

LA COSTITUZIONE PRESBITE E LA POLITICA MIOPE (brevi riflessioni sui profili costituzionalistici relativi alla vicenda Englaro)

di Rosangela Cassano*
(9 giugno 2009)

Sommario: 1. Premessa - 2. Lo “tsunami costituzionale” - 3. Conclusioni

1. Premessa

A brevissima distanza dalla chiusura delle celebrazioni per il sessantesimo anniversario della nostra Costituzione, la vicenda ormai tristemente nota riguardante la vita (o, a seconda dei punti di vista, il “corpo”) di Eluana Englaro e il coraggio della legalità di suo padre¹, ha creato l’occasione per verificare la tenuta dell’assetto istituzionale congegnato proprio sessant’anni fa dai Padri costituenti.

Difatti, per la prima volta ci si è trovati a dover risolvere con gli strumenti propri del diritto costituzionale un insieme di questioni che difficilmente possono essere affrontate senza considerarne gli aspetti etici, religiosi piuttosto che filosofici.

In questo breve contributo si cercherà di tracciare le caratteristiche degli avvenimenti che hanno offerto la possibilità di verificare la robustezza dei meccanismi costituzionali, cercando di corredarle di considerazioni atte a meglio precisarne i contorni.

Si ometteranno, volutamente, i precisi riferimenti alla vicenda umana sottesa a tali avvenimenti; al clamore mediatico, che, per mesi, ha coinvolto i protagonisti del “caso Englaro”, si cercherà qui di opporre un rispettoso silenzio, cercando così di limitarsi a considerare i fatti da una prospettiva esclusivamente giuridica.

Si tratterà, innanzitutto, del conflitto di attribuzione sollevato innanzi alla Corte Costituzionale e che, per la prima volta nella storia repubblicana, ha visto contrapporsi potere legislativo e potere giudiziario, cercando di verificarne l’effettiva fondatezza, soprattutto alla luce dell’ordinanza che ha dichiarato inammissibili i ricorsi atti a introdurre il conflitto stesso.

In secondo luogo, si illustrerà la vicenda relativa al rifiuto di emanazione, opposto dal Presidente della Repubblica al Consiglio dei Ministri, di un decreto legge predisposto *ad hoc* per disciplinare la concreta situazione di Eluana Englaro, sebbene il destino di questa persona fosse stato già deciso da più pronunce giurisdizionali.

¹* Collaboratrice presso le cattedre di Diritto costituzionale e Diritto costituzionale II – Università degli Studi *Magna Græcia* – Catanzaro – rosangela.cassano@libero.it. Questo contributo è destinato ad un volume di Autori vari, curato da P. Falzea, per i tipi della casa editrice Jovene.

“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”, così T. GROPPi, *Il caso Englaro: un viaggio alle origini dello Stato di diritto e ritorno*, www.forumcostituzionale.it, p. 1.

2. Lo “tsunami costituzionale”².

Con l'ordinanza n. 334 del 2008 la Corte Costituzionale ha dichiarato inammissibili i ricorsi di Camera dei deputati e Senato della Repubblica volti a segnalare un possibile conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato in relazione alla sentenza n. 21748/2007 della Corte di Cassazione³ che avrebbe individuato, seppure in mancanza di una normativa *ad hoc*, la disciplina applicabile in tema di autorizzazione alla sospensione di trattamenti sanitari, in carenza di capacità dell'interessato a prestare consenso, limitatamente a una categoria di persone incapaci, cioè quelle in stato vegetativo profondo⁴.

Emblematica di un conflitto istituzionale da troppo tempo ben poco latente⁵, la vicenda ha assunto il connotato bifronte della *vindicatio potestatis*⁶ e del conflitto da interferenza⁷; ciò

² La definizione è di S. RODOTA', *Lo tsunami costituzionale*, la Repubblica, 9 febbraio 2009. Dello stesso tenore M. VILLONE che, in *Cinque risposte dalla Costituzione*, il Riformista, 7 febbraio 2009, parla di “scontro muscolare tra istituzioni”.

³ Nella citata sentenza, la Corte di Cassazione ha formulato il principio di diritto in base al quale “Ove il malato giaccia da moltissimi anni (nella specie, oltre quindici) in stato vegetativo permanente, con conseguente radicale incapacità di rapportarsi al mondo esterno, e sia tenuto artificialmente in vita mediante un sondino nasogastrico che provvede alla sua nutrizione ed idratazione, su richiesta del tutore che lo rappresenta, e nel contraddittorio con il curatore speciale, il giudice può autorizzare la disattivazione di tale presidio sanitario (fatta salva l'applicazione delle misure suggerite dalla scienza e dalla pratica medica nell'interesse del paziente), unicamente in presenza dei seguenti presupposti:

(a) quando la condizione di stato vegetativo sia, in base ad un rigoroso apprezzamento clinico, irreversibile e non vi sia alcun fondamento medico, secondo gli standard scientifici riconosciuti a livello internazionale, che lasci supporre la benché minima possibilità di un qualche, sia pure flebile, recupero della coscienza e di ritorno ad una percezione del mondo esterno;

(b) sempre che tale istanza sia realmente espressiva, in base ad elementi di prova chiari, univoci e convincenti, della voce del paziente medesimo, tratta dalle sue precedenti dichiarazioni ovvero dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti, corrispondendo al suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona.

