

La decisione e la regola.
Prime note su alcune tendenze in atto nel sistema politico
(a margine del caso Englaro)

di Giusi Sorrenti
(25 maggio 2009)

SOMMARIO: 1. Il parallelo. - 2. L'eco lontana... - 3. La vicenda vicina. - 4. Conclusioni.

1. Il parallelo

Più che i profili sostanziali di una vicenda clamorosa, che solleva una mole ingente di interrogativi per il giurista e non solo¹ (ai quali non si potrebbe accennare in queste poche pagine nemmeno in maniera appena soddisfacente), la presente riflessione mira a richiamare l'attenzione su un aspetto collaterale, se si vuole attinente ai profili formali della vicenda, che costituisce solo un tratto peculiare a fronte dell'enormità delle questioni etiche implicate nella storia di Eluana (come tutti ormai familiarmente la chiamiamo).

L'aspetto in esame, tuttavia, pur essendo, come si diceva, sicuramente poco rilevante nel fragore dell'episodio richiamato, desta molto interesse per il giurista e per il costituzionalista in particolare e, sebbene non attenga a diritti dalla percezione immediata e diretta, come quello a decidere delle modalità dignitose della propria morte², che riguardano la vita umana nel suo sostrato innanzitutto biologico, possiede

¹ L'interdisciplinarietà dell'argomento, che si estende dal campo medico a quello filosofico e teologico, fino a quello propriamente giuridico, è testimoniata dall'eterogeneità della letteratura in materia: v. per il primo approccio (in particolare dal punto di vista dell'etica della medicina) P. CATTORINI, *Sotto scacco. Bioetica di fine vita*, Napoli 1993; per il secondo, D. NERI, *Eutanasia. Valori, scelte morali, dignità delle persone*, Bari-Roma, 1995 e M. GENSABELLA FURNARI, *Vulnerabilità e cura. Bioetica ed esperienza del limite*, Soveria Mannelli, (CZ), 2008; per il terzo, M. ARAMINI, *Introduzione alla bioetica*, Milano 2001 ed infine per il quarto C. TRIPODINA, *Il diritto nell'età della tecnica. Il caso dell'eutanasia*, Napoli, 2004, AA.VV., *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale. Atti del Seminario di Parma svoltosi il 19 marzo 2004*, a cura di A. D'Aloia, Torino, 2005, AA.VV., *Testamento biologico: riflessioni di 10 giuristi*, Milano 2005 e F.G. PIZZETTI, *Alle frontiere della vita: il testamento biologico fra valori costituzionali e promozione della persona*, Milano 2008 e, ora, A. CERRI, *Osservazioni in margine al caso Englaro*, in www.astrid-online.it; in chiave sociologica v., infine, A. BORASCHI, L. MANCONI, *Il dolore e la politica. Accanimento terapeutico, testamento biologico, libertà di cura*, Genova 2007.

² È dubbio naturalmente che nella specie un diritto siffatto esista veramente ed in ciò consiste l'*id quod demonstrandum est* dell'intera questione, la quale poi, se pure si desse risposta positiva a tale quesito, dovrebbe ulteriormente svolgersi nel chiarimento di ciò che si intenda per «dignitosa», tappa obbligata che a sua volta apre una serie di strade diverse: il rimando esclusivo, per ogni valutazione sul punto, all'autodeterminazione individuale ovvero il rinvio a *standard* oggettivi, sottratti a scelte del singolo, pur se non immoti ma storicamente condizionati (*amplius*, sul concetto di dignità, v. A. RUGGERI-A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. dir.*, 1991, 343 ss.; P. HÄBERLE, *La dignità umana come fondamento della comunità statale*, ora in *Id.*, *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo. Saggi*, Milano 2003, 7 ss.; G. ROLLA, *Il principio della dignità umana. Dall'art. 10 della Costituzione spagnola al nuovo costituzionalismo iberoamericano*, in AA.VV., *The Spanish Constitution in the European Constitutional Context*, a cura di F. Fernández Segado, Madrid 2003, 1459 ss.; G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*. Intervento al Convegno trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, tenutosi a Roma il 1° ottobre 2007, in www.associazionedeicostituzionalisti.it; M. ZANICHELLI, *Il significato dei diritti fondamentali*, in AA.VV., *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, a cura di

un indubbio significativo rilievo, in quanto concerne – dipanandosi in un arco temporale più ampio di una vita e collocandosi nei tempi lunghi consoni al dispiegarsi di movimenti culturali, politici, storici, o in una parola spirituali – la nostra condizione di *cives*, delimitata, definita e sostanziata dal rapporto tra autorità e libertà.

Il riferimento appena fatto all'autorità può far pensare che qui si intenda offrire una riflessione sul tema che può essere indicato, in via di prima approssimazione, come il tasso di statalismo di un sistema, che ci si voglia cioè interrogare su quale sia la misura legittima di intervento o ingerenza dello Stato, generalmente inteso e, in particolare, considerato nella veste di legislatore, anche rispetto a sfere personalissime, come quella attinente ai profili giuridici emergenti nel momento terminale della vita umana: se sia lecita cioè una iper-regolamentazione normativa, cui non si sottragga alcun aspetto, nemmeno quello più sacrale o intimo dell'esistenza.

La domanda posta in questi termini è troppo semplicistica, se non forse addirittura fuorviante. Non è detto infatti che la regolamentazione di cui nel caso di specie si avvertiva la mancanza rappresentasse un'espressione di statalismo a fronte di una sfera non compressa e non pregiudicata di libera espansione della libertà individuale.

Nel nostro ordinamento in cui esiste, infatti, un S.S.N. che segue regole e protocolli, v'è già una regolamentazione nella cui applicazione si incorre qualora ci si trovi nelle sfortunate condizioni di Eluana: l'intervento normativo che si invoca dunque vorrebbe proprio far riguadagnare spazio ad un ambito di libertà che già si reputa – a torto o a ragione, in questo contesto non rileva – circoscritto.

Ma non è in questi termini che qui si è evocato il rapporto tra autorità e libertà, bensì con riferimento ad alcuni segnali che sembrano avallare la posizione di quanti oggi intravedono tratti dispotici nel volto del potere politico in atto o di cui si profila il consolidamento.

