

PUÒ IL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA RIFIUTARSI DI EMANARE UN DECRETO-LEGGE? LE “RAGIONI” DI NAPOLITANO

di Antonino Spadaro (□)
(10 febbraio 2009)

Indice-sommario: 1. Considerazioni introduttive.- 2. Il fatto.- 3. La lettera del Capo dello Stato: esempio di equilibrio istituzionale e leale cooperazione.- 4. Il comportamento del Presidente del Consiglio (e del Governo): una deliberata ricerca del conflitto, fra sgarbi istituzionali e tentazioni populistiche.- 5. Conclusioni.

1. Considerazioni introduttive

Per precise ragioni di metodo, in linea di massima preferisco scrivere e pubblicare (libri, saggi e articoli) in forme tradizionali, ovvero cartacee, secondo modalità che considero di solito alla lunga più efficaci e comunque sicuramente più meditate. È raro, infatti, che intervenga *online* e in modo estemporaneo nel dibattito costituzionalistico. Ma questa volta davvero mi è difficile resistere alla tentazione di dire *subito* – pur brevemente e sapendo che sul tema si verseranno fiumi d'inchiostro “avverso” – il mio punto di vista sul rifiuto opposto dal Presidente Napolitano all’emanazione del D.L. approvato il 6 febbraio 2009 dal Consiglio dei Ministri presieduto da S. Berlusconi sul c.d. caso Englaro. Dico “caso” perché il decreto-legge formalmente verte sulla materia generale, peraltro lungamente controversa nel CNB (Comitato Nazionale di Bioetica), in Parlamento e in tutto il Paese, ma in realtà – nello scarno articolato in cui esso era configurato – nasceva da e verteva su, a ben vedere, il “caso” ricordato. E già questo la dice lunga sull’impostazione *ad horas* – per usare le parole del Presidente del Consiglio – di tutta l’azione del Governo.

Molto si potrebbe dire su tutto l’iter giuridico-giudiziario della vicenda: non solo sulla ord. della Corte cost. n. 334/2008¹, ma anche sulla sentenza della Cassazione n. 21748/2007 e in particolare sul carattere sbrigativo dell’accertamento, operato dal giudice del rinvio, della reale e originaria volontà della sventurata donna da 17 anni in stato vegetativo. Molto vi sarebbe pure da dire sull’ostinato presenzialismo/interventismo di esponenti del Governo in una materia che invece dovrebbe essere oggetto, eventualmente, solo di un attento e ponderato dibattito parlamentare. Meriterebbero pure una ulteriore riflessione *non* le posizioni assunte dal mondo cattolico, diversificate e quasi sempre tutte ispirate ad autentica *pietas*², ma quelle assunte dalla gerarchia ecclesiastica

□ Professore ordinario di *Diritto costituzionale, Diritto pubblico comparato e Dottrina dello Stato* nella Facoltà di Giurisprudenza dell’Università Mediterranea di Reggio Calabria.

¹ Sulla quale – fra i tanti – v., da ultimo, le ampie riflessioni di C. SALAZAR, *Riflessioni sul “caso Englaro”*, in corso di pubbl. in *Forum online di Quad. cost.*

² Una significativa presa di distanza dalle gerarchie, in questa occasione, è rinvenibile – fra gli altri – nelle dichiarazioni di autorevoli cattolici “doc”, come gli ex Presidenti della Repubblica O.L. Scalfaro e C.A. Ciampi, il senatore a vita G. Andreotti e il filosofo G. Reale, a conferma della *trasversalità* non solo politica, ma “intra-cattolica” della problematica in esame. In particolare O.L. SCALFARO (Intervista in *La Repubblica* del 7 febbraio 2009, 6) rileva: «penso che si sia passato il limite. Taluni, in omaggio ai sacri principi, emettono sentenze definitive e giudizi irrevocabili. Sono cose inaccettabili. Incivili. Se qualcuno le fa in nome dei principi cristiani, io credo che i principi cristiani parlino di amore, di carità, di comprensione, di partecipazione alla sofferenza. Ma non vedo cosa c’entra con i principi cristiani un’invasione così aggressiva dello spazio di libertà di ciascuno». G. REALE (Intervista in *Corriere della Sera* del 7 febbraio 2009, 6), a sua volta, osserva: «Il decreto del Governo è un errore, si oppone all’idea di libertà su cui è radicato il concetto occidentale dell’uomo. E lo dico da cattolico [...] La tesi portata avanti da molti uomini della Chiesa, e ora anche dal Governo, è sbagliata e va corretta [...] vedo un abuso da parte di una società tecnologica totalizzante, così gonfia di sé e dei suoi successi da volersi sostituire alla natura». Più in generale, sul ruolo oggi dei cittadini cattolici, cfr. A. SPADARO, *La crisi delle Costituzioni di “compromesso” e il ruolo dei cattolici in Europa*, in <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/convegni/torino300307/spadaro.html>.

che – ancora una volta allontanandosi pericolosamente dal Paese reale – troppo spesso ha scelto di trincerarsi dietro atteggiamenti rigoristici, intransigenti e di astratto principio, senza lesinare per altro continui interventi sulla classe politica italiana (dalla critica alla lode), con assillanti pressioni (ingerenze?) che inevitabilmente si ritorcono contro di essa sotto forma di attentato al principio di laicità dello Stato, tema su cui in altra sede più approfonditamente mi sono espresso e su cui non posso ora qui ritornare³. Ma soprattutto molto vi sarebbe da dire sull'uso distorto del caso operato dai *mass media* e sulla sua squallida strumentalizzazione a fini politici di parte, in un crescendo di stucchevoli estremismi ideologici, speculari fra i fautori dell'eutanasia “sempre e comunque” e i sostenitori della vita “sempre e comunque”.

Paradossalmente un tema delicato come questo – oggettivamente difficile e controverso persino fra gli specialisti (medici, teologi, bioeticisti, giuristi...), logicamente trasversale alle forze politiche e meritevole di attente riflessioni comuni e di un profondo dialogo – è stato invece affrontato sulla pubblica piazza mediatica con toni di rara faziosità e continue semplificazioni, non solo giornalistiche, indegne di un Paese civile. Mi sembra anzi di poter dire che – come spesso accade di fronte a questioni complicatissime morbosamente date in pasto all'opinione pubblica – sia in atto un processo, più o meno consapevole, talvolta di vero e proprio “sciaccallaggio” e “disinformazione” generale.

Appunto per queste ragioni (l'estrema delicatezza e l'enorme complessità del caso specifico) naturalmente mi guardo bene dall'entrare nel *merito stretto* della vicenda, sottolineando solo che con ogni evidenza occorre andare ben al di là del ricordato, tragico e angoscioso caso Englaro, che da tempo occupa le pagine dei giornali, per cercare invece di risolvere con serenità e *per tutti* la più generale questione delle *dichiarazioni anticipate di trattamento* (c.d. testamento biologico). Insomma, visto che sembra che proprio non si riesca a “convenire” su un saggio silenzio collettivo rispettoso delle libertà di ognuno, di necessità occorre dotarsi di una normativa largamente condivisa che esplicitamente non imponga ad alcuno – credente o non credente che sia – alcunché. Più che mai in casi come questi, infatti, ogni soluzione unilaterale, anche ove fosse realmente maggioritaria, diventa per forza di cose “unilateralista” ed appare comunque una sconfitta sociale ed etica, oltre che un'intollerabile – perché *incostituzionale* – lesione della libertà individuale.