Ove l'uno o l'altro presupposto non sussista, il giudice deve negare l'autorizzazione, dovendo allora essere data incondizionata prevalenza al diritto alla vita, indipendentemente dal grado di salute, di autonomia e di capacità di intendere e di volere del soggetto interessato e dalla percezione, che altri possano avere, della qualità della vita stessa”.

⁴ Nel ricorso della Camera dei deputati, in particolare, si legge che la Corte avrebbe «creato una disciplina innovativa della fattispecie, fondata su presupposti non ricavabili dall'ordinamento vigente con alcuno dei criteri ermeneutici utilizzabili dall'autorità giudiziaria».

⁵ Ci si riferisce, in particolare, a dichiarazioni di questo tenore: occorre stigmatizzare “l'arroganza di alcuni magistrati che, invece di applicare le leggi approvate dal parlamento, pretendono di fornire un'interpretazione creativa delle stesse, che possa anche rappresentare una traccia per il legislatore” (sen. Cossiga, Senato 1° agosto 2008); “il legislatore deve assumere la responsabilità istituzionale di rivendicare il proprio ruolo (...) contro le incursioni della magistratura” (sen. Amato, *ivi*); “occorre impedire che i personali convincimenti ideologici del singolo giudice sostituiscano la corretta applicazione della legge” (sen. Quagliariello, *ivi*).

che si è contestato alla Suprema Corte, nel dettaglio, è l'aver assunto una funzione nomopoietica, sconfinando largamente rispetto a quella nomofilattica che le è propria.

La sentenza avrebbe avuto, quindi, soltanto l'*habitus* della pronuncia giurisdizionale, giacché, nel contenuto, sarebbe stata da considerare un vero e proprio atto legislativo⁸, tra l'altro poco opportuno in considerazione del fatto che, da diverso tempo, erano pendenti diverse proposte di legge in materia. La posizione istituzionale della Corte e la delicatezza della vicenda concreta sottesa alla sentenza, poi, sarebbero state tali da influenzare inevitabilmente il dibattito parlamentare e da rappresentare, nella sostanza, un vero e proprio attentato all'integrità del principio della separazione dei poteri⁹.

La Suprema Corte, pertanto, avrebbe violato gli articoli 76 e 77 della Costituzione, nella misura in cui si sarebbe auto-assegnata una funzione legislativa sussidiaria, realizzando una supplenza giudiziaria in materia coperta da riserva di legge.

⁶ Come è noto, si ha *vindicatio potestatis* quando "il ricorrente rivendica competenze che gli sarebbero state usurpate dal soggetto contro il quale eleva il conflitto", E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Torino, 2007, p. 186. E' stato rilevato che "i casi di conflitto nascenti da una mera rivendicazione di un potere da altri usurpato sono ormai molto improbabili: è davvero difficile immaginare un organo così sciocco e folle da rimettere in discussione le attribuzioni costituzionalmente previste, per esempio rivendicando a sé ciò che non gli spetta", A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2004, p. 252.

⁷ Mediante il ricorso al conflitto da interferenza "non si nega in radice la competenza altrui, ma si chiede alla Corte di ristabilire la corretta linea di confine rispetto alla propria, sul presupposto in sostanza di una attribuzione condivisa e quindi spettante, in diversa misura, ad entrambe le parti del conflitto", E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *ibidem*. "esso si ha ogni qual volta – e ciò accade ormai di frequente- le competenze, e talvolta le stesse attribuzioni, dei poteri configgenti sono fra loro "intrecciate", non di rado inestricabilmente. In questi casi la Corte fa appello al principio di "collaborazione" o, un po' tautologicamente, di "leale collaborazione" fra gli organi interessati, nelle diverse e svariate forme in cui essa si presenta", così A. RUGGERI, A. SPADARO, *op. cit.*, p. 253.

⁸ Difatti, in base al ricorso della Camera dei deputati, la sentenza della Corte di cassazione, sez. 1 civile, n. 21748 del 2007 avrebbe «creato una disciplina innovativa della fattispecie, fondata su presupposti non ricavabili dall'ordinamento vigente con alcuno dei criteri ermeneutici utilizzabili dall'autorità giudiziaria».

⁹ Dal ricorso della Camera si desume, difatti, che il fine dello stesso sarebbe quello di «ripristinare l'ordine costituzionale delle attribuzioni», dato che si sarebbe realizzato «il radicale sovvertimento del principio della divisione dei poteri». Similmente, il ricorso del Senato: «il proposito del ricorso è unicamente quello di dimostrare che la sentenza ha fissato un principio di diritto debordando verso le attribuzioni del Legislativo e superando, quindi, i limiti che l'ordinamento pone al Potere Giudiziario, e non quello di un invito al riesame del processo logico seguito dalla Cassazione per giungere alla sua pronuncia».

L'ordinanza della Corte Costituzionale ha dichiarato inammissibili i ricorsi¹⁰ per difetto del "requisito oggettivo"; con la conseguenza che la pronuncia della Corte di Cassazione non avrebbe affatto esorbitato dalle caratteristiche di un atto giurisdizionale deputato, in quanto tale, a decidere solo per il caso concreto, nei limiti della soggezione alla legge. Il conflitto sollevato dalle due Camere avrebbe rappresentato, quindi, una modalità surrettizia per chiedere un riesame di quanto deciso dalla Cassazione, il che esula dai fini propri e dalle caratteristiche del conflitto di attribuzione¹¹.

