforza osservare che il rifiuto di emanare quel decreto da parte del Presidente della Repubblica ha avuto l'effetto di obbligare il Governo a trasformare quel proprio intervento immediatamente efficace in una propria dichiarazione legislativa di intenzioni. Su di essa il Capo dello Stato, trattandosi dell'atto di avvio del procedimento legislativo, anziché di un atto conclusivo dello stesso, esposto, per tutte le ragioni per l'avanti indicate, a incontrare gli ostacoli frapposti da un Parlamento libero di se stesso nello svolgersi del suo percorso parlamentare, era, per conto mio, tenuto ad esercitare, informalmente e riservatamente, pure se con chiarezza, la propria autorità di consiglio e di avvertimento costituzionale, la quale, proprio perché tale, è priva di effetti vincolanti, non invece, la sua autorità di controllo costituzionale, dotata, invece, per quanto limitatamente, di tali effetti.

4. Se il Presidente abbia mancato di esercitare il proprio potere costituzionale di consiglio non dissuadendo formalmente il Governo a presentare un disegno di legge identico nel contenuto al decreto legge del quale aveva rifiutato l'emanazione e se abbia compromesso l'esercizio del suo successivo potere di controllo sulla deliberazione legislativa del Parlamento

Non trovo, dunque, per le ragioni esposte, e per altre ancora, che il Presidente della Repubblica sia stato in contraddizione con se stesso, prima rifiutandosi di emanare il decreto legge, quindi autorizzando la presentazione del disegno di legge governativo esemplato sul testo del precedente decreto legge.

Considero infatti, in primissimo luogo, formalistico il rilievo, pure autorevolmente formulato, che egli sia stato eccessivamente prudente (leggasi elusivo) nel mancare di esternare le proprie critiche di costituzionalità al disegno di legge governativo nel momento in cui ne ha autorizzato la presentazione alle Camere. In effetti la stretta consecuzione della trasmissione di quest'ultimo atto al Presidente per ottenerne l'autorizzazione a presentarlo alle Camere, al rifiuto di emanazione del decreto legge di identico contenuto da parte dello stesso, in occasione del quale ultimo egli si era espresso negativamente in un modo tanto chiaro, incontroverso e reso oltre tutto, suo malgrado, pubblico, rendeva il Governo perfettamente consapevole di disattendere l'opinione del Capo dello Stato, convertitasi automaticamente in tale circostanza nella forma di un suo consiglio costituzionale, a non ripresentare con gli stessi contenuti del decreto rifiutato, il disegno di legge sulle dichiarazioni anticipate di fine vita, nel ripresentare, ciò non ostante, un disegno di legge dal contenuto identico a quello del decreto legge non emanato. Il consiglio quindi, non solo è stato dato, ma, anziché restare riservato, è stato amplificato dall'altoparlante governativo

In secondo luogo considero evidente che la minore incisività dell'intervento presidenziale di autorizzazione alla presentazione del disegno di legge, perfettamente simmetrico del resto alla minore invasività costituzionale dello strumento che il Governo si è rassegnato ad adottare, non metteva per questo a repentaglio l'esercizio dell'autorità presidenziale di controllo in sede di promulgazione della legge, qualora, nel corso del procedimento legislativo, questa avesse eventualmente conservato i caratteri di incostituzionalità propri di essa fin all'inizio. Mi sembra anzi che la non anticipazione al principio del procedimento legislativo dell'esercizio del suo potere di controllo sul disegno di legge, abbia potuto procurargli il vantaggio di poter valutare, oltre che la legittimità costituzionale astratta della legge stessa, eventualmente valendosi allo scopo degli argomenti emersi dentro e fuori il Parlamento nel corso del dibattito legislativo, anche l'eventualità che essa, pure avendo conservato aspetti di dubbia

o di evidente legittimità costituzionale, fosse tuttavia diventata concretamente inapplicabile, come è avvenuto nel caso di specie, proprio nei suoi profili costituzionalmente più controversi, per il mutare delle circostanze concrete eventualmente intervenute a frustrare gli scopi incostituzionali dell'iniziativa governativa nel lasso di tempo intercorso fra iniziativa e conclusione del procedimento legislativo, determinando, in tal modo, indirettamente, il fallimento dello scopo principale di quel disegno. A quest'ultimo proposito potrebbe dirsi che sia stato il trascorrere del tempo a fare giustizia delle intenzioni incostituzionali del disegno di legge governativo onde il Governo dovrebbe, se fosse possibile, sollevare contro l'interferenza irresponsabile di quel trascorrere nel suo progetto, un conflitto di attribuzioni rivolto appunto contro il cieco e impersonale potere di quest'ultimo.