I profili dell'attuale assetto costituzionale che sembrano subire una torsione e che attirano l'attenzione degli studiosi sono molteplici: dall'attacco al Capo dello Stato ed in genere dall'indebolimento delle istituzioni di garanzia³; alla tendenza ad imprimere al Governo un funzionamento improntato al principio monocratico, piuttosto che a quello collegiale; fino all'uso di contingentare *ad horas* il Parlamento⁴. Essi coinvolgono direttamente e consistentemente istituti salienti della forma di governo e si riflettono altresì sulla stessa forma di Stato, ma ad avviso di chi scrive non mancano di avere

M. Cartabia, Bologna 2007, 529 ss.; AA.VV., *La tutela della dignità dell'uomo*, a cura di E. Ceccherini, Napoli 2008; A. RUGGERI, *Prospettive di aggiornamento del catalogo costituzionale dei diritti fondamentali*, in Id., *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti*, XII, *Studi dell'anno 2008*, Torino 2009, 227 ss.).

Parimenti evocato in campo un altro aspetto, di portata più generale: il diritto a rifiutare le cure, che è prevalentemente riconosciuto nel nostro ordinamento (v. L. CHIEFFI, *Il diritto alla salute alle soglie del terzo millennio. Profili di ordine etico, giuridico ed economico*, Torino, 2003), ma che si basa sulle condizioni atte ad esprimere un consenso libero e informato, di difficile realizzazione e verifica. In merito v. il parere del Comitato Nazionale per la Bioetica del 24 ottobre 2008 sul tema del "Rifiuto e rinuncia consapevole al trattamento sanitario nella relazione paziente-medico", che attiene espressamente alla situazione del paziente cosciente e capace di intendere e di volere e non a quella del paziente incapace di esprimere una scelta consapevole.

Su quest'ultimo specifico punto, qualche cautela viene invece dal parere assunto dallo stesso Comitato il 30 settembre 2005, nel quale si reputa la nutrizione ed idratazione artificiale, non quale terapia medica, bensì quale ordinario mezzo di sostentamento, la cui interruzione sarebbe qualificabile alla stregua di un atto di "abbandono" del malato (eccezion fatta per il caso di sopravvenuta incapacità di assimilazione delle sostanze nutritive somministrate da parte dell'organismo). In merito, v. ora C. CASONATO, *Riflessioni sul fine vite. La tutela multilivello dell'autodeterminazione individuale*, in www.astrid-online.it.

³ A. SPADARO, *Può il Presidente della Repubblica rifiutarsi di emanare un decreto-legge?*, in www.forumcostituzionale.it, part. 10 s.

⁴ F. LANCHESTER, *Le istituzioni surriscaldate e i pericoli della disidratazione*, in www.federalismi.it, 3/2009, 2.

ripercussioni ad un livello ulteriore e, se si vuole, ancora più ampio. Come in una serie di cerchi concentrici, infatti, i fenomeni in corso danno vita ad effetti che sono più evidenti e immediatamente percepibili nelle vicinanze del punto di impatto e che si fanno via via più lievi, sfumati e quasi impercettibili man mano che ci sia allontana da esso, andando a lambire, non più (soltanto) i rapporti tra organi costituzionali, ma appunto i rapporti tra autorità e libertà, riguardati però da un'angolazione peculiare, quella della stessa concezione del diritto sottesa ai contingenti episodi. A me pare, infatti, che anche su questo piano più distante e remoto, di stampo prettamente teorico-generale, le dinamiche in corso stiano adombrando alcune trasformazioni.

Naturalmente, solo una grande quantità di dati (e ben altra trattazione) consentirebbe quell'esame ad ampio raggio necessario a qualsiasi discussione che si voglia condurre sulla concezione del diritto accolta nel presente, ciò che esula del tutto dallo scopo delle presenti brevi osservazioni. La tesi che qui si sostiene consiste, più modestamente, nell'affermare, non quale sia la concezione del diritto idonea a descrivere la realtà giuridica oggi operante (e dunque corrispondente ad essa), bensì che vi sia una stupefacente consonanza e fedeltà di aspetti tra *talune*, sempre però più frequenti, vicende in atto ed una *certa* concezione del diritto, che quindi appare riecheggiare in essi (senza alcuna pretesa invece di asserire che tale concezione sia quella che si è affermata o che si sta affermando, ciò che richiederebbe come si diceva una ben più ampia e documentata indagine).

Quello che spinge a proporre questa analisi è insomma la straordinaria somiglianza che pare di poter ravvisare tra la preannunciata concezione del diritto e della politica e la visione che sembra schiudersi dietro gli avvenimenti dei nostri giorni.

La concezione di cui si parla è il decisionismo giuridico, nella versione datane compiutamente da Carl Schmitt e formulabile con estrema sintesi concettuale nell'assunto per cui «la decisione produce diritto indipendentemente dalla sua adesione alla regola»⁵: indifferenza ai contenuti ovvero carattere ultimativo e solo formale della decisione politica che costituiscono, come è noto, un tratto distintivo inconfondibile del volto del sovrano⁶.

Secondo il pensiero del politologo tedesco, colto in alcuni suoi tratti essenziali, «giuridicamente, si può rintracciare il fondamento ultimo di tutto ciò che ha validità e valore giuridico in un processo della volontà, in una decisione, che è in grado essa sola, in quanto decisione, di creare "diritto" e la cui "forza giuridica" non può essere derivata dalla forza giuridica di regole precedenti, relative alla decisione medesima», perché «anche una decisione non corrispondente alla regola crea diritto» e «questa forza di decisioni contrarie alla norma è propria di ogni "ordinamento giuridico"». Implicita è l'«idea consapevole di un disordine totale, di un caos, che può essere tramutato in legge e ordine non per mezzo di una norma, ma solo grazie ad una semplice decisione»⁷.

Gli episodi contingenti registrabili nella vicenda Englaro, cui si accennava, sono nella specie l'adozione di una sorta di "atto di indirizzo" del Ministro del lavoro, della salute e delle politiche sociali Sacconi, il 16 dicembre 2008, con il quale si pretende di interferire sull'attività delle Regioni e delle Province autonome di Trento e di Bolzano in ordine all'esecuzione della sentenza emessa dalla Corte d'Appello di Milano e l'approvazione del decreto-legge sui limiti dei trattamenti medici praticabili sulle persone versanti nella situazione di stato vegetativo persistente, avvenuta il 6 febbraio 2009 in seno al Consiglio dei Ministri, nell'ambito della stessa vicenda.

⁵ C. SCHMITT, *I tre tipi di pensiero giuridico*, in Id., *Le categorie del "politico"*, Bologna 1972, 247 ss., 261.

⁶ G. SILVESTRI, *Lo Stato senza principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Torino 2005, 18 ss.

⁷ C. SCHMITT, *I tre tipi di pensiero giuridico*, cit., 261 s.