Ai sensi dell'art. 37, legge 11 marzo 1953, n.57, perché un conflitto tra poteri possa essere deciso dalla Corte Costituzionale, occorre che esso coinvolga "organi competenti a dichiarare definitivamente la volontà del potere cui appartengono"; è chiaro quindi che preliminarmente alla trattazione del merito della questione è la verifica della sussistenza del requisito della definitività dell'atto giurisdizionale che si assume lesivo delle attribuzioni costituzionali.

L'art. 37 non richiede la conclusione o l'esistenza di procedimenti tipici, limitandosi a pretendere che non vi sia spazio per una modifica del *quid* all'interno dello stesso potere; di modo che, a prescindere dal fatto che il procedimento relativo alla vicenda Englaro non si fosse ancora concluso, appare evidente che la Corte di Cassazione possa essere ragionevolmente considerata organo giudiziario competente a dichiarare definitivamente la volontà del potere giudiziario nello stabilire il principio di diritto cui bisogna attenersi. L'art. 384 c.p.c.¹², difatti, stabilisce che la Corte enuncia il principio di diritto cui il giudice del rinvio deve uniformarsi; la statuizione della Corte non potrà pertanto essere posta in discussione. Inoltre, l'art.65 r.d. n.12 del 1941 assegna alla Suprema Corte la funzione di nomofilachia, e quindi il dovere di assicurare l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge e di garantire l'unità del diritto oggettivo nazionale¹³. La funzione nomofilattica assume diretto rilievo costituzionale, nella misura in cui appare in stretta connessione con l'art. 3 Cost; difatti, è palese che il principio di eguaglianza possa

¹⁰ Del resto l'esito dei ricorsi appariva prevedibile ai più. Cfr. ad es. "una gran figuraccia da parte delle nostre Camere", R. ROMBOLI, *Il conflitto tra poteri dello stato sulla vicenda Englaro: un caso di evidente inammissibilità*, www.associazionedeicostituzionalisti.it, "L'esito era scontato, essendo il ricorso privo di qualsiasi fondamento giuridico" R. BIN, *Se non sale in cielo non sarà forse un raglio d'asino?*, www.forumcostituzionale.it, p. 1, "un colpo di fantasia degno di un prestigiatore", T. GROPPI, *Come può Eluana dividere uno Stato?*, l'Unità, 3 agosto 2008, "grottesca ipotesi", S. RODOTA', *Chi decide sul morire*, La Repubblica, 25 ottobre 2007.

¹¹ Testualmente, "questa Corte non rileva la sussistenza nella specie di indici atti a dimostrare che i giudici abbiano utilizzato i provvedimenti censurati – aventi tutte le caratteristiche di atti giurisdizionali loro proprie e, pertanto, spieganti efficacia solo per il caso di specie – come meri schermi formali per esercitare, invece, funzioni di produzione normativa o per menomare l'esercizio del potere legislativo da parte del Parlamento, che ne è sempre e comunque il titolare", dal testo dell'ordinanza in oggetto.

¹² In questa sede ci si riferisce, in particolare, ai primi due commi dell'articolo citato, così come modificato dal d. lgs. 2 febbraio 2006, n. 40.

¹³ Il contenuto della funzione di nomofilachia è quello di "assicurare che la legge sostanziale, che ogni giudice è chiamato ad applicare, sia interpretata esattamente e in modo uniforme su tutto il territorio nazionale"; così A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2002, p. 504.

essere agevolmente attuato solo se l'interpretazione della legge avviene in modo pressoché uniforme da parte delle autorità giurisdizionali¹⁴.

Ulteriori perplessità suscita la considerazione del conflitto di attribuzioni così come utilizzato in questo caso; poiché, ferma restando l'assoluta sovranità delle Camere in merito alla scelta se avviare o no un procedimento legislativo, appare forse discutibile la scelta di ricorrere a uno strumento che dovrebbe essere di natura sussidiaria¹⁵ rispetto agli altri rimedi giuridici efficacemente esercitabili dal Parlamento, al fine di ottenere gli obiettivi voluti in questo caso. Non a torto, difatti, potrebbe rilevarsi che necessaria vincolatività avrebbe potuto avere, per il giudice, una legge di interpretazione del quadro ordinamentale vigente, ove esplicita e posta in via astratta e generalizzata e, ovviamente, presupposta la sua legittimità costituzionale¹⁶.

Invece è proprio l'anomia a costituire il fondamento della proposizione del conflitto in esame; la scelta di definire una disciplina organica della materia è di esclusiva spettanza del Parlamento, ma non può far leva sulla mancanza della stessa affermazione in base alla quale l'eventuale cattivo esercizio della funzione giurisdizionale abbia illegittimamente menomato le attribuzioni costituzionali del Parlamento stesso.

La Corte Costituzionale ha più volte dichiarato ammissibili i ricorsi aventi ad oggetto atti giurisdizionali, ma previa verifica dell'esistenza di presupposti dalla Corte stessa definiti; occorre, difatti, che i ricorsi non riguardino il merito di *errores in iudicando*, né l'interpretazione giudiziale della legge, altrimenti il conflitto di attribuzione diventerebbe un mezzo improprio di censura del modo di esercizio della funzione giurisdizionale¹⁷.

