

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

## **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)<sup>1</sup> può essere ricondotto all’art.13 della Costituzione, ovvero al più classico e antico dei diritti della “prima

---

<sup>1</sup> 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 prescelta, ovvero il procedimento in camera di consiglio ex art. 732 cpc, 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](http://www.forumcostituzionale.it).

generazione”, la libertà personale, nella quale “è postulata la sfera di esplicazione del potere della persona di disporre del proprio corpo”<sup>2</sup>.

“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 pubblici<sup>3</sup>, una astensione dall’interferire nella sfera privata dell’individuo, in quanto si collega alla possibilità di disporre di sé, del proprio corpo<sup>4</sup> o, per usare le parole della Convenzione europea dei diritti dell’uomo, al “diritto alla vita privata” (art.8.1 CEDU)<sup>5</sup>.

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 vita<sup>6</sup>.

---

<sup>2</sup> 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 le sentenza del 16 ottobre 2007.

<sup>3</sup> 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”.

<sup>4</sup> 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.”.

<sup>5</sup> Ancora dalla sentenza del 16 ottobre 2007, laddove cita il caso *Pretty c.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 potrebbe pretendere di esercitare la scelta di morire rifiutandosi di acconsentire ad un trattamento potenzialmente idoneo a prolungare la vita”.

<sup>6</sup> 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

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);
- 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 esplicare 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 procedere<sup>7</sup>.

## 2.2. Il circuito delle garanzie

---

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”.

<sup>7</sup> 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.

A fronte di queste manifestazioni del circuito dell'indirizzo politico, stretto tra l'incapacità di decidere nella forma appropriata (ovvero soddisfacendo la 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 cassazione<sup>8</sup>. 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"<sup>9</sup>.

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 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*"<sup>10</sup>, 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

<sup>8</sup> 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.

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

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

affermato dalla Corte costituzionale<sup>11</sup>. 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'esecutivo<sup>12</sup>.

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 avanti<sup>13</sup>. 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'arbitrio<sup>14</sup>.

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 ricostruire<sup>15</sup>.

<sup>11</sup> 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".

<sup>12</sup> 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.

<sup>13</sup> Così G. Azzariti, intervento in ASTRID Rassegna n. 86, 13 febbraio 2009

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

<sup>15</sup> 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.*

Mi pare però che soltanto in parte le motivazioni che hanno spinto il potere politico ad una reazione così giuridicamente scomposta<sup>16</sup> 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 giudiziario<sup>17</sup>.

Lo scontro tra la maggioranza politica (intendendo con tale espressione il *continuum* parlamento-governo) e il potere giudiziario è stato enfatizzato dal fatto 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*<sup>18</sup>.

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 legislativo<sup>19</sup>.

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"<sup>20</sup>. Essa costituisce un tentativo, l'ennesimo<sup>21</sup>, di arginare l'avvento di una diversa concezione, propria dello Stato costituzionale,

<sup>16</sup> 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](http://www.federalismi.it).

<sup>17</sup> 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).

<sup>18</sup> 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.

<sup>19</sup> 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".

<sup>20</sup> Così G.Zagrebel'sky, *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](http://www.forumcostituzionale.it), 3 settembre 2008.

<sup>21</sup> 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](http://www.forumcostituzionale.it), 13 febbraio 2009, richiamando tra l'altro la norma, inserita nel progetto di riforma Castelli ma poi abbandonata che 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,

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 costituzionale<sup>22</sup>. 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 Calamandrei<sup>23</sup>. 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 incostituzionale<sup>24</sup>.

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 enfaticizzazione 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 tendenza alla diffusione del nostro sistema di giustizia costituzionale<sup>25</sup> 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”<sup>26</sup>.

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

---

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».

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

<sup>23</sup> Un modello accentrato a iniziativa diffusa, è stato detto.

<sup>24</sup> 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.

<sup>25</sup> 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.

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

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 coinvolti<sup>27</sup>.

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 ricorrente<sup>28</sup>, 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 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 oggi<sup>29</sup>, quello di Piergiorgio Welby, aveva invece rifiutato di svolgere il Tribunale di Roma<sup>30</sup>, il quale, mosso da una diversa concezione del rapporto tra il diritto e la legge<sup>31</sup>, aveva espressamente

<sup>27</sup> Così la sent. n. 347/1998.

<sup>28</sup> 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.

<sup>29</sup> 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](http://www.forumcostituzionale.it), 19 dicembre 2008.

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

<sup>31</sup> 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

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”<sup>32</sup>.

#### *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 rinascente 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 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”<sup>33</sup>. 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”<sup>34</sup>.

---

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 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)”.

<sup>32</sup> 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, riconoscendogli 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».

<sup>33</sup> 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](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it).

<sup>34</sup> 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

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 dottrina<sup>35</sup>. 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'esecutivo<sup>36</sup>, 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 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 giudici<sup>37</sup>.

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 tempo<sup>38</sup>, nella comprensibile diffidenza per qualsiasi ipotesi di revisione costituzionale<sup>39</sup>, ma a mio avviso non ulteriormente procrastinabile. Le strettoie

---

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".

<sup>35</sup> 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](http://www.forumcostituzionale.it), 10 febbraio 2009.

<sup>36</sup> 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.

<sup>37</sup> 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.

<sup>38</sup> 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.

<sup>39</sup> 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

delle vie di accesso, delle quali lungamente ha discettato la dottrina, oltre a rischiare di inaridire la Corte costituzionale<sup>40</sup>, 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”<sup>41</sup>.

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 costituzionale<sup>42</sup>. 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, rinviandosi 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

---

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 e' gia' molto ampio e tuttora in fase di espansione. In Germania, dove esiste una lunga esperienza applicativa, il ricorso individuale e' oggetto di profonda rimediazione”.

<sup>40</sup> 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.

<sup>41</sup> Così V. Lippolis, *Gli equilibri Colle-governo*, in [www.federalismi.it](http://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.

<sup>42</sup> 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.

collaborazione tra Corte e giudici<sup>43</sup>, 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 giudiziario<sup>44</sup>.

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 diritti<sup>45</sup>.

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*<sup>46</sup> 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

<sup>43</sup> 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](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), 19 settembre 2007.

<sup>44</sup> 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".

<sup>45</sup> Il giudizio dato dalla dottrina sul ruolo svolto dalla Corte costituzionale nella garanzia dei diritti non né univoco: si veda ad es. L. Paladini, *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 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.

<sup>46</sup> 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.

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»<sup>47</sup>, è forte altresì negli 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 parsimonia<sup>48</sup>.

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 politiche<sup>49</sup>.

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"<sup>50</sup>.

<sup>47</sup> 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 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.

<sup>48</sup> 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.

<sup>49</sup> *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.

<sup>50</sup> G.Zagrebel'sky, *Il diritto mite*, cit., 213.