Questi atti sono infatti stigmatizzabili per l'essere adottati in mancanza di fondamento giuridico o comunque provvisti di un fondamento alquanto labile e discutibile, per quanto accompagnati dalla rivendicazione di una considerevole forza politica, invocata appellandosi ad un'altrettanto imponente operazione mediatica. Tutti politici dunque la loro legittimazione e il fondamento della loro osservanza, in ombra invece la previa adesione ad una "regola", in particolare il rispetto delle stesse norme costituzionali o di elementari canoni giuridici (che entrano a comporre la stessa «grammatica giuridica», come è stato dichiarato)⁸. Anzi, e paradossalmente, minore si profilava l'adesione alla previa regola, maggiori si delineavano in sedi istituzionali l'efficacia e l'obbligo di rispetto che da essi sarebbero dovuti scaturire, in quanto manifestazioni di volontà di un potere – all'evidenza insofferente alle regole – legittimato dal consenso popolare, in senso diacronico e sincronico se si vuole, cioè in quanto espressione delle forze politiche risultate ieri maggioritarie in seguito alle elezioni politiche e sostenute oggi da un'opinione pubblica roboante⁹.

Prima di addentrarsi nel raffronto, è d'obbligo una precisazione. È noto che Schmitt riferisce il ruolo della decisione sovrana ad una particolare condizione storico-giuridica, costituita dallo "stato d'eccezione", come situazione fondatrice di un ordinamento, in cui si dispiega nella sua pienezza il potere costituente.

I tratti della decisione che l'A. ipotizza sono quindi rinvenibili in tale peculiare, anzi per definizione "eccezionale", condizione storica, che precede la vita di un ordinamento, e non si riscontrano invece nella fase successiva, il fisiologico sviluppo di un sistema giuridico ormai avviato.

Tuttavia e ciononostante, non sembra venir del tutto meno la praticabilità di un confronto con il momento attuale, in cui si verserebbe fuori dal contesto di un potere costituente. Quella costruzione, infatti, pur riguardando solo un momento (quello originario e fondativo, come si è detto) dell'ordinamento, non è ad esso rigidamente circoscrivibile, in quanto sembra al contempo offrire una *generale* concezione del diritto, come mostra il fatto che la decisione sovrana, lungi dallo scomparire (lasciando dietro de sé solo poteri giuridicamente delimitati dall'atto costituente) rimane latente e sotterranea nel corso della seconda fase, ad ordine giuridico instauratosi, potendo proprio perciò sempre riaffiorare in particolari condizioni. C'è in altri termini una unitarietà nella visione schmittiana, che consiste, si potrebbe dire, nel dare un certo ordine di prevalenza ad alcune fondamentali componenti del fenomeno giuridico, per cui, in estrema sintesi, non è più il diritto a fondare il potere, bensì il potere a fondare il diritto (ciò che accade in ultima analisi, come si è rilevato, anche nel periodo fisiologico di vita di un sistema giuridico, sia pure solo in potenza).

Qui insomma il raffronto non si pone con lo stato d'eccezione originario (o con quel particolare momento di crisi successivo, che mette a rischio la stabilità e la conservazione dell'ordine dato), bensì con i tratti decisionistici propri della concezione giuridico-politica in discorso e costanti, come si diceva, in essa, che sono insiti in particolare nel diverso peso che si dà alle suddette componenti del fenomeno giuridico, nel modo in cui si gradua il rapporto tra di esse e nell'ordine di prevalenza che tra le stesse si instaura.

⁸ S. RODOTÀ, *Il diritto calpestato*, in *La Repubblica*, 17 gennaio 2009.

⁹ V. per tutti A. RAUTI, "Sfera pubblica" e democrazia nella giurisprudenza della Consulta. Prime notazioni in tema di pluralismo e "libera formazione" dell'opinione pubblica, in AA.VV., *Scritti dei dottorandi in onore di Alessandro Pizzorusso*, Torino 2005, 83 ss. e, dello stesso A., *Il "diritto" alla reputazione del singolo di fronte al "tribunale" dell'opinione pubblica: la Corte costituzionale nelle vesti del barone di Münchhausen*, in *Corte costituzionale e processi di decisione politica*, a cura di V. Tondi della Mura, M. Carducci, R.G. Rodio, Torino 2005, 617 ss.

2. L'eco lontana...

La teoria decisionista di Schmitt contempla come scenario originario, come si è detto, una situazione di "caos".

Tale «caos o disordine totale» consiste intanto in una condizione materiale, equiparabile alla guerra civile che ha dilaniato gran parte del Cinquecento e che ha determinato il delinearsi del pensiero di Hobbes e della figura dello Stato-Leviatano.

Ma esso equivale, nondimeno, ad una condizione spirituale, che è contrassegnata da un "vuoto" di legittimità cui corrisponde un'"ansia" morale ed una necessità sociale di ristabilire l'ordine. In questa tensione estrema è ravvisabile la situazione di eccezionalità che è «la categoria fondamentale del politico», ovvero il suo presupposto originario imprescindibile.

È noto come quel "vuoto", per Schmitt, si sia progressivamente costruito attraverso un processo di successive neutralizzazioni, svoltosi in quattro fasi, che abbracciano quattro secoli di sviluppo della vita spirituale europea. Tali fasi corrispondono all'assunzione di distinti centri di riferimento (nel senso del mutamento delle élites-guida, delle loro convinzioni e principi di azione, dei segreti del loro successo, della disponibilità delle masse a lasciarsi influenzare da certe suggestioni)¹⁰ e nella loro successiva neutralizzazione (prima di passare ad un nuovo concetto-guida fondamentale), che avviene quando ciascuno di essi cessa, volta per volta, «di essere il centro, perché campo di lotta, e si crea un nuovo terreno neutrale, in cui trovare quel minimo di accordo e di premesse comuni che permettano sicurezza, comprensione e pace». L'umanità si è sempre caratterizzata infatti per l'eterna ricerca di «un terreno neutrale dove fosse possibile intendersi, unirsi»¹¹.

L'ultima fase di secolarizzazione, quella che apre il passo alla tecnica non è, però, come le altre, segnando il declino della civiltà stessa, approdata con il dominio tecnologico al «nulla spirituale»¹², il che spiega anche il «terrore per le nuove classi e masse che sorgevano sulla *tabula rasa* creata dall'inarrestabile diffusione della tecnica»¹³.

Di qui il vuoto di cui si parlava, provocato dall'infrangersi di certezze secolarmente costruite e contrassegnato a livello ideologico dalla «posizione del "dubbio"»¹⁴, ovvero del distacco da ogni tradizione, dalle rappresentazioni tramandate, che spinge ad abbandonare i comportamenti tradizionali.