¹⁴ La funzione nomofilattica assume "un fondamentale rilievo costituzionale nella misura in cui è diretta ad attuare l'art. 3 Cost., posto che il principio di eguaglianza dei cittadini davanti alla legge in tanto può essere attuato in quanto la legge sia interpretata in modo uniforme dai giudici che sono chiamati ad applicarla", A. PROTO PISANI, *ibidem*. Per S. CHIARLONI, *In difesa della nomofiliachia*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1992, p. 123 e ss., "la nomofiliachia (...) rappresenta un valore fondamentale dell'ordinamento, perché valori fondamentali dell'ordinamento sono la parità di trattamento dei cittadini, la prevedibilità delle decisioni e, perché no, un ordine che impedisca l'inutile dissipazione di risorse".

¹⁵ La Corte Costituzionale, proprio nell'ordinanza in oggetto, rileva che "è a tutt'oggi ancora nella disponibilità delle parti l'attivazione di rimedi endoprocessuali avverso la decisione del giudice di rinvio, mentre, per altro verso, la carenza del requisito di sussidiarietà del conflitto interorganico, si evince dalla possibilità per il Parlamento di evitare tale rimedio, con l'esercizio della funzione legislativa che si assume lesa".

¹⁶ In questo senso la stessa Corte Costituzionale ha sempre ribadito «che l'intervento legislativo retroattivo, tanto con norma di interpretazione autentica quanto con norma innovativa, opera sul piano delle fonti, ossia della *regula juris* che il giudice deve applicare, e quindi non incide sulla potestà di giudicare e sull'ambito riservato alla funzione giurisdizionale» (Corte cost., 23 luglio 2002 n. 374, in *Giur. cost.*, 2002, 2782 s.). Per ulteriori approfondimenti si rinvia a G. CASSANO, *I figli della scienza in Cassazione: il principio di autoresponsabilità e l'art.235 c.c. (una novità giurisprudenziale in tema di fecondazione artificiale eterologa)* (nota a Cass., sez. I n.2315/1999), in *Resp. civ. e prev.*, 1999, p. 1070; G. CIANI, *Fecondazione eterologa e consenso del marito: l'inammissibilità del disconoscimento di paternità nella sent. 2315 della S.C.*(nota a Cass., sez. I 2315\1999), in *Dir. fam.*, 1999, p. 1103.

¹⁷ "(...)per costante giurisprudenza di questa Corte, l'ammissibilità di un conflitto avente ad oggetto atti giurisdizionali sussiste «solo quando sia contestata la riconducibilità della decisione o di statuizioni in essa contenute alla funzione giurisdizionale, o si lamenti il superamento dei limiti, diversi dal generale vincolo del giudice alla legge, anche costituzionale, che essa incontra nell'ordinamento a garanzia di altre attribuzioni costituzionali» (ordinanza n. 359 del

Il rimedio del conflitto di attribuzione, quindi, sarebbe esperibile solo quando si contesti che l'atto giurisdizionale oggetto del ricorso sia riconducibile alla funzione giurisdizionale ovvero sia messa in questione l'esistenza stessa del potere giurisdizionale nei confronti del soggetto ricorrente. Ciò perché solo in questi casi il rimedio del conflitto assolverebbe la sua funzione di garanzia di sfere di attribuzione costituzionalmente protette.

Nei ricorsi di Camera e Senato, poi, si chiede alla Corte Costituzionale di valutare la competenza del giudice a pronunciarsi in materie non regolate dalla legge soprattutto quando una specifica norma di legge sia da ritenersi costituzionalmente necessaria quale presupposto indefettibile per l'emanazione di sentenze in materia.

La pronuncia n.25 del 1981 della Corte Costituzionale definisce leggi costituzionalmente necessarie quelle "leggi ordinarie, la cui eliminazione ad opera del referendum priverebbe totalmente di efficacia un principio od un organo costituzionale la cui esistenza è invece voluta e garantita dalla Costituzione". Mediante ulteriori sentenze¹⁸, poi, la Consulta connette le suddette leggi all'effettività e alla tutela minima di diritti fondamentali della persona; pertanto, pare corretto affermare che in questa categoria potrebbero agevolmente rientrare eventuali leggi in materia di limiti all'autodeterminazione terapeutica o di scelte di fine vita. Tuttavia, non è conseguenza necessaria a tale affermazione impedire al giudice comune di dare attuazione a diritti soggettivi privi della tutela propria di leggi costituzionalmente necessarie.

Il riconoscimento (pacifico, nei ricorsi di Camera e Senato) di una lacuna normativa in materia necessariamente impone l'attivazione del meccanismo di supplenza giudiziaria al fine di integrare, mediante l'attività interpretativa del giudice, l'ordinamento giuridico in relazione alla fattispecie concreta.

È proprio questa la *ratio* dell'art. 12 delle preleggi¹⁹ che impone al giudice di decidere "secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato", estrapolando la regola del caso concreto, non regolato, dal principio generale identificabile attraverso un procedimento induttivo di astrazione generalizzante²⁰ fondato sull'unità organica del diritto oggettivo²¹.

1999; nello stesso senso, tra le più recenti, sentenze n. 290, n. 222, n. 150, n. 2 del 2007)".

¹⁸ Sentenza n. 35 del 1997, sentenze n. 42 e n. 49 del 2000.