Qui si è scelto, dunque, di trattare solo un punto – paradossalmente forse quello politicamente e giuridicamente più controverso – della vicenda: il diniego della firma opposto dal Presidente della Repubblica Napolitano all'emanazione del ricordato decreto-legge. Mi rendo conto che la scelta di restringere le mie brevi riflessioni alla *procedura costituzionale* seguita riduce l'interesse per il tema – e addirittura forse può persino apparire elusiva del vero problema in ballo (il c.d. diritto di morire) anch'esso squisitamente costituzionale – ma spero che tale scelta serva quantomeno a introdurre alcuni elementi in più nel dibattito che il comportamento omissivo del Capo dello Stato certo è destinato a suscitare.

2. Il fatto

Dalle notizie di stampa, non smentite, sembra di poter ricostruire gli eventi come segue. Le ricorrenti voci sul possibile decreto-legge del Governo determinano una ufficiosa presa di distanza del Quirinale. Segue, la sera del 5 febbraio, contatto diretto fra il sottosegretario alla Presidenza del Consiglio Gianni Letta e il Segretario generale della Presidenza della Repubblica, Donato Marra, in cui il primo chiede al secondo «una valutazione preventiva del Capo dello Stato, ipotizzando già in quel colloquio le linee

³ Sia consentito rinviare ad A. SPADARO, *Libertà di coscienza e laicità nello Stato costituzionale (sulle radici “religiose” dello Stato “laico”)*, Torino Giappichelli 2008.

generali del decreto». Su queste basi, la mattina del 6 febbraio il Capo dello Stato – nel corretto esercizio delle sue funzioni preventive di garante della Costituzione, che esercita attività di consiglio e *moral suasion* – scrive al Presidente del Consiglio quella che esplicitamente è stata definita «una lettera riservata alla persona», in cui esprime un dissenso sull’iniziativa argomentato in termini giuridico-costituzionali, lettera su cui si dirà più avanti. Ciononostante (verrebbe da dire “come se nulla fosse”) in tarda mattinata non solo il *Premier* porta in Consiglio dei ministri la proposta di adozione del provvedimento di urgenza e legge il contenuto della missiva presidenziale, ma fa qualcosa di più: contesta l’intervento del Presidente e chiede ai ministri l’approvazione all’unanimità del decreto-legge. Il Consiglio dei ministri, dopo una discussione sostanzialmente monocorde, si adegua (verrebbe da dire “*l’intendance suivra*”). Segue polemica conferenza stampa-*show* del Presidente del Consiglio, su cui pure si dirà più avanti. Non è chiaro, a questo punto, se il Capo dello Stato viene formalmente informato dal Governo – come pure dovrebbe essere – dell’approvazione del testo del decreto-legge o se invece irrualmente apprende la cosa da agenzie di stampa⁴. Ad ogni modo, alle 16.30 segue inevitabile, formale ma sempre cortese («con rammarico») diniego del Capo dello Stato all’emanazione del decreto. Alle 20.30 segue nuovo, urgente Consiglio dei Ministri – «appositamente convocato» si preoccupa di dire il sito della Presidenza del Consiglio (“come”? Verrebbe da chiedere, ex art. 6 D.P.C.M. 10 nov. 1993? E chi c’era? Ma è l’ultimo dei problemi) – in cui vengono approvate in un lampo, in soli dieci minuti (il Consiglio si chiude alle 20.40) «sotto forma di disegno di legge le disposizioni in materia di alimentazione e idratazione varate stamane come decreto-legge, in ordine al quale il Presidente della Repubblica ha opposto il diniego della firma». Segue, in serata, autorizzazione alla presentazione del disegno di legge da parte del Capo dello Stato. Si badi: autorizzazione solo in teoria dovuta, e infatti in passato non sempre concessa, ex art. 87, IV c., Cost.⁵. Unica autorevole voce istituzionale di dissenso dal Governo, il Presidente della Camera G. Fini secondo cui: «Desta forte preoccupazione che il Consiglio dei ministri non abbia accolto l’invito del Capo dello Stato, ampiamente motivato, sotto il profilo istituzionale e giuridico, ad evitare un contrasto formale in materia di decretazione d’urgenza».

3. La lettera del Capo dello Stato: esempio di equilibrio istituzionale e leale cooperazione

A ben vedere, le ragioni di G. Napolitano sono tutte ben espresse nella lettera da lui inviata ed essa va dunque puntualmente ricordata/riportata.

E’ bene ricordare subito che il Capo dello Stato italiano non ha opposto un diniego fondato su motivazioni soggettive, squisitamente personali, legate alla propria coscienza, come invece accade nel 1990 in Belgio, quando il Capo di Stato di quel Paese – il re Baldovino – addirittura “si autosospese”, sia pure *per tre giorni*, pur di non apporre la sua firma alla normativa che introduceva l’interruzione della gravidanza, proprio in nome di nobili e incoercibili ragioni di coscienza⁶ o come è accaduto più di recente, nel dicembre del 2008, quando il Granduca del Lussemburgo Henri si è rifiutato, per le stesse nobili ragioni, di firmare proprio una legge sull’eutanasia (favorendo così il passaggio, con la revisione della Costituzione lussemburghese del 1868, dalla *sanzione* alla *promulgazione* delle leggi).

⁴ Cfr. M. Giannini, *La scelta sofferta di Napolitano “lo devo difendere le istituzioni”. Il Capo dello Stato ha appreso del dl dalle agenzie di stampa*, in *La Repubblica*, 7 febbraio 2009, 3.

⁵ Per la prassi in merito v. già le considerazioni e i dati forniti da G. GUIGLIA, *L’autorizzazione dei disegni di legge governativi*, Torino Giappichelli 1991.

⁶ Sul carattere integerrimo e sulla eccezionale statura morale di Re Baldovino cfr. la bella biografia che gli ha dedicato l’ex Primate della Chiesa belga e protagonista del Concilio Vaticano II, il cardinale L.J. SUENENS, *Re Baldovino. Una vita che ci parla*, trad. it. di B. Pistocchi, Torino SEI 1995.

Per converso, in questo caso, il Presidente della Repubblica italiana – senza entrare nel *merito* della questione e rinunciando a fornire considerazioni strettamente etico-personali⁷ – ha invece fondato il suo diniego su ragioni tecnico-oggettive, squisitamente giuridiche e segnatamente *giuridico-costituzionali*: «lo non posso [...] farmi guidare da altro che un esame obiettivo della rispondenza o meno di un provvedimento legislativo di urgenza alle condizioni specifiche prescritte dalla Costituzione e ai principi in essa sanciti».

Si tratta, dunque, di “ragioni” che dovrebbero essere largamente condivise e che in ogni caso, per la loro natura intrinseca, possono essere valutate dalla comunità degli studiosi e (ove occorresse) dalla stessa Corte costituzionale, sul piano proprio degli accertamenti di legittimità.

Essenzialmente, le *ragioni/argomentazioni* adottate dal Capo dello Stato sono quattro. Vediamole.