Su questo sfondo e in questa temperie si diffonde il senso dell'eccezionalità, sostanziato di tutte «le insicurezze esistenziali ed i timori concreti» tipici di un'età di

¹⁰ Così, quasi testualmente, C. SCHMITT, *Il concetto di "politico"*, in Id., *Le categorie del "politico"*, cit., 170.

¹¹ Id., *Il concetto di "politico"*, cit., 176.

È noto, altresì, che la sequenza dei centri di riferimento e dei rispettivi processi di neutralizzazione-secolarizzazione vede nel XVI secolo l'affermarsi del dominio della teologia, nel XVII quello della metafisica, nel XVIII quello della ragione e della morale, nel XIX dell'economia, per giungere, infine, nel XX – secolo in cui l'Autore scrive – alla centralità della tecnica (v. Id., *Il concetto di "politico"*, cit., 171 ss.).

A tutto si associa la «neutralizzazione della decisione politica», con la metamorfosi dello Stato che ne è il titolare, divenuto una «azienda burocratica» (C. BONVECCHIO, *Decisionismo. La dottrina politica di Carl Schmitt*, Milano 1984, 89).

¹² Id., *Il concetto di "politico"*, cit., 180.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ C. BONVECCHIO, *Decisionismo*, cit., 108.

transizione¹⁵. Non esistendo tuttavia più una *veritas* cui appellarsi e da cui provenga la legittimità, ciascuno può dare la propria *veritas*, se ha la forza di imporla¹⁶.

Lo stato di eccezione come categoria fondamentale del politico porta dunque all'irrompere della sovranità concepita come volontà priva di costruzione normativa, del tutto in antitesi con la norma sovrana di Kelsen e del positivismo giuridico.

Schmitt attacca frontalmente e a fondo il formalismo giuridico in cui la norma tende ad assorbire eventuali situazioni di eccezione (e con esso il razionalismo giuridico di derivazione neokantiana di Kelsen): «la legge distrugge con questa sovranità della legge il concreto ordine del re o del capo»¹⁷. Egli ritiene sommamente illogico, in breve, che la normalità sia ritenuta capace di contenere l'eccezione¹⁸, laddove è valido invece proprio l'inverso, che l'eccezionalità dia legittimità al sistema delle regole e lo rafforzi.

Pertanto, «lo stato eccezione ha per la giurisprudenza un significato analogo al miracolo per la teologia»¹⁹, in quanto si pone a un livello più alto, inspiegabile per il sistema normativo e, tuttavia, nel contempo, vale proprio, rinsaldando gli animi, a consentire la ripresa e la prosecuzione della normalità.

Questa teoria è considerata tanto più eminente quanto più la disgregazione e frammentazione politica mette in discussione, deteriorando e logorando la normalità, lo stesso sistema normativo.

Vi sono altri contenuti rilevanti nella concezione in discorso, come per esempio quello per cui la risoluzione decisionistica di ogni controversia è considerata, principalmente, unificazione, ossia riconduzione ad unità del diviso e del disperso. Tale unità politica, che caratterizza lo Stato, ne esclude invece ogni concezione pluralistica, che, riducendolo ad associazione tra le associazioni, nega il suo carattere di centro di riferimento unitario e di conseguenza la sua politicità. Lo Stato politico è quello che dimostra la capacità di realizzare una unità; ma, per ottenere questo esito politico costitutivo, esso deve anche possedere l'abilità di distinguere con chiarezza il nemico dall'amico: tale distinzione è la dimensione «originaria» del politico, in quanto consente di identificare, a livello politico appunto, il proprio avversario – lo “straniero” – colui che minaccia l'unità politica e territoriale²⁰.

È a questo punto del pensiero del politologo tedesco che si pone il problema di definire le qualità che deve possedere l'individuo o il gruppo in grado di dare voce e concretizzare, impersonandola, la decisione. Questo passaggio appare però sfumato in Schmitt, anche se, secondo i commentatori, sembra ravvisabile nella sua concezione «l'immagine del capo con una connotazione carismatica»²¹.

Anche sotto questi aspetti, peraltro, sarebbe interessante condurre un'indagine al fine di individuare eventuali elementi di corrispondenza con la presente esperienza politica ed instaurare con essa un parallelo. Ma, al di là di immediate assonanze e affrettate analogie, solo uno studio dei diversi contesti storico-politico-culturali, impossibile in questa sede, potrebbe rendere fruttuoso simile esame.

Non ci si sofferma qui – perché l'analisi porterebbe troppo lontano – sull'ulteriore aspetto della dottrina di Schmitt che coglie nello Stato un ineliminabile momento di “apertura alla trascendenza”, senza il quale esso si risolverebbe in un «puro esercizio della forza», un «*pactum* senz'anima», ignorando che per i consociati assumono

¹⁵ C. BONVECCHIO, *Decisionismo*, cit., 116.

¹⁶ C. BONVECCHIO, *Decisionismo*, cit., 118.

¹⁷ C. SCHMITT, *I tre tipi di pensiero giuridico*, in *Id.*, *Le categorie del “politico”*, cit., 254.

¹⁸ C. SCHMITT, *Il custode della costituzione* (1931), trad. it. di A. Caracciolo, Milano 1981, 65 s.

¹⁹ C. SCHMITT, *Teologia politica*, in *Id.*, *Le categorie del “politico”*, cit., 61.

²⁰ C. BONVECCHIO, *Decisionismo*, cit., 160 ss.

²¹ C. BONVECCHIO, *op. cit.*, 157.

altrettanta importanza, da un lato, l'ordine e la sicurezza sociali, dall'altro e in egual misura, «un quadro spirituale di riferimento»²². Contesto questo in cui l'Autore riformula e struttura la costruzione hobbesiana nell'elaborazione del famoso *System-Kristall*²³.

3. La vicenda vicina

Gli atti del Governo che hanno accompagnato la vicenda Englaro, sopra citati, determinano, dal canto loro, proprio una frattura del sistema normativo. Per quanto i provvedimenti presi in considerazione siano solo due, essi sono assolutamente rimarchevoli per l'entità stessa dello strappo che comportano.

La prima premessa quindi da cui si muove, per additare gli atti sopra richiamati come esemplificativi della concezione politico-giuridica ora ricordata, consiste nella difficoltà di trovare per essi un fondamento nel sistema legale.

La seconda è che, nonostante ciò, gli stessi non siano prontamente rigettati dal sistema come nulli o invalidi, bensì in qualche misura riescano a fare breccia nel sistema giuridico stesso, trovando evidentemente la rivendicazione della loro legittimità, formulata in sede politica, qualche canale per farsi spazio nell'ordinamento.