¹⁹ La norma, espressione di un principio tipico dei Paesi di tradizione romanistica, richiama la novella 125 di Giustiniano: "*perfecte examinare causam et quod sibi iustum atque legitimum visum sit iudicare*".

²⁰ Del resto, il procedimento in questione era già stato utilizzato in circostanze analoghe e nell'ambito di materie parimenti "delicate": la questione relativa alla possibilità, per il marito che avesse dato il consenso all'inseminazione eterologa della moglie, di procedere poi al disconoscimento di paternità, nel silenzio del codice civile sul punto (Cass. 16 marzo 1999, n. 2315, *Corriere giuridico*, 1999, p. 429).

²¹ Per ulteriori approfondimenti sulla funzione interpretativa, stante la vastissima bibliografia sul tema, si rimanda a: E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Milano, 1971; Id., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1971; E. CALDARA, *Interpretazione delle leggi*, Roma, 1980; F. CAMMEO, *L'interpretazione autentica*, in *Giur. It.*, 1907; G. GALLONI, *La interpretazione della legge con particolare riguardo ai rapporti fra interpretazione autentica e giurisprudenziale*, Milano, 1955; R. GUASTINI., *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993; G. MARZANO, *L'interpretazione della legge con particolare riguardo ai rapporti fra l'interpretazione autentica e giurisprudenziale*, Milano, 1955; F. MODUGNO *Appunti dalle lezioni di teoria dell'interpretazione*, Roma, 1997; A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto, disposizioni sulla legge in generale*, Bologna-Roma, 1977. Per una esauriente rassegna sulla funzione

Essendo impossibile ravvisare nel nostro ordinamento un meccanismo di *référé législatif*, neppure in forma attenuata, occorre invece ribadire la vocazione normogenetica dell'ordinamento stesso, soprattutto in relazione alla completezza contenutistica della nostra Costituzione²².

È quindi dovere, e non facoltà del giudice, ricorrere ai principi generali²³ qualora manchino i presupposti per l'analogia; e, a ragione, si può ritenere che sia stata proprio questa l'attività messa in atto dalla Suprema Corte nel caso in esame.

Il fatto che questo procedimento concorra alla produzione di diritto, piuttosto che alla mera attività interpretativa fine a se stessa, è una "verità banale"²⁴; del resto, se così non fosse, difficilmente il diritto potrebbe adeguarsi alle trasformazioni determinate dai mutamenti sociali, dall'introduzione di nuove tecnologie, dall'emergere di esigenze diverse e imprevedibili.

Ovviamente, non si può sovrapporre la produzione del diritto realizzata dall'organo legislativo a quella realizzata dagli organi giudiziari; diverse sono le forme e le finalità.

L'atto legislativo, a carattere generale e astratto, è volto a disciplinare una serie di circostanze future e potenziali, la sentenza del giudice è volta a risolvere una controversia già cretasi sulla base di norme previgenti; inoltre, a fronte di una totale discrezionalità dell'organo legislativo sul se e sul come legiferare, vi è un obbligo per il giudice, in forza del divieto del *non liquet*, di non esonerarsi dalla decisione di una controversia²⁵.

interpretativa in relazione alla vicenda Englaro: R. ROMBOLI, *op. ult. cit.*

²² Con la sentenza n. 98/1979, si è affermato che l'art. 2 Cost. nel riconoscere i diritti inviolabili dell'uomo deve essere ricollegato alle norme costituzionali concernenti singoli diritti e garanzie fondamentali, quanto meno nel senso che non esistono altri diritti fondamentali inviolabili che non siano necessariamente conseguenti a quelli costituzionalmente previsti". Per un approfondimento su questa considerazione, si rimanda a P. CARETTI, *I diritti fondamentali*, Torino, 2005.

²³ La Corte Costituzionale, nella sent. n. 6 del 26 giugno 1956, ha affermato che si considerano principi generali dell'ordinamento "quegli orientamenti e quelle direttive di carattere generale e fondamentale che si possono desumere dalla connessione sistematica, dal coordinamento e dall'intima razionalità delle norme che concorrono a formare, in un dato momento storico, il tessuto dell'ordinamento vigente e che quindi promanano dalla coerente e vivente unità logica e sostanziale del diritto positivo". Per un approfondimento, si rinvia a V. CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, in *Riv. int. dir.*, 1941.

²⁴ La locuzione è di M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Milano, 1984, citato da R. ROMBOLI, *op. ult. cit.* "L'ordinamento giuridico non è quello che risulta dai codici e dalle varie leggi bensì, almeno in parte, quello che risulta dalle sentenze della magistratura. Ed in questo senso si può riconoscere alla giurisprudenza (qualora si sia assestata nell'interpretazione di un testo normativo) valore di fonte del diritto". T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Milano, 2005, p. 75.

²⁵ "Insomma, che i giudici siano tenuti a individuare la norma di diritto da applicare al caso concreto sottoposto alla loro cognizione non è frutto dell'ideologia usurpatrice della Cassazione, ma specifica prescrizione di legge". R. BIN, *op. ult. cit.*

Egli, quindi, in assenza di una norma *ad hoc*, ovvero in presenza di più norme applicabili ma contraddittorie, non può astenersi dall'applicazione della legge²⁶, anzi è proprio in questi casi che il ragionamento giuridico deve supplire alla carenza legislativa²⁷.

