

## Il “caso Englaro”: un viaggio alle origini dello Stato di diritto e ritorno

di Tania Groppi

(intervento al Seminario di ASTRID sul “caso Englaro”)

### 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.

### 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, affermatosi 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) può essere ricondotto all'art.13 della Costituzione, ovvero al più classico e antico dei diritti della

“prima generazione”, la libertà personale, nella quale “è postulata la sfera di esplicazione del potere della persona di disporre del proprio corpo”.

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

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.

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 *facere*).

Un ruolo che si dovrebbe esplicitare in primo luogo attraverso la riserva di legge: è questo 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.

## *2.2. Il circuito delle garanzie*

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

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"*, ha rifiutato di emanare il decreto-legge volto a rendere inoperanti le decisioni giudiziarie, approvato dal governo senza tenere in conto gli informali rilievi presidenziali. In questo caso il Capo dello Stato si è fatto garante dei corretti rapporti tra i poteri almeno in due sensi. Da un lato in quanto ha difeso la sfera del potere giudiziario da un intervento normativo finalizzato ad incidere sul giudicato, in violazione di un principio cardine dello Stato di diritto, ripetutamente affermato dalla Corte costituzionale. 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.

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. 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.

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.

Mi pare però che soltanto in parte le motivazioni che hanno spinto il potere politico ad una reazione così giuridicamente scomposta 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.

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*.

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.

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”. Essa costituisce un tentativo, l’ennesimo, di arginare l’avvento di una diversa concezione, propria dello Stato costituzionale, nella quale il diritto non coincide con la legge, ma è il prodotto della coesistenza “mite” di legge, diritti e giustizia.

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

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

La Suprema Corte ha interpretato appieno il ruolo richiesto al giudice nello Stato costituzionale, cogliendo tra l’altro significativi spunti in questa direzione presenti nella giurisprudenza costituzionale. 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. 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.

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

più di frequente in dottrina della tendenza alla diffusione del nostro sistema di giustizia costituzionale 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".

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

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, 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, quello di Piergiorgio Welby, aveva invece rifiutato di svolgere il Tribunale di Roma, il quale, mosso da una diversa concezione del rapporto tra il diritto e la legge, aveva espressamente affermato di essere di fronte a concetti "sì di altissimo contenuto morale e di civiltà e di intensa forza evocativa (primo fra tutti la dignità della persona), ma che sono indeterminati e appartengono ad un campo non ancora regolato dal diritto e non suscettibile di essere riempito dall'intervento del giudice, nemmeno utilizzando i criteri interpretativi che consentono il ricorso all'analogia o ai principi generali dell'ordinamento".

#### *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". 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".

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. 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, 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.

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, nella comprensibile diffidenza per qualsiasi ipotesi di revisione costituzionale, ma a mio avviso non ulteriormente procrastinabile. Le strettoie delle vie di accesso, delle quali lungamente ha discettato la dottrina, oltre a rischiare di inaridire la Corte costituzionale, 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”.

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. 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 collaborazione tra Corte e giudici, 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.

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.

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* siano ritenute ancora attuali e condivisibili.

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

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

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.

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".