Quanto al primo dei due atti (il presunto "atto di indirizzo" del Ministro) si tratta di un provvedimento illegittimo, al cospetto del quadro normativo vigente prima della riforma del Tit. V Cost. e, dopo la revisione costituzionale del 2001, anche incostituzionale. Esso, infatti, si presenta, rispetto al modello *ante* riforma, del tutto carente delle condizioni richieste dalla l. n. 59/1997 (c.d. Bassanini 1) per l'esercizio della funzione statale di indirizzo e coordinamento e, dopo la novella costituzionale, ancor più seriamente discutibile in quanto manifestazione di un potere abolito in seno al nuovo riparto delle competenze tra Stato e Regioni, nonché lesivo di prerogative del Parlamento, il solo oggi abilitato a dettare principi generali (nelle leggi-cornice) in materia sanitaria²⁴.

Il suo contenuto, poi, è dichiaratamente privo di fondamento giuridico, in quanto basato sull'esigenza di rispettare il parere del Comitato nazionale di bioetica, approvato nella seduta plenaria del 30 settembre 2005, privo di valore giuridicamente vincolante, e la Convenzione sui diritti delle persone con disabilità, approvata dall'ONU il 13 dicembre 2006, non ancora pienamente operativa nell'ordinamento italiano e che si riferisce ai trattamenti di idratazione ed alimentazione forzata solo per escludere che essi possano essere obbligatoriamente interrotti (e in alcun modo per negare che gli stessi possano essere sempre legittimamente rifiutati)²⁵.

²² C. BONVECCHIO, *op. cit.*, 187.

²³ Per un commento ed una critica del "cristallo di Hobbes", in particolare del rapporto tra *auctoritas* e *veritas*, v. anche A. SPADARO, *Contributo per una teoria della Costituzione*, I, *Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Milano 1994, 395 ss.

²⁴ Come osserva M. AINIS, *Eluana e i guardiani ubbidienti*, in *La Stampa.it*, 18 dicembre 2008. V. pure, in proposito, S. RODOTÀ, *Il diritto calpestato*, in *La Repubblica*, 17 gennaio 2009; C.F. GROSSO, *Eluana, qui si rompe il principio di legalità*, in *La Stampa*, 19 gennaio 2009; C. SALAZAR, *Riflessioni sul "caso Englaro"*, in www.forumcostituzionale.it, 1.

²⁵ V., sul punto, F.G. PIZZETTI, *L'atto del ministro Sacconi sugli stati vegetativi, nutrizione e idratazione, alla luce dei principî di diritto affermati dalla Cassazione nel caso Englaro*, in www.astrid-online.it, il quale osserva che l'atto ministeriale sembra assegnare un rilievo decisivo alla Convenzione internazionale, nella parte in cui essa vieta ogni discriminazione, quanto all'elargizione del trattamento di idratazione ed alimentazione forzata, tra persone in stato vegetativo e persone che, invece, non versino in tale stato e, quindi, tra persone incapaci e persone, viceversa, capaci: la normativa internazionale dunque, secondo l'A., ad un'attenta ed oculata lettura, esclude l'interruzione del sostegno vitale praticata in ragione della *sola* gravissima menomazione (in quanto ciò consumerebbe appunto un comportamento discriminatorio),

La “forza”, su cui il provvedimento ministeriale poggia, sembra allora riconducibile piuttosto ai risvolti della capacità coercitiva del potere, concretizzatisi nella minaccia della revoca della convenzione (con la relativa perdita di centinaia di posti di lavoro) alla clinica di Udine pronta ad assistere Eluana, dunque alla possibilità materiale di una imposizione politica.

Quanto al secondo atto (il decreto-legge del 6 febbraio 2009), la sua incostituzionalità trapela sotto più profili, evidenziati nella lettera con la quale il Capo dello Stato tendeva a scongiurarne l’approvazione, anticipando i motivi per i quali ne avrebbe rifiutato l’emanazione finale. Tali motivi ruotano intorno a tre ordini di argomentazioni: 1) il difetto dei requisiti costituzionali di straordinaria necessità ed urgenza; 2) il mancato rispetto del principio della separazione dei poteri; 3) l’incidenza su diritti fondamentali, alla cui disciplina risultano più consone le forme maggiormente ponderate della legge ordinaria (quando non pure, preliminarmente, della legge costituzionale).

In riferimento al primo punto, il Governo aveva proposto un testo destinato a regolare tutti i casi in cui si fosse posto un problema di alimentazione ed idratazione artificiale, in cui venivano contemplate cioè regole generali ed astratte.

Tuttavia, le relazioni di accompagnamento del disegno di legge di conversione del decreto-legge e del disegno di legge successivamente presentato al Senato lasciano chiaramente desumere che con il decreto e con la legge si pretendeva di incidere «*anche e soprattutto*» sull’interruzione del trattamento ad Eluana: da questo punto di vista l’urgenza sarebbe stata sì *di fatto* ravvisabile, in quanto la procedura di interruzione era già cominciata, ma *giuridicamente* non configurabile, per l’inammissibilità, *de iure* appunto, di una nuova regolamentazione del caso in oggetto.

Qui il primo profilo si collega al secondo, in quanto proprio il fatto che l’urgenza si invocasse *apertis verbis* per la necessità di incidere sul caso Englaro avrebbe determinato la violazione del principio della separazione dei poteri, per interferenza su un caso deciso con sentenza definitiva²⁶.

L’urgenza posta a fondamento dell’atto non consisteva, in definitiva, stando alle risultanze delle richiamate relazioni, in un fatto nuovo, in una situazione sopravvenuta, che occorresse tempestivamente fronteggiare, bensì nell’esigenza di impedire che ad un fatto passato si applicasse il trattamento giuridico definitivamente dichiarato da una sentenza secondo l’ordinamento vigente. Di qui l’interferenza del decreto-legge nella sfera giurisdizionale, con conseguente travalicamento dei confini posti dal principio della separazione dei poteri.

Sul carattere dichiarativo di diritto della sentenza, sia pure, in mancanza della regola del caso, sotto la forma dell’integrazione giuridica realizzata dal ricorso ai principi dell’ordinamento, non è più lecito dubitare, tra l’altro, dopo che la Corte costituzionale ha

mentre lascia impregiudicata la situazione del paziente in stato vegetativo persistente (o permanente) che vi rinunci anticipatamente, per il quale, anzi, proprio la costrizione consumerebbe analoga ed opposta discriminazione, rispetto al soggetto capace, in grado di rifiutare le cure (*ivi*, 7 s.).