La prima: il doveroso primato del Parlamento, quale sede naturale di disciplina legislativa di una materia così difficile e scottante. Osserva Napolitano: « [...] vicenda dolorosissima [...] temi da tempo all’attenzione dell’opinione pubblica delle forze politiche e del Parlamento [...] incidenza dei diritti fondamentali [...] diversità di posizioni [...] non è un caso se in ragione della loro complessità [...] non si sia finora pervenuti a decisioni legislative [...] Già sotto questo profilo il ricorso al decreto-legge appare soluzione inappropriata». A ben vedere, infatti, il decreto-legge, come del resto il disegno di legge – pur sostanzialmente rivolto a “risolvere” lo specifico e controverso caso Englaro – una volta entrato in vigore, avrebbe determinato formalmente effetti generali che avrebbero finito per *menomare la libertà* di “tutti gli altri” cittadini, credenti e non, potenzialmente destinati ad essere soggetti ad idratazione ed alimentazione artificiale, anche laddove scientemente non ne avessero voluto fruire. Del resto, va detto che lo stesso ex Presidente della Corte cost., Valerio Onida, il cui pensiero è stato chiaramente strumentalizzato dal Governo e che aveva solo ipotizzato l’eventualità di un provvedimento temporaneo di sospensione, ha tenuto a precisare che «anche l’alimentazione ed idratazione non possono essere “forzate”, cioè imposte contro la volontà della persona interessata», domandandosi se «davvero una norma rigida e assoluta, come quella cui si sta pensando, che imporrebbe in ogni caso e in qualunque circostanza il divieto di interrompere idratazione e alimentazione delle persone [...], sia la soluzione più opportuna»⁸.

Ma va detto che anche il magistero della Chiesa cattolica, in merito, è meno rigido e chiuso di quel che negli ultimi tempi appare. Un documento ufficiale – mai abrogato dalla Santa sede, che pure ora tende a non ricordarlo – apre un importante spiraglio per il dialogo e la costruzione di una normativa condivisa in tema di *dichiarazioni anticipate di trattamento* (c.d. testamento biologico)⁹. Anche sulla base di queste premesse, l’uso dello

⁷ Che pure, in una lettera riservata, avrebbe potuto fornire e che comunque, in una situazione davvero estrema, avrebbe potuto esternare pubblicamente richiamando appunto la propria libertà di coscienza. Ciò che, s’è detto, non è accaduto.

⁸ Cfr. *Corriere della Sera*, 7 febbraio 2009, 5, dove – fra l’altro – dichiara: «Hanno strumentalizzato le mie parole, disconosco nella maniera più assoluta qualunque mia partecipazione alla stesura del testo di un decreto-legge che non ritengo nemmeno di commentare».

⁹ Mi riferisco alla *Carta degli operatori sanitari*, elaborata a cura del Pontificio Consiglio della Pastorale per gli operatori sanitari (Città del Vaticano, 1994), che – nei paragrafi nn. 120-121 – testualmente recita: «L’alimentazione e l’idratazione, anche artificialmente amministrate, rientrano tra le cure normali dovute sempre all’ammalato *quando non risultino gravose per lui*: la loro indebita sospensione può avere il significato di vera e propria eutanasia. Per il medico ed i suoi collaboratori non si tratta di decidere della vita o della morte di un individuo. Si tratta semplicemente di essere medico, ossia d’interrogarsi e decidere in scienza e coscienza, la cura rispettosa del vivere e morire del malato a lui affidato. *Può anche richiedere di rinunciare a dei mezzi, per una serena e cristiana accettazione della morte inerente alla vita. Può anche voler dire il rispetto della volontà dell’ammalato che rifiutasse l’impiego di taluni mezzi*» (nostri i c.vi). Non

strumento del decreto-legge in materia appariva, quindi, come un vero e proprio “colpo di mano” che interrompeva il dialogo fra le parti, favorendo gli oltranzisti e impedendo di dar vita a soluzioni equilibrate, condivise e non lesive delle libertà costituzionali.

La seconda ragione/argomentazione: la mancanza dei presupposti per l’emanazione del decreto-legge. A giudizio del Capo dello Stato «non è intervenuto nessun fatto nuovo che possa configurarsi come caso straordinario di necessità ed urgenza ai sensi dell’art.77 della Costituzione se non l’impulso pur comprensibilmente suscitato dalla pubblicità e drammaticità di un singolo caso», rientrando quindi l’atto fra quelli «manifestamente privi dei requisiti di straordinaria necessità ed urgenza previsti dall’art.77 della Costituzione». Che dire? È questo un punto su cui sicuramente si appunteranno molte critiche a Napolitano, almeno per due ragioni: a) l’imputazione di responsabilità del provvedimento d’urgenza esclusivamente al Governo, nella presunzione che il Presidente non debba esprimersi in merito ai requisiti/presupposti dell’atto; b) l’appello, fin troppo facile, alla “salvezza” di una persona, altrimenti destinata a morire. Potrebbe rilevarsi: quale maggiore urgenza¹⁰?

Quanto al primo punto (a), mi limito qui a dire che appare a dir poco rigida la tesi che esclude del tutto che un simile controllo spetti, seppur non in via esclusiva, “anche” al Capo dello Stato¹¹: se così fosse, quest’ultimo sarebbe chiamato a ridursi ad essere un semplice “passacarte”¹². E ciò avverrebbe, paradossalmente, quando la Corte costituzionale ha dimostrato che invece è possibile esercitare *realmente* un sindacato di “legittimità” sull’“evidente” mancanza dei presupposti del d.l. (cfr. sent. nn. 171/2007 e 128/2008). Proprio questo dato di diritto costituzionale vivente induce a ritenere che – almeno nei casi più lampanti – il Presidente possa esprimere il suo diverso avviso, invitando preventivamente il Governo a riflettere sull’*effettiva* e “manifesta” inesistenza dei presupposti.

Quanto al secondo punto (b), il Presidente della Repubblica non è voluto sfuggire al problema: coraggiosamente, anzi, non ha eluso la questione ed espressamente ha dichiarato – sia pure in una missiva destinata a rimanere riservata, rivolta a un uomo politico che di pubblica opinione e *mass media* certo s’intende – di ritenere la presunta *urgenza* frutto solo di un’onda emotiva di carattere mediatico relativa a un singolo caso, per altro risolto con una sentenza, anche se non gradita a tutti.

Molto francamente mi sembra che, se davvero la questione fosse stata – ovviamente in via del tutto ipotetica e astratta – *sic et simpliciter* quella di salvare una persona innocente e ingiustamente condannata a morte, anche l’uso del decreto-legge avrebbe potuto essere ammesso (quale estrema affermazione di un’insopprimibile istanza di “coscienza” del Capo dello Stato e/o del *Premier*). Ma le cose stavano davvero così? No, anzi l’approccio prima configurato e propinato a un’opinione pubblica

può esservi dubbio che le parti in corsivo lascino intendere chiaramente come, anche dal punto di vista della Chiesa cattolica, l’idratazione e l’alimentazione artificiali talvolta – quando “risultino gravose” per il malato – vadano sospese, senza che per questo si possa parlare di provvedimenti eutanasi, trattandosi semmai di semplici e naturali forme di pietà cristiana. In ogni caso, nella prospettiva dello Stato laico, non può certo obbligarsi il “non credente” a *subire* un siffatto trattamento sanitario, se egli *scientemente e a suo tempo* ha diversamente disposto. Sul documento pontificio v. le stringenti considerazioni di D. NERI, membro del C.N.B., espresse nella sua *Audizione* al Senato del 18 ottobre 2006.