Nel caso di specie, la Corte di Cassazione, considerato il carattere primario e assoluto dei diritti coinvolti e l'esigenza di una loro immediata tutela, mediante una delicata opera di ricostruzione della regola di giudizio nel quadro dei principi costituzionali, da imporre al giudice come regola di giudizio, ha supplito alla mancanza di una disciplina organica in materia, facendo applicazione dei principi costituzionali, di quelli generali, e delle disposizioni del codice civile²⁸.

L'apice del conflitto tra istituzioni generato dal caso Englaro è stato raggiunto quando, con lettera riservata²⁹ indirizzata al Presidente del Consiglio dei Ministri, il Presidente della

²⁶ Nel noto caso di Piergiorgio Welby, la determinazione dell'autorità giudiziaria fu, invece, la seguente: "in assenza della previsione normativa degli elementi concreti, di natura fattuale e scientifica, di una delimitazione giuridica di ciò che va considerato accanimento terapeutico, va esclusa la sussistenza di una forma di tutela tipica dell'azione da far valere nel giudizio di merito, e di conseguenza, ciò comporta la inammissibilità dell'azione cautelare, attesa la sua finalità strumentale e anticipatoria degli effetti del futuro giudizio di merito. Solo la determinazione politica e legislativa, facendosi carico di interpretare la accresciuta sensibilità sociale e culturale verso le problematiche relative alla cura dei malati terminali, di dare risposte alla solitudine ed alla disperazione dei malati di fronte alle richieste disattese, ai disagi degli operatori sanitari ed alle istanze di fare chiarezza nel definire concetti e comportamenti, può colmare il vuoto di disciplina, anche sulla base di solidi e condivisi presupposti scientifici che consentano di prevenire abusi e discriminazioni (allo stesso modo in cui intervenne il legislatore per definire la morte cerebrale nel 1993)", Tribunale di Roma, sezione prima civile, ordinanza 15-16 dicembre 2006, *considerato in diritto*. Per ulteriori approfondimenti, si rinvia a A. GUZZAROTTI, *In margine al caso Welby: notazioni su adattamento ai trattati e deleghe non attuate*, in www.forumcostituzionale.it; A. PIZZORUSSO, *Il caso Welby: il divieto di non liquet*, in *Quad. Cost.*, II, giugno 2007.

²⁷ "Questa Corte non rileva la sussistenza nella specie di indici atti a dimostrare che i giudici abbiano utilizzato i provvedimenti censurati – aventi tutte le caratteristiche di atti giurisdizionali loro proprie e, pertanto, spieganti efficacia solo per il caso di specie – come meri schermi formali per esercitare, invece, funzioni di produzione normativa o per menomare l'esercizio del potere legislativo da parte del Parlamento, che ne è sempre e comunque il titolare", dal testo dell'ordinanza in oggetto.

²⁸ Amara la riflessione di R. BIN, *op. ult. cit.*, "Restano alcuni fatti. Quasi mille tra senatori e deputati hanno perso ore e ore del loro tempo prezioso (in più di un senso), non per discutere di una legge equilibrata e rispettosa dei principi costituzionali, ma per convincersi dell'opportunità del conflitto di attribuzioni contro i giudici; le Camere hanno speso danaro pubblico per retribuire avvocati disposti ad affrontare l'impervio compito di stendere un ricorso palesemente infondato; la Corte ha dovuto spendere del tempo a trattare del ricorso, anche se non ha potuto far altro che rigettarlo *in limine litis*. E tutto ciò ha scavato, del tutto inutilmente e gratuitamente, un altro solco tra i poteri dello Stato, lungo quel delicato crinale che, per ragioni costitutive, nello Stato di diritto separa la politica dal diritto – crinale che in Italia rischia ormai di diventare una trincea rispetto alla quale anche la Corte Costituzionale è sollecitata sempre più spesso a scegliere il campo in cui schierarsi. Il che ci fa anche intendere con quale spirito il Parlamento proceda da un po' di tempo alla nomina dei "propri rappresentanti" in essa".

²⁹ La lettera in questione è stata riportata da tutti i maggiori organi di stampa. In questa sede, per il testo integrale della stessa, si rinvia a www.quirinale.it.

Repubblica ha esposto le ragioni che gli avrebbero impedito³⁰ di firmare un decreto legge predisposto dal Governo appositamente per il caso Englaro³¹. In questa disposizione si imponeva indistintamente a qualunque soggetto che si fosse trovato nella condizione di alimentazione artificiale il divieto di rifiutare il trattamento e analogo rifiuto si imponeva a chi avesse dovuto legalmente provvedere alla assistenza di un soggetto non più in grado di badare a se stesso³².

La finalità di questo decreto pareva essere non tanto quella di disciplinare organicamente la materia del fine vita, quanto quella di impedire l'interruzione dell'alimentazione di un singolo paziente in stato vegetativo permanente, malgrado tale interruzione fosse stata autorizzata da diverse pronunce giurisdizionali³³.

La vicenda ha riproposto all'attenzione della dottrina il tema dei poteri presidenziali in sede di emanazione degli atti aventi forza di legge, dato che l'art. 87 comma 5 della Costituzione afferma soltanto che il Presidente "emana i decreti aventi valore di legge", implicitamente assegnando all'interprete il compito di riempire i vuoti lasciati dalla disposizione, a causa della sua laconicità³⁴. L'art. 74, invece, non si limita ad attribuire al Presidente il potere di promulgazione delle leggi, ma disciplina forma e modalità di esercizio di questo potere.