²⁶ V. in questo senso anche R. ROMBOLI, *Il controllo presidenziale e quello della corte costituzionale: qualche osservazione in merito al rifiuto di emanazione del decreto legge per il caso Englaro*, in www.astrid-online.it, 3 e U. ALLEGRETTI, *Un rifiuto presidenziale ben fondato*, *ivi*; cui adde, con un taglio più generale, V. ONIDA, *Il controllo del Presidente della Repubblica sulla costituzionalità dei decreti-legge*, pure *ivi* e M. LUCIANI, *L’emanazione presidenziale dei decreti-legge (spunti a partire dal caso E.)*, ora in *Il potere, le regole, i controlli: la Costituzione e la vicenda Englaro, Dossier ASTRID*, 5 ss., in cui si argomenta la conclusione per cui il Capo dello Stato in sede di emanazione può esercitare poteri più forti che in sede di promulgazione, per il «peculiare disegno della forma di governo parlamentare tracciato dalla Costituzione» e per la «posizione che, in esso, occupa il Governo, in particolare per quanto riguarda l’esercizio della funzione legislativa» (19).

escluso che vi fosse stato straripamento dalla funzione giurisdizionale²⁷. Il ricorso parlamentare contro gli organi giudiziari che si erano pronunciati sulla vicenda – rei «soltanto di avere rispettato il divieto di *non liquet*»²⁸ – è, anzi, un'ulteriore riprova della non infrequente adozione in sede di politica di iniziative prive del benché minimo fondamento giuridico e della indifferenza a principi fondamentali dello Stato costituzionale di diritto, di cui qui si discute.

Il rilievo di questo secondo aspetto di illegittimità costituzionale del decreto non emanato (nonché del disegno di legge in seguito presentato) riposa peraltro, chiaramente, sul presupposto dell'avvenuta formazione di una decisione giudiziaria comunque definitiva.

L'effettivo formarsi, nel caso di specie, di un giudicato propriamente detto, è stato, però, com'è noto, revocato in dubbio, assumendo che la sentenza in discorso fosse stata emessa in un procedimento di volontaria giurisdizione, idoneo a dar vita solo a provvedimenti revocabili in qualsiasi momento: l'argomento si trova formulato in entrambe le relazioni menzionate ed è poi rimbalzato sui commenti della stampa.

Tuttavia, autorevole dottrina processualciviltistica, che si è di recente occupata di questo aspetto, ha chiarito che il provvedimento, pur traendo origine da un procedimento in camera di consiglio ex art. 732 c.p.c., aveva ad oggetto, non la mera gestione di un interesse della persona incapace, bensì la statuizione di un diritto: il diritto del padre di Eluana ad ottenere l'interruzione del trattamento di sostegno vitale artificiale nei confronti della figlia. In quanto tale, esso costituiva un «provvedimento di giurisdizione contenziosa con attitudine al giudicato sostanziale, cioè a dettare una disciplina immutabile del diritto che ne costituisce l'oggetto»²⁹.

A conferma di ciò si richiama tra l'altro la significativa circostanza che nel caso di specie sia stato ritenuto ammissibile il ricorso straordinario in Cassazione ex art. 111, co. 7, Cost., che viceversa, qualora cioè si fosse trattato di un provvedimento di volontaria giurisdizione, modificabile e revocabile in qualsiasi momento, sarebbe stato senz'altro respinto dalla Corte suprema.

Le Sezioni Unite civili della Cassazione hanno infatti espresso, in merito, il principio generale per cui deve ritenersi definitivo un provvedimento della Corte d'Appello, ancorché reso nel corso di un procedimento di volontaria giurisdizione, che abbia avuto ad oggetto situazioni di diritto soggettivo, se non ulteriormente impugnabile³⁰.

Pur non potendosi, dunque, inferire limiti costituzionali di tipo contenutistico posti alla funzione legislativa, che impongano a questa di essere, per sua presupposta natura, generale ed astratta³¹ (essendo tra l'altro comunemente accettate da tempo le leggi-provvedimento) non si può tuttavia ammettere che un «decreto-legge fotografia»³² possa

²⁷ V. l'ord. della Corte costituzionale n. 334/2008, che respinge i ricorsi di Camera e Senato contro le pronunce della Corte d'Appello di Milano, decreto 25 giugno 2008, e della Corte di Cassazione 16 ottobre 2007, n. 21748 (di cui la prima costituiva attuazione) e, su di essa, R. BIN, *Se non sale in cielo, non sarà forse un raglio d'asino? (a proposito dell'ord. 334/2008)*, in www.forumcostituzionale.it.

²⁸ R. BIN, *op. ult. cit.*, 1.

²⁹ R. CAPONE, A. PROTO PISANI, *Il caso Englaro: brevi riflessioni dalla prospettiva del processo civile*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 2; cui adde C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, IV, Torino 2007, 327 s. Nello stesso senso del testo si esprime sul punto F.G. PIZZETTI, *In margine ai profili costituzionali degli ultimi sviluppi del "caso Englaro": limiti della legge e "progetto di vita"*, in *Il potere, le regole, i controlli*, cit., 49 ss.

³⁰ V. sent. 8 settembre 1983, n. 5521, citata anche da A. PACE, *L'inutilità pratica della legge per Eluana*, in *La Repubblica*, 11 febbraio 2009.

³¹ A. RUGGERI, *Fonti e norme nell'ordinamento e nell'esperienza costituzionale*, I, *L'ordinazione in sistema*, Torino 1993, 16 ss.

³² C. SALAZAR, *Riflessioni sul "caso Englaro"*, cit., 1.

ostacolare l'esecuzione di una sentenza definitiva, perché questo cozzerebbe contro un baluardo dello Stato di diritto.

Se è così, si comprende perché si sia potuto recentemente discorrere di «*abnormità* del decreto»³³. Dato poi che questi atti segnano la morte del principio di legalità e visto che il nostro è uno Stato di diritto³⁴, si spiega inoltre come mai oggi si possa ritenere ravvisabile all'interno delle istituzioni la presenza di un «Antistato»³⁵, che come un tarlo corrode l'impalcatura democratico-costituzionale³⁶.

Non sfugge naturalmente che proprio i fondati dubbi sull'idoneità del decreto a regolare il caso Englaro potevano condurre a ribaltare il ragionamento. È stato infatti finemente obiettato che, non prevedendo alcunché circa la sua retroattività (che notoriamente deve essere espressa per derogare al principio generale per cui le leggi non dispongono che per il futuro), l'atto avente forza di legge avrebbe «potuto valere per altre persone, non per Eluana»³⁷. La sua applicabilità ai rapporti in corso poteva essere perciò controversa ed il principio della separazione dei poteri di montesqueiana memoria non aveva di conseguenza a subire alcun sicuro ed inconfutabile *vulnus*.