¹⁰ È questo, per esempio, il punto di vista di M. OLIVETTI nell’Intervista a *ilsussidiario.net* del 6 febbraio 2009.

¹¹ Cfr. A. BALDASSARRE, in *Corriere della Sera* del 7 febbraio 2008, 5.

¹² Come saggiamente ricorda l’ex Presidente della Repubblica C.A. CIAMPI (Intervista in *La Repubblica* del 8 febbraio 2009, 2): «la Costituzione dice chiaramente che il Capo dello Stato emana i decreti legge, cioè li firma. Ebbene questa firma non è affatto un atto dovuto. Il Presidente della Repubblica deve essere convinto della necessità del provvedimento. Non può essere ridotto a uno spolverino, a un passacarte del Governo. La sua firma deve essere un atto convinto, meditato. Non è affatto un visto. Rientra pienamente nei poteri che gli assegna la Costituzione». Conforme M. ANIS, *Il Quirinale è sentinella e non maggiordomo*, in *La Stampa*, 8 febbraio 2009, 6.

disattenta/disinformata appare invece una pericolosa e populistica semplificazione della realtà fattuale. Infatti, solo una *incrollabile* certezza che si stava consumando una profonda, irreparabile e oggettiva ingiustizia avrebbe potuto indurre il Presidente a sottoscrivere un provvedimento urgente comunque illegittimo (nel merito, come si dirà). Ma, in mancanza di tale *incrollabile* certezza – che Napolitano, come gran parte del Paese, non aveva e che nessuno poteva imporgli – non si poteva “capire/avallare” alcuna conseguente urgenza. E, a ben vedere, qui di oggettivo c’era, e c’è, ben poco – essendo tutto molto controverso – e di irreparabile, purtroppo, a giudizio della scienza, non c’è solo l’effetto letale della mancata idratazione e alimentazione, ma lo stesso “fatto” dello stato vegetativo che è ragionevole presupporre, dopo ben 17 anni, permanente. Dunque, come poteva il Capo dello Stato ignorare, al di là di ogni altra ragione, il fatto di uno stato vegetativo che durava da tanto tempo? Come poteva ignorare/scavalcare l’esistenza di una sentenza di carattere sostanzialmente definitivo, ancorché assunto in sede di giurisdizione volontaria? Come poteva, non foss’altro, ignorare la volontà della famiglia (padre)? E, se avesse firmato il provvedimento d’urgenza – nonostante una diversa decisione giudiziaria – non avrebbe “chiuso gli occhi”, rinunciando alla sua doverosa imparzialità, sostenendo una posizione favorevole a un particolare tipo di provvedimento e dunque a una particolare soluzione politico-normativa, nonostante le profonde divisioni che essa avrebbe suscitato? E poteva ignorare che tale provvedimento – solo in teoria a favore di “qualcuno” – si rivelava incostituzionale perché contestualmente anche a danno di “tutti gli altri”, almeno di quelli che ad esso non avrebbero voluto essere autoritativamente assoggettati?

La risposta che è stata data dal Presidente agli interrogativi ricordati ha una sua dolorosa eloquenza, che in ogni caso va rispettata quale che sia l’etica individuale di ciascuno di noi, perché appunto tale risposta (che, al solito, qualcuno condividerà e altri no) è stata comunque e chiaramente *ispirata* a una meta-etica, quella costituzionale, che tutte le altre ricomprende¹³. In pratica il Presidente – rinunciando ad esporre il suo personale punto di vista sulla vicenda – ha svolto un interiore (certamente sofferto) *bilanciamento* fra i valori costituzionali “in gioco”. Naturalmente ogni *bilanciamento*, da qualunque operatore pratico del diritto sia svolto – come tutte le umane cose – non è mai perfetto, non riesce mai a far “quadrare perfettamente il cerchio” e proprio per questo può anzi essere oggetto di discussione¹⁴. Ma il senso della cosa pubblica, il senso delle istituzioni sta appunto nella capacità – talora dolorosissima – di assumere decisioni “per tutti” o comunque, come in questo caso, di non avallare provvedimenti (per altro in contrasto con altri formalmente già adottati) non sufficientemente meditati, perché non frutto di mediazione parlamentare e quindi tendenzialmente di carattere illiberale: *tutti argomenti per i quali non c’è urgenza che regga*. Il bilanciamento non era, dunque, tra il valore della vita di una persona (la cui tutela appare urgente), e altri valori inderogabili del nostro ordinamento costituzionale (artt. 2, 13, 32, 104, I c., Cost.) – come qualcuno capziosamente vorrebbe far credere – ma tra il vincolo derivante da un’urgenza *presunta* e gli altri vincoli *certi*, uno dei quali era la qualificazione di uno stato soggettivo autorevolmente già acclarato dalla magistratura.

Altrimenti detto: per quanto possa sembrare paradossale, il Capo dello Stato avrebbe potuto emanare il D.L. approvato dal Governo solo per un’incoercibile ragione di coscienza (che, in questo caso, evidentemente non c’era) e, contestualmente, avrebbe dovuto subito “dimettersi” perché, come presto si dirà meglio, con ogni evidenza il provvedimento d’urgenza adottato comunque ledeva altri, parimenti fondamentali, valori dell’ordinamento costituzionale (non ultimo la stessa funzione di garante dell’equilibrio e

¹³ Sul concetto di meta-etica costituzionale sia consentito di rinviare al mio volume su *Libertà di coscienza e laicità nello Stato costituzionale (sulle radici “religiose” dello Stato “laico)*, cit., spec. Parte III, 157 ss.

¹⁴ Cfr. A. SPADARO, *Bilanciamento*, in *Enciclopedia filosofica*, vol. II, Milano Bompiani 2006, 1261 s.

separazione dei poteri del Capo dello Stato). Napolitano – secondo scienza e coscienza – ha fatto prevalere l'interesse generale.

La terza ragione/argomentazione addotta nella lettera è la più forte ed evidente, almeno a parere di chi scrive: a differenza del potere legislativo, che può (solo a certe, particolarissime, condizioni) dar vita a una legge con effetto retroattivo capace di incidere su una decisione giudiziaria, il potere esecutivo – e per esso il Governo — non può mai azzerare/annullare, a maggior ragione attraverso un decreto-legge, una decisione del potere giudiziario, pena la lesione irreparabile del principio costituzionale di separazione dei poteri, a garanzia del quale si erge – fra gli altri – non da ultimo proprio il Capo dello Stato (anche nella sua veste di Presidente del CSM). Osserva Napolitano: «il fondamentale principio della distinzione e del reciproco rispetto tra i poteri e organi dello Stato 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. Decisione definitiva [...] deve infatti considerarsi anche un decreto emesso nel corso di un procedimento di volontaria giurisdizione, non ulteriormente impugnabile». Da ultimo, e *pour cause*, il Presidente ricorda pure che il principio di diritto fissato dalla Cassazione «non è stato ritenuto invasivo da parte della Corte costituzionale della sfera di competenza del potere legislativo».