Né va trascurato, infine, che le critiche presidenziali al decreto - legge governativo, maturate nelle circostanze sopra descritte, colpivano in primissimo luogo (lo si ripete) il mezzo peculiare attraverso il quale si sarebbe raggiunto immediatamente e senza alcun dibattito il fine, determinando con ciò una violazione immediata dei giudicati e della costituzione, (nel mentre che l'impiego dello strumento legislativo non sarebbe valso a pregiudicare, né quei giudicati, né quei diritti) anziché il fine stesso perseguito (la decisione sulla questione del carattere medico o non medico dell'alimentazione e dell'idratazione artificiale e quella conseguente sulla possibilità di interromperla nel primo caso, e sul divieto di interromperla nel secondo), sul quale egli non si sarebbe potuto pronunciare, non potendosi considerare eversive della costituzione le diverse soluzioni al riguardo prospettabili. Se il fine perseguito dal Governo è venuto a cadere, ciò è avvenuto, dunque, non per l'avversione del Presidente a quel fine (ciò che non è dato di sapere, che non importa sapere, che è e deve essere irrilevante nel comportamento presidenziale), ma per la radicale inidoneità del mezzo con il quale, dopo anni di stallo parlamentare, ci si è risolti a perseguirlo frettolosamente, sulla base di convincimenti che molto sanno di cattiva politica e poco di convincimenti parlamentari profondi e ancor meno di non confuse consapevolezze giuridiche.

Per il Governo sarebbe stato dunque conveniente, per quanto si è complessivamente detto, battere da subito, prima di imboccare la strada del decreto legge, la strada della presentazione di un disegno di legge di propria iniziativa, se avesse meglio valutato che alla maggiore debolezza dello strumento utilizzato avrebbe fatto riscontro la minore invasività dell'intervento presidenziale a suo riguardo. Tuttavia non l'ha fatto. Non si può tuttavia considerare un caso che esso abbia voluto arrischiare di imbattersi nelle critiche costituzionali del

Presidente, insistendo nella volontà di operare per decreto. Rinunciandovi, avrebbe messo a rischio, infatti, il suo principale obiettivo, che era quella di impegnarsi in una corsa contro il tempo così da interrompere immediatamente l'applicazione della procedura di somministrazione forzata dell'alimentazione e della disidratazione alla persona che da molti anni versava nella situazione di stato vegetativo permanente, il cui caso era al centro di una accesa disputa fra contrapposte opinioni. In definitiva una soluzione discutibile, ma approvata da molti, quella contraria alla sospensione dell'alimentazione e dell'idratazione artificiale di persone versanti in quello stato vegetativo (permanente secondo gli uni, semplicemente persistente ,secondo i sostenitori di quest'ultima opinione), non può essere ottenuta con qualsiasi mezzo, secondo la vecchia logica del principio per il quale i mezzi sono giustificati dal fine, ma solo con gli strumenti costituzionalmente consentiti, indipendenti nella loro applicazione dalla posizione etica alla quale si presti interiormente adesione. Né del resto nella vicenda svoltasi sotto i nostri occhi possiamo dire di aver rivissuto la contrapposizione di un'Antigone governativa a un Creonte presidenziale.

5. Risolto per cause esterne il conflitto costituzionale, restano aperti i problemi che lo hanno suscitato.

Nello scenario descritto la discussione sui contenuti e sugli scopi del decreto legge sono rimasti oscurati a causa della volontà di perseguirli attraverso l'utilizzazione palesemente incostituzionale del decreto. I problemi che essi pongono restano dunque aperti alla discussione e non pregiudicati dall'occorrenza di una vicenda costituzionale grave, nel corso della quale si è tentato di forzare i limiti opposti dalla costituzione all'esercizio dei poteri costituzionali del Governo. Ora quei contenuti e quegli scopi, torneranno a proporsi (stanno tornando a proporsi) in un dibattito parlamentare che si profila privo di equilibrio e che pur dovrà tentare la difficile conciliazione delle opposte esigenze della celerità e dell'approfondimento meditato dei problemi messi definitivamente in luce dal caso Englaro. Personalmente, ma idealmente insieme a tanti altri, credo utile richiamare in proposito l'indicazione di Leopoldo Elia a conclusione della sua introduzione al convegno di Napoli sulle questioni della laicità. Ivi egli aveva manifestata l'opinione che il tipo di legislazione meglio in sintonia con la costituzione in situazioni bioetiche estremamente problematiche come questa che ha dato origine ai fatti e agli atti costituzionali dei quali stiamo parlando, tanto aperte al dibattito plurale, ai dissensi etici e alle controversie giuridiche, sia quello di natura facoltizzante, che, una volta che siano state messe bene in chiaro le condizioni soggettive (accertamento rigoroso della volontà dei soggetti caduti

nella situazione di stato vegetativo permanente o persistente) e oggettive (determinazione sulla base di rigorosi parametri dello stato di irreversibilità di quello stato vegetativo) all'interno delle quali il diritto costituzionale consente ai nuovi diritti bioetici di operare, preveda che tali diritti individuali personalissimi, diritti dell'uomo quanto mai altri, possano essere da ognuno liberamente esercitati, o, altrettanto liberamente, da ognuno rinunciati.

(15 febbraio 2009)

Tutti i diritti sono riservati. I contenuti originali possono essere riprodotti, nel rispetto della legge, a condizione che sia citata la fonte.