È chiaro poi – lo si nota per inciso – che a quanto appena detto sono direttamente legate le sorti dell'operato del Presidente della Repubblica, nelle sue due fasi dell'invito rivolto al Presidente del Consiglio a non approvare il decreto prima e del rifiuto di emanazione dello stesso poi: operato destinato ad apparire ora – ammesso che il *vulnus* al principio della separazione vi sia – pienamente fondato in Costituzione, ora invece – negata ogni lesione di quel principio – immotivato (almeno sotto questo profilo).

A scanso di equivoci si precisa subito che, per la posizione qui espressa, nemmeno una disciplina retroattiva avrebbe potuto travalicare la cosa giudicata. Permaneva, insomma, un ostacolo insormontabile, incontrovertibile – o che, almeno, tale avrebbe dovuto essere ritenuto – che si sarebbe frapposto all'applicazione del decreto ad Eluana, rappresentato dalla circostanza che quel caso specifico era già coperto da un provvedimento giurisdizionale definitivo.

Rimanendo in quest'ordine di idee, ci si poteva semmai chiedere se tutti i profili problematici della questione non facessero apparire comunque aperta la discussione sull'applicabilità al caso Englaro, nei suoi possibili esiti, lasciando comunque profilare un serio rischio per lo sconfinamento del potere legislativo a danno di quello giudiziario, che avrebbe fatto apparire in ogni caso pienamente giustificata l'attivazione dei poteri presidenziali di garanzia.

Insomma, delle due l'una: o si reputa il decreto-legge assolutamente inidoneo a perseguire lo scopo per il quale era stato posto in essere, facendo venir meno così il pericolo per il rispetto della sfera giudiziaria, ma con esso, a ben vedere, anche l'urgenza (nei termini in cui è illustrata nelle predette relazioni)... o si considera tale profilo di applicabilità controverso, lasciando in piedi la minaccia di un'intrusione nella sfera del giudiziario. In particolare, l'urgenza della disciplina avrebbe potuto, al più

³³ C. SALAZAR, *op. cit.*, 4 (c.vo testuale). V. anche S. RODOTÀ, che parla di «distanza abissale dalla logica costituzionale» (*Giornata nera per la Repubblica*, in *La Repubblica*, 7 febbraio 2009).

³⁴ È indubbio infatti che di questo riproduca gli assi portanti pur all'interno della nuova forma di Stato, sociale, che è succeduta a quella liberale e pur impregiudicate tutte le discussioni in merito alla prevalenza dei caratteri di continuità o di rottura che contrassegnerebbero il passaggio dall'una all'altra forma.

³⁵ M. AINIS, *op. cit.*

³⁶ Il principio della separazione dei poteri è, ancora da ultimo, annoverato tra i contenuti necessari della democrazia costituzionale da L. FERRAJOLI, uno dei principali esponenti delle teorie c.d. neo-costituzionalistiche (che, com'è noto, si contrappongono alle teorie deliberative della democrazia facenti capo a J. Habermas): v. *Le garanzie costituzionali dei diritti fondamentali*, in *Teoria politica*, 2007, 13.

³⁷ A. RUGGERI, *Il caso Englaro e il controllo contestato*, in www.astrid-online.it, 4.

concedere, anche sussistere – come necessità di scongiurare analoghi eventi – riguardando la disciplina nella sua generalità ed astrattezza, mentre è nei termini in cui è precipuamente motivata nella relazione che corredata l'atto³⁸ che la stessa rischia di venir meno per le addotte ragioni.

In entrambi i casi, dati dai due corni dell'alternativa or ora prefigurata, l'operato del Capo dello Stato sarebbe da reputare pienamente motivato e rispondente alla sua funzione.

E, per altro verso, l'abnormità del decreto permane: non solo nella seconda ipotesi, infatti, in cui si intacca la sfera del giudiziario, ma anche nella prima, trattandosi di un provvedimento del tutto irrazionale, incongruo e inconferente rispetto allo scopo dichiarato, anzi ostentato, nell'agone mediatico.

Il problema, però, per il piano di analisi che qui si privilegia, dei rapporti tra decisione politica e regole precostituite, è principalmente un altro. Da questo angolo visuale, infatti, che il provvedimento d'urgenza del Governo non avesse disposto la sua retroattività non attenua minimamente i motivi di collisione di esso con i principi del nostro ordinamento, anzi semmai conferma e aggrava della vicenda l'aspetto più sconcertante: l'indifferenza assoluta per i presupposti giuridici dell'agire e la convinzione dalla sufficienza, per il raggiungimento di un certo fine, di un nucleo forte di volontà politica sostenuto dal consenso, comunque promosso o agitato.

Ma non è proprio questo l'aspetto più preoccupante: che in sede politica si possa proclamare che l'atto è fermamente voluto per salvare una vita (quella di Eluana, è chiaro) quando non ne ricorrevano le condizioni giuridiche e che un domani chi si fosse opposto tra gli organi dell'applicazione, in base alla più elementare delle osservazioni anche per un semplice studente di giurisprudenza – l'inidoneità dell'atto ad incidere su una decisione giudiziaria definitiva – sarebbe stato tacciabile di ribellione ad un atto legislativo (*recte*: ad esso equiparato)? Il rilievo cioè che l'atto fosse, a rigore, giuridicamente inapplicabile al caso Englaro non lo rende per ciò solo un atto innocuo, anzi lo carica di un significato strisciante ancora più pericoloso, in quanto proprio perciò sintomatico della visione che si è detto: la pretesa dell'obbligatorietà di una decisione adottata nel dispregio di vincoli giuridici.

Si ritiene in sostanza alquanto preoccupante che di quell'atto si possa predicare *quel* tale effetto – e che anzi proprio la produzione di quell'effetto e quindi la salvezza di una vita, *quella* vita, si possa indicare come il suo *principale* scopo (tanto da accusare di assassinio i suoi oppositori, incluso il Capo dello Stato, al momento in cui la vita di Eluana si spense) – senza la *dovuta* considerazione degli aspetti giuridici dell'applicabilità della normativa al caso di specie (i profili legati all'efficacia nel tempo delle norme giuridiche, in generale, nonché, in termini dirimenti, il profilo connesso al rispetto di una sentenza definitiva) ed anzi minacciando di ricorrere a sanzioni istituzionali, come lo scioglimento delle Camere (o la modifica della Costituzione), per chiunque intendesse ostacolarne il compimento, dopo aver altresì inscenato una «ostentata (...) avversione unanime» al controllo esercitato dal Presidente della Repubblica³⁹. L'abnormità del provvedimento non sembrava doverne minare la validità:

³⁸ Motivazione il cui ruolo non può essere sottovalutato, anche alla luce del «pregnante significato» attribuito alla giustificazione del provvedimento d'urgenza dall'art. 15, co. 1, della l. n. 400/1988, che ne prescrive l'obbligatoria indicazione nel preambolo: sul punto v. A. RUGGERI, *In tema di «disciplina dell'attività di governo e ordinamento della presidenza del consiglio dei ministri»: impressioni e notazioni sparse sui profili costituzionali della legge n. 400 del 1988*, in *Id.*, "Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti. *Studi degli anni 1987/1991*, Torino 1992, 152 ss.