³⁰ "Un compito gravoso e difficile, specialmente per un organo monocratico" come definito da T. GROPPI, *Il caso Englaro, cit.*, p. 10.

³¹ Vasta la bibliografia sul tema. A mero titolo esemplificativo, si rimanda a V. LIPPOLIS, *Gli equilibri Colle-Governo*, il Mattino, 17 febbraio 2009; S. GAMBINO, *Eluana, Berlusconi e Napolitano*, Calabria Ora, 7 febbraio 2009; S. RODOTA', *Giornata nera per la Repubblica*, in la Repubblica, 7 febbraio 2009 e, successivamente, dello stesso A., *Lo tsunami costituzionale, cit.*; S. STAMMATI, *Breve nota sui problemi costituzionali suscitati dal caso Englaro*, www.astrid.eu; U. ALLEGRETTI, *Un rifiuto presidenziale ben fondato*, www.astrid.eu; V. ONIDA, *Il controllo del Presidente della Repubblica sulla costituzionalità dei decreti-legge*, in www.astrid.eu; A. MANZELLA, *L'arrembaggio alla Costituzione*, la Repubblica, 9 febbraio 2009.

³² Di seguito, il testo completo del decreto: «in attesa dell'approvazione di una completa e organica disciplina legislativa in materia di fine vita l'alimentazione e l'idratazione, in quanto forme di sostegno vitale e fisiologicamente finalizzate ad alleviare le sofferenze, non possono in alcun caso essere rifiutate dai soggetti interessati o sospese da chi assiste soggetti non in grado di provvedere a se stessi».

³³ "Siamo di fronte a un "pieno" di diritto, che si vuole "svuotare" con una mossa restauratrice, invece di integrarlo con poche, semplici norme che rendano più agevole e sicuro l'esercizio di un diritto che, lo ripeto, già esiste, non è un'inaccettabile creazione giurisprudenziale" così S. RODOTA', *Lo tsunami costituzionale, cit.*

³⁴ "E' ormai pacifico che tra le maglie larghe (e, in qualche caso, larghissime) di cui si compone la trama del tessuto costituzionale prendono posto regole diverse dal diritto scritto, per natura e complessiva connotazione (consuetudinarie, convenzionali, di correttezza), per la loro parte idonee a concorrere alla inesausta rigenerazione semantica della Carta. Non è solo – si badi – il principio di "leale collaborazione" a spingere verso un esito favorevole all'ammissione del potere di rinvio, ancorché sia invero rimasto stranamente inesplicitato. Ancora prima (e, forse, di più) soccorrono altri principi, tutti concorrenti (e necessariamente serventi) al mantenimento dell'equilibrio complessivo del sistema: al servizio, insomma, sia della forma di Governo che, e più ancora, della forma di Stato". A. RUGGERI, *Il caso Englaro e il controllo contestato*, www.astrid.eu, p. 3.

Parte della dottrina³⁵, stante il richiamo congiunto che all'una e all'altra fa l'art. 87 Cost., ha ritenuto che il potere di emanazione possa essere modellato su quello di promulgazione, individuando, in entrambi i casi, la medesima funzione di controllo del Presidente.

Altri Autori³⁶, invece, tengono a sottolineare le differenze esistenti tra promulgazione ed emanazione, soprattutto in relazione all'atto cui si riferiscono; difatti, mentre la legge è da considerarsi tale anche indipendentemente dalla promulgazione (che, difatti, appartiene alla fase integrativa dell'efficacia), il decreto non possiede una propria peculiare identità giuridica prima dell'emanazione³⁷.

Né vale ipotizzare un ricorso all'analogia per applicare l'art.74 al fine di ricavare la disciplina concreta del potere di emanazione, sia per il differente inquadramento dogmatico anzidetto, sia perché diversa appare la *ratio* del procedimento di approvazione della legge ordinaria rispetto a quello degli atti aventi forza di legge. Le regole del modello parlamentare sottese all'approvazione della legge ordinaria sono improntate alla massima pubblicità, sia del dibattito sia del contenuto della legge stessa, e rispondono alla logica della responsabilità politica derivante dal principio della rappresentanza popolare, mentre nessuna forma di pubblicità è rinvenibile nelle sedute del Consiglio dei Ministri.

Alla luce di queste considerazioni, pare corretto affermare che la disciplina del potere di emanazione è deducibile esclusivamente dalla disciplina e dalla *ratio* della decretazione d'urgenza³⁸.

³⁵ Nella vastissima bibliografia sul tema, a titolo meramente esemplificativo appare opportuno citare P. BARILE, *I poteri del Presidente della Repubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, p. 323; L. PALADIN, *Presidente della Repubblica*, in *Enc. dir.*, vol. XXXV, Milano, 1986, p. 216 ss.; C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, in *Enc. dir.*, vol. XI, Milano, 1962; S. M. CICONETTI, *Decreti-legge e poteri del Presidente della Repubblica*, in *Dir. soc.*, 1980, p. 564; G. PITRUZZELLA, *La legge di conversione del decreto-legge*, Padova, 1989; A. PIZZORUSSO, *I controlli sul decreto-legge in rapporto al problema della forma di Governo*, in *Pol. dir.*, 1981.