Come ricordavo all'inizio, naturalmente è possibile discutere *nel merito* sulla bontà della decisione della Cassazione, costretta a colmare un vuoto legislativo attraverso un significativo “diritto pretorio”, almeno in un punto discutibile (nella fattispecie: l'accertamento della reale volontà della donna). Ma ciò nulla toglie agli inappuntabili rilievi costituzionali del Capo dello Stato. Davvero non riesco a comprendere come un giurista-costituzionalista possa non avvertire il carattere lacerante – diciamo pure *eversivo* e dunque anti-costituzionale – che un simile provvedimento d'urgenza del potere esecutivo avrebbe avuto nei confronti del potere giudiziario, a quel livello e dopo una sentenza di rango costituzionale¹⁵. Come definire, del resto, un atto d'urgenza del Governo che pretende di “azzerare” con effetto retroattivo una decisione giudiziale? Che fine fa lo Stato costituzionale? E non si dica che l'invasione di competenza l'hanno fatta i giudici di Cassazione, visto che qualcuno deve pur “riempire” – di fronte al caso concreto – appunto il vuoto legislativo. E, del resto, la Corte costituzionale, non a caso richiamata da Napolitano, già si era espressa sull'*inesistenza* di un'invasione del potere legislativo da parte di quello giudiziario. Basta, da solo, questo terzo argomento – l'inammissibilità costituzionale di un'invasione di campo: questa volta del potere “esecutivo” *versus* il “legislativo” – per giustificare abbondantemente il diniego della firma presidenziale.

La quarta ragione addotta da Napolitano è un generico, ma opportuno, richiamo a una serie di principi costituzionali “in gioco” che un decreto-legge siffatto, forte della sua (presunta) urgenza, avrebbe comunque finito col violare. Il Capo dello Stato ricorda: «Desta inoltre gravi perplessità l'adozione di una disciplina dichiaratamente provvisoria a tempo indeterminato, delle modalità di tutela dei diritti della persona costituzionalmente garantiti dal combinato disposto degli articoli 3, 13 e 32 della Costituzione». Anche qui, è lecito chiedersi: può il Governo intervenire con decreto-legge su una materia che tocca libertà fondamentali? E non si invochi ancora una volta, sempre e *soltanto*, il diritto alla vita, di fronte alle *altre* libertà fondamentali, libertà che sono *anche* dei soggetti che si “pretende” di proteggere. L'ossessivo richiamo al valore *assoluto* della vita fisica – al di là degli altri principi-valori costituzionali che rendono una vita dignitosa – oltre a stupire quando espresso proprio da coloro che credono in una vita oltremondana, riecheggia la tesi schmittiana della tirannia dei valori e induce a riflettere sulla necessità che i principi costituzionali siano invece letti *insieme*, in una chiave sinottica e relazionale (il combinato

¹⁵ Sottolinea questa inaccettabile ingerenza del potere esecutivo nel campo del potere giudiziario, fra gli altri, A. PACE, nell'intervista *online* data al *Corriere della Sera* del 7 febbraio 2009.

disposto di cui parla il Presidente), dunque non in modo frettoloso, emotivo, monocorde e unidirezionale.

Da ultimo, il Capo dello Stato cautelativamente ricorda – a sostegno del suo orientamento – 5 significativi precedenti di diniego presidenziale all’emanazione di decreti-legge: due di Pertini (nel 1980 e nel 1981, in quest’ultimo caso di fronte a un semplice indirizzo giurisprudenziale in via di definizione), due di Cossiga (nel 1989 e nel 1990, in quest’ultimo caso in omaggio al Parlamento) e una di Scalfaro (1993, sullo scottante tema del finanziamento dei partiti). Si noti: l’elenco non deve essere considerato esaustivo. In questo senso mi sembra significativo che, fra gli altri, l’ex Presidente della Repubblica O.L. Scalfaro abbia ricordato un “altro” (sesto) episodio di diniego, che lo ha riguardato direttamente nei confronti del *Premier* G. Amato¹⁶. Sia O.L. Scalfaro che C.A. Ciampi sottolineano, inoltre, di non avere alcuna memoria, nella storia repubblicana, di Presidenti del Consiglio che abbiano contestato tale “potere” del Capo dello Stato¹⁷.

La finezza delle argomentazioni del Presidente trova conferma, infine, nell’appello a una «pacata considerazione» delle sue «ragioni», onde evitare un «contrasto formale in materia di decretazione d’urgenza che finora ci siamo congiuntamente adoperati per evitare». Anche queste conclusioni mi sembra confermino – come tutta la lettera – un atteggiamento di doverosa fermezza sui principi, ma anche una non formale disponibilità alla cooperazione. Del resto, come è stato giustamente rilevato, Napolitano aveva già detto “sì” per ben 77 volte (avendo il Governo Berlusconi, in 10 mesi, varato ben 35 decreti-legge e 42 decreti-legislativi)¹⁸. Per la prima volta, visto il carattere manifestamente incostituzionale dell’atto, opponeva un diniego e, anche in questo, avrebbe dovuto essere ben compreso.

Insomma, mi sembra che la lettera del Capo dello Stato – ancorché probabilmente sarebbe stata scritta in modo diverso, e ancor più argomentato, se se ne fossero immaginati gli sviluppi pubblici – possa essere portata ad esempio di un tenore di relazioni cordiale e aperto col *Premier*, nel quadro di un attento *equilibrio istituzionale* e di una *leale cooperazione*¹⁹.

4. Il comportamento del Presidente del Consiglio (e del Governo): una deliberata ricerca del conflitto, fra sgarbi istituzionali e tentazioni populistiche

Di fronte alle argomentazioni *costituzionali* esposte con garbo e finezza dal Quirinale, Palazzo Chigi ha risposto, in breve, con palese insofferenza proprio verso “i lacci e laccioli” della *Costituzione* (insofferenza ovviamente estesa ai suoi garanti), con toni rozzi e tribunizi.

¹⁶ Cfr. O.L. SCALFARO, *cit.*, 6.

¹⁷ Cfr. O.L. SCALFARO, *cit.*, 6 e C.A. CIAMPI, *cit.*, 2. Napolitano incassa così, fra gli altri, il sostegno fermo ed esplicito al suo operato da parte degli ex Presidenti O.L. Scalfaro e C.A. Ciampi. Anche G. ANDREOTTI sembra concordare: cfr. la bella intervista su *La Stampa* dell’8 febbraio 2009, in cui afferma: «la contrarietà del Capo dello Stato [...] pienamente motivata non c’è nessun diritto né dovere di intervenire d’urgenza da parte del Governo [...] non esiste una regola obiettiva e ogni caso è un caso a sé [...] nessuno può arrogarsi il diritto di decidere d’imperio». Incomprensibilmente più ondivago, invece, l’atteggiamento dello stesso senatore a vita nell’intervista al *Corriere della Sera* del 9 febbraio 2009, 2: «quello di Eluana Englaro era un decreto-legge che non faceva male a nessuno».

¹⁸ Cfr. M. AINIS, *cit.*, 6.

¹⁹ Principio, quest’ultimo, di sicuro rilievo costituzionale – come conferma una ricca giurisprudenza di Palazzo della Consulta – ancor prima della riforma costituzionale del 2001 che lo ha formalmente iscritto nella nostra Carta. Un’anticipazione sulla rilevanza inter-organica, oltre che ovviamente inter-soggettiva, del principio in esame “già” nel mio *Sui principi di continuità dell’ordinamento, di sussidiarietà e di cooperazione fra Comunità/Unione europea, Stato e regioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 4/1994, 1041 ss. Ma v. ora, sia pure in prevalente prospettiva inter-soggettiva, S. AGOSTA, *La leale collaborazione tra Stato e Regioni*, Milano Giuffrè 2008.