³⁹ S. STAMMATI, *Breve nota sui problemi costituzionali suscitati dal caso Englaro*, in www.astrid-online.it, 3.

al contrario, l'opposizione degli altri organi alla decisione politica governativa li avrebbe delegittimati.

La dichiarata volontà politica suespressa veniva, dunque, prospettata come suscettibile di condurre all'effetto prefissato, indipendentemente dal rispetto di ogni vincolo giuridico, anzi, *come se (als ob)* vincoli giuridici non se ne dessero o non se ne dovessero dare.

Si potrebbe obiettare che la valutazione degli elementi richiamati si apra, quanto meno, ad una duplice lettura: in un ordinamento in cui vi sia un robusto e vigoroso senso di legalità costituzionale, praticato dagli organi di governo e leggibile anche tra le righe del dibattito pubblico dei consociati, in quanto radicato nel sistema, in uno scenario dunque *ottimale*, atti governativi di tal tipo potrebbero al massimo essere considerati espressione di grave incompetenza ed incapacità istituzionale; in un ordinamento, viceversa, in cui la legalità costituzionale cominci a faticare a continuare ad affermarsi nella prassi politica e dove vi siano scarsi consapevolezza e controllo da parte dei consociati e dell'opinione pubblica, in uno scenario cioè opposto al precedente e con tinte *pessimistiche*, atti di tal genere potrebbero, ora sì, preludere ad un lento scivolare verso posizioni decisionistiche.

Tuttavia, l'affievolimento delle ragioni e degli argomenti giuridici nel dibattito pubblico, l'attacco agli organi di garanzia ed il loro ripiego su posizioni più caute e guardinghe fanno propendere a credere che attualmente ci si trovi dinanzi ad uno scenario del secondo piuttosto che del primo tipo. Dinanzi a questo quadro e dalla particolare angolazione visuale qui prescelta, una reazione tutta giocata in punto di diritto sarebbe apparsa autoreferenziale, equivalendo a chiudersi nel recinto del diritto, un recinto però sempre meno in grado paradossalmente di farsi valere e di assicurare ai suoi atti di essere assistiti di *giuridica* efficacia (o di opporsi a che identica efficacia venga annessa a mere decisioni svincolate dal rispetto delle regole fondamentali).

Una replica del Capo dello Stato, in particolare, che non avesse rilevato alcun vizio nel decreto, proprio in ragione della sua carente o fortemente discutibile attitudine a rivolgersi al caso giudicato, sarebbe stata rispondente alle regole del gioco giuridico, ma, duellando elegantemente in punta di fioretto, avrebbe paradossalmente omesso di considerare che il gioco era lentamente slittato di piano, profilandosi, secondo quanto qui argomentato, una aspirazione della politica, corroborata dal consenso, di vincolare giuridicamente prescindendo appunto dal diritto.

4. Conclusioni

Una conferma di ciò si trova nell'atteggiamento che oggi spesso la politica è solita riservare alla magistratura.

La concezione decisionistica, infatti, tende a sminuire le differenze tra politica e giurisdizione, in quanto contenenti comunque nuclei di decisione e dunque atti di volontà, e apre la concorrenza, o sia pure il conflitto, tra i due poteri, in luogo della divisione e del rispetto delle specifiche sfere di intervento e di azione⁴⁰.

Ci siamo preoccupati, in definitiva, di fronte alla comparsa di una Costituzione rigida, come fondamentale novità dell'ordinamento repubblicano, della posizione privilegiata di cui godono gli interpreti della Costituzione, e soprattutto quelli ravvisabili in un organo di chiusura, come la Corte costituzionale, che ha l'ultima parola sulle

⁴⁰ C. SCHMITT, *Il custode della costituzione*, cit., 75 ss.

questioni di costituzionalità⁴¹, ponendoci l'assillante problema di "chi custodisca i custodi?", ovvero di chi ci garantisca contro i loro abusi.

Ma l'esperienza attuale mostra, contro le aspettative, che le forze politiche presenti nelle istituzioni (ma che si ha difficoltà a definire politico-istituzionali...) posseggono una forza corrosiva ben più robusta e che la domanda che ci saremmo presto dovuti porre sarebbe stata un'altra: non "chi ci guarderà dai garanti?", bensì "chi difenderà le garanzie?"⁴².

Contrariamente a quanto solitamente accade quando si pone mano ad una riflessione scientifica, in questa specifica occasione, è chi scrive ad augurarsi per prima che quanto qui sostenuto non corrisponda alla realtà: il che quantomeno testimonia che quanto si dice è animato solo da onestà intellettuale e non piuttosto da preordinate aspettative, riformulate in tesi cui poi si desidera che la realtà dei fatti corrisponda. Ma se un futuro più o meno prossimo dovesse poi mostrare che così purtroppo non è, ci si sarebbe pentiti fortemente di non avere scritto queste pagine.

⁴¹ Così, da ultimo, A. RUGGERI, per cui solo la Corte costituzionale «è in grado di somministrare certezze ultime di diritto costituzionale», fissando i «punti di non-ritorno» nell'interpretazione dei principi, in quanto – sia pure nel nuovo quadro problematico dato dalla coesistenza ed interazione con le Corti sopranazionali – le sue decisioni si pongono quale «punto fisso e luogo di emersione di inconfutabili "verità" costituzionali in forma processuale» (*Alla ricerca dell'identità del diritto processuale costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it, 9).

⁴² In quest'ordine di idee v. ora G. SILVESTRI, *Le garanzie della Repubblica*, Torino 2009, *premessa e passim*, nonché T. GROPPI, *Il caso Englaro: un viaggio alle origini dello Stato di diritto e ritorno*, in *Il potere, le regole, i controlli*, cit., che s'interroga sulla tenuta e sullo «stato del "sistema delle garanzie" nell'ordinamento italiano» (40 ss.), cui *adde*, in precedenza, M. DOGLIANI, *Difendere la Costituzione: un atto di realismo*, in www.centroriformastato.it.