Ma è bene sottolineare subito la sequenza degli eventi, insieme stucchevole ed eloquente. Mentre Napolitano ha *realmente* tentato di instaurare un rapporto fondato sul principio costituzionale di leale cooperazione – come, al di là di ogni altro dato, conferma il tenore della sua lettera – Berlusconi ha *deliberatamente* cercato il conflitto. Il Presidente del Consiglio, infatti, ben conoscendo – per esserne stato, s'è visto, correttamente e preventivamente informato – il pensiero del Capo dello Stato, ciononostante ha “scelto” di *promuovere* in Consiglio dei ministri il provvedimento d'urgenza, in ciò – lui, sì – derogando alla precedente prassi costante, che invece ha sempre visto i *Premiers* italiani garbatamente “retrocedere” di fronte alla rare, ma ferme, preoccupazioni manifestate dal Capo dello Stato di turno in materia di decretazione d'urgenza.

Naturalmente, a questo punto si comprende anche la scorrettezza della lettura in Consiglio dei Ministri della missiva (riservata) del Presidente, paventandosi – pare – una sorta di “tutorato” del Quirinale sull'esecutivo, ciò che evidentemente l'uditorio non ha gradito. Sorprende pure come – nella dotta disquisizione giuridica che (a detta del *Premier* nella successiva Conferenza stampa) avrebbe fatto seguito in Consiglio dei Ministri – pressoché nessuno abbia manifestato dubbi o perplessità sull'incostituzionalità del provvedimento d'urgenza che si andava a prendere “all'unanimità”, nonostante le pacate, ma ferme e chiare indicazioni del Capo dello Stato. Possibile che nessuno dei presenti abbia realizzato che un simile decreto-legge avrebbe innescato un colossale conflitto costituzionale col potere giudiziario? O forse era proprio questo che si desiderava, viste le continue frizioni di “questo” Governo con i giudici? Possibile che – di fronte alla fermezza di Napolitano, che evidentemente rendeva obbligata la (corretta) via dell'iniziativa legislativa – nessuno abbia ritenuto “inutile”, e anzi gravemente provocatoria, l'approvazione del provvedimento d'urgenza? O forse era proprio questo che si voleva, pensando di isolare il Capo dello Stato, facilmente accusabile di cinismo sull'onda emotiva del caso Englaro? A cosa è servita, in fondo, l'approvazione di un atto d'urgenza che si sapeva, in ogni caso, mai un Presidente della Repubblica avrebbe potuto emanare, se non appunto ad alimentare un conflitto *a freddo* con il Quirinale²⁰? Per converso il Governo, se si fosse davvero ispirato al principio di leale cooperazione fra gli organi costituzionali – visto che la scorciatoia del decreto-legge era preclusa – avrebbe dovuto *semplicemente* ed *immediatamente* approvare un disegno di legge (che non fosse, com'è, illiberale-incostituzionale).

Prescindendo poi dalle reali forme con cui il Capo dello Stato è stato informato della decisione-provocazione operata dal Consiglio dei ministri, il picco degli sgarbi istituzionali è stato raggiunto durante la conferenza-stampa del Presidente del Consiglio, nel corso della quale sono echeggiati toni e argomenti che riporto non senza sgomento.

Sorvolo pietosamente su alcune stucchevoli indicazioni rivolte alla povera donna in stato vegetativo («potrebbe in ipotesi generare dei figli»). Resta il fatto che si accusa il Quirinale «della vera e propria uccisione di un essere umano» e si lamenta la presunta «innovazione» da esso introdotta: quella di intervenire «in corso d'opera del Consiglio dei ministri [...] anticipando la decisione sulla necessità ed urgenza [...] assegnata alla responsabilità di governo». È evidente invece che: a) nessuna innovazione era stata introdotta; b) il Capo dello Stato si era ben guardato dall'intervenire nel Consiglio dei ministri, limitandosi a fare una comunicazione riservata al Presidente del Consiglio, che avrebbe dovuto tenerne conto; c) il diniego non era fondato semplicemente sulla mancanza dei presupposti di necessità ed urgenza. Ma Berlusconi non si ferma qui: minaccia che – in mancanza della firma di Napolitano (come se già non sapesse che mai sarebbe arrivata) – «noi inviteremmo immediatamente il Parlamento a riunirsi *ad horas* e varare la norma in due, tre giorni» (e già nel PdL si parla – incredibile, di fronte a un

²⁰ Qualcuno ha parlato addirittura di uno “schiaffo” al Quirinale: cfr. G. AZZARITI, *Un inquietante schiaffo al Presidente della Repubblica*, in *Costituzionalismo.it* del 6 febbraio 2009.

provvedimento legislativo di questo rilievo – di procedere per via decentrata, ossia attraverso Commissione in sede deliberante). Pare che il *Premier* abbia detto anche: «Sono disposto a tener aperto il Parlamento anche di notte»²¹ (come se tale supremo organo costituzionale fosse una sua *dépendance*). Non gli basta: di fronte a un Parlamento considerato lento e insabbiatore (il solito bivacco di manipoli), in una sorta di delirio di onnipotenza, il Presidente del Consiglio fa uno sperficato elogio del decreto-legge quale strumento (sembrirebbe più ordinario che straordinario) di governo, al punto che «se non ci fosse la possibilità di ricorrervi tornerei dal popolo a chiedere il cambiamento della Costituzione». Più tardi, della Carta del 1948, dirà addirittura: «si tratta di una legge di molti anni fa, approvata sotto l'influenza della fine di una dittatura e con il contributo di forze ideologizzate che hanno guardato alla Costituzione sovietica come modello»²². Il tutto non senza avere pure *benevolmente* escluso di procedere all'*impeachment* del Capo dello Stato.

Sopraspedendo su quest'ultimo rilievo – che non esito a definire una *boutade*, rispetto alla vera natura del giudizio d'accusa²³ – se davvero il Presidente del Consiglio avesse ritenuto il comportamento del Capo dello Stato “invasivo” dei poteri del Governo, allora avrebbe dovuto sollevare conflitto di attribuzione contro di lui alla Corte costituzionale. Perché non lo ha fatto? Certo non per alto senso di responsabilità e per evitare un conflitto ad alto livello istituzionale, conflitto che invece polemicamente è stato ricercato, ma purtroppo non sul terreno *giuridico* suo proprio, bensì sul diverso piano *politico-mediatico*. Evidentemente il *Premier* non si fida della Corte costituzionale, che non sembra ancora sufficientemente addomesticata²⁴. E certo induce a riflettere il rapporto che quest'esecutivo sembra avere, a questo punto, con “tutti” gli organi di garanzia costituzionale.

Ora, è senz'altro evidente che l'attuale Primo ministro italiano è a capo di una coalizione molto forte, la quale dispone di una schiacciante maggioranza in seggi alla Camera e al Senato, con tanti parlamentari-soldatini obbedienti, visto che il sistema elettorale proprio da lui voluto – che, a tacer d'altro, preclude ai cittadini la scelta dei candidati – li vede praticamente tutti in balia dei capipartito, che li hanno scelti anche per le loro qualità di *yesmen* (le stesse qualità che, in questa occasione, hanno dimostrato di avere anche i nostri ministri). Ma se purtroppo tutto ciò è vero, bisognerebbe comunque spiegare al Presidente del Consiglio che lui non ha – come pure lascia intendere tra le righe – il potere di convocare le Camere, né di sciogliere il Parlamento, né tantomeno di promuovere la messa in stato d'accusa del Capo dello Stato. E che un minimo di reminiscenze storiche e di buon gusto, soprattutto in Italia – il cui ordinamento, fino a prova del contrario, resta ancora quello di uno Stato costituzionale – sconsigliano vivamente l'esaltazione della decretazione d'urgenza quale strumento fisiologico di normazione del Governo, come pure sconsigliano il richiamo populistico alla sovranità popolare quale unica fonte di legittimazione del potere²⁵, visto che – come ci insegna il costituzionalismo di tutti i tempi – la *major pars* non sempre è la *melior pars*. Insomma,

²¹ Cfr. l'articolo di M. GALLUZZO sul *Corriere della Sera* del 7 febbraio 2009, 3.

²² Cfr., per es., *La Stampa* dell'8 febbraio 2009, 2. Un netto dissenso su tali singolari affermazioni viene ora dal “costituente” Sen. G. ANDREOTTI (Interviste in *La Repubblica* del 8 febbraio 2009, 3 in *Corriere della Sera* del 8 febbraio 2009, 2).

²³ Sulla quale v. invece, ora, A. SPADARO, *Sub art. 90 e Sub art. 134, 3° alinea*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti, Torino Utet 2006, rispettz. Vol. II, 1752 ss. e Vol. III, 2615 ss.

²⁴ La quale, fra l'altro, di recente ha dato ragione, non al Ministro, ma proprio al Capo dello Stato, in materia di grazia: per indicazioni bibl. sul punto cfr. ora A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, IV ed., Torino, Giappichelli 2009, 252.

²⁵ Legittimazione che, nello Stato costituzionale, invece è – e deve essere – “plurale”. Cfr. A. SPADARO, *Sulle tre forme di “legittimazione” (scientifica, costituzionale e democratica) delle decisioni nello Stato costituzionale contemporaneo*, in Aa.Vv., *Biotecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, a cura di A. D'Aloia, Torino Giappichelli 2006, 569 ss.

bisognerebbe ricordare a chi ci governa che esiste la Costituzione, la quale sarà scomoda (come tutte le forme di auto-limitazione del sovrano)²⁶, ma rimane anche una garanzia persino per chi tende a scavalcarla.

In conclusione: provocazione e ricerca dello scontro con il Capo dello Stato, sgarbi istituzionali, appello populistico al popolo, toni cesaristici e deriva plebiscitaria. Francamente neanche chi scrive – che da tempo ha stigmatizzato stile e cultura dell'attuale classe politica di maggioranza²⁷ – pensava si sarebbe mai arrivati a tanto. E forse non abbiamo *ancora* visto il peggio²⁸.

5. Conclusioni

Le vicende connesse allo stato di malattia e alla fine della vita – come ogni “situazione- limite” che, prima o poi, riguarda intimamente tutti²⁹ – dovrebbero indurre a un naturale riserbo e a un profondo rispetto per chi, direttamente o indirettamente, vi è coinvolto, prendendo umilmente atto della “unicità” appunto di ogni situazione concreta. Tuttavia il clamore mediatico, non senza disinformazione, intorno a un caso specifico certo non aiuta la formazione di una buona opinione pubblica, la quale – di fronte a temi così complessi – spesso è soggetta persino ad involontaria manipolazione. Per altro, è difficile dubitare della “buona fede” di moltissime persone, schierate a sostegno di tesi estreme contrapposte: la *pietà* di una “buona” morte volontaria, la *sacralità* di “ogni” stato di vita, quale che sia.

Anche per questo lo Stato non può restare indifferente. Ma uno Stato *costituzionale* non ha molte vie alternative a quella che rispetta la “libertà” di ciascuno, cercando di evitare *situazioni irragionevoli*, ossia eccessi autoritativi, quali potrebbero essere – da un lato – l’obbligo per il personale medico di effettuare pratiche eutanasiche attive e – dall’altro – l’obbligo per il malato, che avesse espresso scientemente un diverso avviso, di vivere-sopravvivere qualunque sia il suo stato. È il terreno, questo, del rispetto della libertà di coscienza di ciascuno e delle dichiarazioni anticipate di trattamento, su cui si può molto e fecondamente lavorare.

Invece di favorire appunto il dialogo pacato e la ricerca di soluzioni legislative condivise, liberali e ragionevoli – dunque non incostituzionali – si è preferito percorrere un'altra strada, invitando il Capo dello Stato a imboccare una scorciatoia impercorribile.

È lecito chiedersi “perché” *Premier* e Governo abbiano scelto, in quest’occasione più che in altri momenti, la linea dura qui fuggacemente ricordata. Le ragioni possono essere le più varie, ma certo non sembrano ispirate a motivazioni realmente etico-religiose né squisitamente giuridico-costituzionali, quanto strettamente *politiche*: per la necessità, di fronte a una crisi economica terribile e difficilmente gestibile, di distogliere l’attenzione dell’opinione pubblica³⁰? Per «offrire rassicurazioni agli esponenti di una potenza

²⁶ Fra tanti cfr. da ultimo, se si vuole, la nostra voce *Costituzione (Dottrine generali)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, vol. II, Milano Giuffrè 2006, 1630 ss.

²⁷ Cfr. A. SPADARO, *Dal partito-azienda allo Stato-azienda, al Governo “comitato d'affari?” Un passaggio “difficile” della transizione italiana*, in *Ragion pratica*, n. 19/2002, 287 ss.; Id., *Il fenomeno della pubblicizzazione degli interessi privati e, di riflesso, della privatizzazione degli interessi pubblici: una piccola introduzione sulla crisi dell’“etica pubblica costituzionale”*, in AA.VV., *Diritto e potere nell’Italia di oggi*, a cura di A. Pizzorusso - C. Rippepe - R. Romboli, Torino Giappichelli 2004, 9 ss.

²⁸ Cfr. F. LANCHESTER, *Le istituzioni surriscaldate e i pericoli della disidratazione*, in *Federalismi.it* (9 febbraio 2009).

²⁹ Sul concetto di “situazione-limite” cfr. ovviamente K. JASPER, *Psychologie der Weltanschauungen* (1919-1925), trad. it. Roma 1950, Cap. III, par. 2. Per un’applicazione filosofico-giuridica del concetto, cfr. D. FARIAS, *Idealità e indeterminatezza dei principi costituzionali*, Milano Giuffrè 1981, 429 ss.

³⁰ Un cenno in E. SCALFARI, *Non poteva esserci scempio più atroce*, in *La Repubblica* dell’8 febbraio 2009, 1 e 25.

straniera», ossia al Vaticano³¹? In vista di una anticipazione della corsa al Quirinale? Con lo scopo, più o meno illusorio, di conquistare la maggior parte del voto cattolico? Per l'idea, anch'essa illusoria, che – sulla base dei soliti sondaggi – si possa cavalcare l'opinione pubblica (la quale pare, invece, profondamente divisa)? Naturalmente nessuno può dare una risposta certa e, forse, nemmeno interessa davvero il giurista.

Ma certo i giuristi-costituzionalisti devono cercare di rispondere alla domanda se il Capo dello Stato *può* rifiutarsi di emanare un decreto-legge. Si badi: qui si sta parlando di un decreto che introduce una disciplina illiberale (e dunque incostituzionale) che “obbligava” tutti a un *trattamento sanitario invasivo*, normativa che – ci sarà pure qualche ragione – nei termini configurati, anche nel susseguente disegno di legge, non esiste in nessun altro Paese al mondo³².

Chi scrive aveva sostenuto – per fortuna in tempi non sospetti: ben 16 anni fa – argomentandola, la tesi che fosse possibile al Capo dello Stato il *rifiuto*, non solo di autorizzare disegni di legge (ex art. 87, IV c., Cost.) e promulgare leggi (ex art. 74 Cost.), ma anche di emanare decreti-legge, nonostante il silenzio della Costituzione³³. Ciò in ragione della diversa e precipua funzione di garanzia che, in armonia e collaborazione con la Corte, egli è chiamato a svolgere. Sostenevo, in particolare, che «al Presidente della Repubblica – in quanto organo cui sono imputati quasi tutti gli atti fondamentali dello Stato (da lui autorizzati/emanati/promulgati) – spetti “soprattutto” l'altissima funzione di *garante della Costituzione* [...segnatamente sotto forma di...] garante *preventivo* dell'equilibrio razionalizzato fra i poteri [...], mentre spettasse alla Corte “prevalentemente” la funzione di *custode della Costituzione* [...] attraverso – ordinariamente – un controllo *successivo* sugli atti dell'ordinamento di volta in volta ad essa sottoposti»³⁴, giungendo a configurare la costituzione del Presidente come parte passiva in conflitto per interposto potere³⁵.

In tale contesto, precorrendo involontariamente i tempi, ipotizzavo proprio il caso ora verificatosi, immaginando appunto un potere di rifiuto del Presidente di fronte ad atti «*anti-costituzionali* e non semplicemente *in-costituzionali* e, in particolare, laddove apparissero gravemente e irrimediabilmente lesivi delle competenze costituzionali di un

³¹ Come iperbolicamente ha sostenuto S. RODOTÀ, *Giornata nera per la Repubblica*, in *La Repubblica* del 7 febbraio 2009, 25.

³² In merito cfr. ancora D. NERI, *Audizione* cit. in nt. 9. Osserva pure lo storico della scienza P. ROSSI (Intervista in *Corriere della Sera* del 10 febbraio 2009, 9): «Nessuno può essere obbligato a un trattamento sanitario che non vuole: è un diritto riconosciuto dalla Convenzione europea e dalla Costituzione».

³³ Cfr. A. SPADARO, *Prime considerazioni sul Presidente della Repubblica quale garante preventivo della Costituzione ed eventuale parte passiva in un conflitto per interposto potere*, in AA.VV., *La Corte costituzionale e gli altri poteri dello Stato*, a cura di A. Anzon, B. Caravita, M. Luciani e M. Volpi, Torino Giappichelli 1993, 285 ss., poi in *Pol. dir.*, n. 2/1993, 219 ss.

³⁴ Cfr. *ibidem*, 221.

³⁵ Cfr. *ibidem*, 223 e 227 s., dove – fra l'altro sostenevo: «Sotto questo profilo, si potrebbe addirittura parlare di un *dovere* del Capo dello Stato [...sicché...] a parer nostro, il Capo dello Stato: a) nel caso di decreti-legge o disegni di legge governativi meramente *illegittimi* o *in-costituzionali*, non può non – rispettivamente – emanarli o autorizzarne la presentazione, riservandosi la facoltà (eventualmente anche “preavvisando” l'Esecutivo) – laddove essi vengano convertiti/approvati – di “rinviare” alle Camere la relativa legge che, tuttavia, se riapprovata, egli dovrà comunque promulgare, lasciando che – se adita – la Corte costituzionale ne accerti e dichiari l'illegittimità; b) nel caso invece di decreti-legge o disegni di legge governativi *anti-costituzionali* – e, in particolare, lesivi di attribuzioni costituzionalmente protette di altri poteri – dovrà rifiutarsi, appunto quale garante “preventivo” dell’“equilibrio costituzionale” fra i poteri, rispettivamente di emanarli o di autorizzarne la presentazione, accettando di costituirsi quale parte passiva nell'eventuale conflitto di attribuzione contro di lui sollevato dal Governo e dando luogo, così, a un caso di *conflitto per interposto potere*; c) nel caso infine di leggi, realisticamente non di iniziativa governativa, *in-costituzionali* o – ch'è diverso – *anti-costituzionali* (in particolare lesive del ricordato principio di equilibrio costituzionale fra i poteri) dovrà rispettivamente: “rinviare” alle Camere temporaneamente le prime (dovendo promulgarle, nell'ipotesi di riapprovazione) e, viceversa, “rinviare” alle Camere definitivamente le seconde, potendo comunque rifiutarsi di promulgarle, se riapprovate (anche in questo caso, costituendosi quale parte passiva nel conflitto per interposto potere contro di lui eventualmente sollevato dal Parlamento)».

altro potere dello Stato (per esempio: dell'autonomia e indipendenza della magistratura)»³⁶.

Naturalmente non riporto qui, ora, le varie argomentazioni addotte a sostegno di quella tesi, cui senz'altro rinvio. Si trattava, all'epoca, di un'"ipotesi di scuola", ma – come si vede – in Italia serve sempre fare anche ipotesi di scuola, visto che soprattutto di questi tempi la realtà supera spesso la fantasia. Mi limito a dire che la storia costituzionale italiana sostanzialmente ha confermato la bontà di quell'impostazione, al punto che oggi più che mai il Presidente della Repubblica e la Corte costituzionale sono chiamati a lavorare *insieme*, "integrando" le loro (diverse e sussidiarie) funzioni – preventiva e successiva – di custodia dei valori della Carta, in un sistema che per varie ragioni, altrove indicate, può essere definito "consolato di garanzia"³⁷.

Diceva il Presidente Sandro Pertini che – per valutare i comportamenti di una persona, senza cedere a pregiudizi – non si deve vedere "da dove viene un uomo, ma dove va". Bene, proprio con questo spirito – se non mi sento di condividere tutto il passato politico di Giorgio Napolitano, la cui originaria parte politica ha subito la lezione della storia – non ho difficoltà a dire che come cittadino, come costituzionalista (e come uomo di fede) mi sento largamente garantito dall'attuale Presidente della Repubblica, la cui statura intellettuale, il cui tratto pacato e gentile e il cui equilibrio costituzionale ben poco hanno a che fare con lo stile di buona parte dell'attuale classe politica, nei cui confronti la stessa storia, temo, sarà ben poco indulgente.

³⁶ Cfr. *ibidem*, 222. Di un potere di «veto assoluto» in «casi estremi» parla ora anche V. ONIDA, Intervista in *// Messaggero*, del 9 febbraio 2009, 5.

³⁷ Cfr. A. SPADARO, *Storia di un "consolato" di garanzia: il Presidente-garante e la Corte-custode a cinquant'anni dall'inizio dell'attività della Consulta*, in AA.VV., *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*, a cura di A. Ruggeri, Napoli ESI 2006, 597 ss.