³⁶ Ad es. U. RESCIGNO, *Articolo 87*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, *Il Presidente della Repubblica*, Bologna – Roma, 1978.

³⁷ Questa considerazione è stata portata avanti da M. LUCIANI, *L'emanazione presidenziale dei decreti-legge (spunti a partire dal caso E.)* www.astrid.eu, p. 4. L'A. richiama, a sostegno della suddetta tesi, L. PALADIN, *Decreto – legge*, in *N.ss.D.I.*, vol. V, Torino, UTET, 1960, p. 291. Come giustamente rilevato, comunque, "Normalmente il Capo dello Stato interviene dopo che il titolare del potere ha deliberato, non prima; ma, trattandosi di decreto legge, caratterizzato dalla urgenza, e tenendo conto del rapporto più quotidiano ed informale che il Presidente intrattiene col Governo, rispetto a quello che ha con le Camere, non appare affatto improprio o scorretto che il Capo dello Stato, informato dell'intenzione del Governo di varare un decreto, faccia presenti le sue obiezioni prima ancora che il Governo formalmente deliberi". Così V.ONIDA, *op. cit.*, p. 1.

³⁸ La Corte Costituzionale, nella sentenza n. 406 del 1989 ha stabilito che tra i controlli sull'esercizio della funzione legislativa da parte del Governo va necessariamente "annoverato anche quello spettante al Presidente della Repubblica in sede di emanazione degli atti del Governo aventi valore di legge ai sensi dell'art. 87, quinto comma della Costituzione"; tale controllo, inoltre, «è ritenuto di intensità almeno pari a quello spettante allo stesso Presidente sulle leggi ai sensi dell'art.87, terzo comma, della Costituzione». Da tali affermazioni è lecito ricavare non solo l'esistenza, ma anche l'entità del potere presidenziale di controllo sull'emanazione di un decreto legge. Difatti "la Corte non ha preso posizione sulla questione dell'applicabilità analogica delle regole sulla promulgazione al controllo in sede di emanazione. Ha, però, sostenuto che il secondo deve avere una "intensità" almeno "pari" al primo. Ha lasciato aperta la porta,

Appare eccessivamente superficiale la considerazione che, in questa materia, ogni potere e responsabilità del Presidente della Repubblica sarebbe escluso dalla previsione dell'art. 77, che sembrerebbe imputare al solo Governo la responsabilità degli atti aventi forza di legge³⁹. Tale responsabilità è legittimamente configurabile in sede di adozione dei decreti; l'emanazione, invece, in quanto potere presidenziale, inevitabilmente implica una forma di responsabilità del Capo dello Stato, seppure nei limiti desumibili dagli artt. 89 e 90⁴⁰. Pur senza arrivare a sostenere che, in tal modo, il Presidente partecipi al merito del decreto stesso che sarebbe così da considerare come atto complesso⁴¹, occorre rilevare che, poiché ad ogni responsabilità corrisponde un potere, è proprio nel potere di emanazione che può rinvenirsi la possibilità per il Presidente di decidere quale atteggiamento assumere nei confronti dell'emanando decreto⁴². A parere unanime della dottrina, le

dunque, non solo per l'equiparazione del potere di emanazione a quello di promulgazione, ma anche per l'identificazione di margini ancora più ampi per il suo esercizio", M.LUCIANI, *op. cit.*, p. 11.

³⁹ La considerazione in base alla quale la lettura ortodossa della Carta costituzionale imporrebbe di escludere per il Presidente della Repubblica il potere di cui si discute è svolta diffusamente da A. RUGGERI, *op. ult. cit.*, p. 3. L'A. rileva, difatti, che "Ad esser pignoli, a prospettare cioè una lettura... *letteralistica* del dettato costituzionale, (...) il Capo dello Stato potrebbe (e dovrebbe), conformemente al ruolo che gli è proprio, effettuare un controllo, inidoneo però a tradursi in un rinvio al mittente dell'atto (per questa o quella ragione) censurato. E, dunque, potrebbe – motivatamente (lo impone il valore democratico, nelle sue applicazioni alle relazioni degli organi supremi ed a beneficio altresì della comunità) – rifiutarsi di emanare l'atto. Dal suo canto, l'autore dell'atto stesso non resterebbe, ad ogni modo, privo di strumenti di garanzia, disponendo della facoltà di appello al giudice costituzionale, a salvaguardia della propria sfera di competenze (nei casi più gravi, poi, in aggiunta ovvero in alternativa alla apertura di un conflitto tra poteri, potrebbe sollecitare l'attivazione delle procedure di accusa per attentato alla Costituzione)". Successiva a questa, però, la considerazione citata in n. 34. Inoltre, N. ZANON, in *Scelto il principio di precauzione*, in il Sole 24 ore, 7 febbraio 2009, sottolinea che "L'articolo 77 della Costituzione è chiarissimo nell'attribuire alla responsabilità politica e giuridica del Governo la scelta sul ricorso alla decretazione d'urgenza. Per parte sua, il Capo dello Stato non ha, in sede di emanazione di un decreto, gli stessi poteri di cui dispone in sede di promulgazione di una legge. Può rifiutarsi di emanare un decreto-legge solo se ritenga manifestamente assenti i presupposti di necessità e urgenza che la Costituzione richiede. Che questo fosse il caso del decreto su Eluana, sommessamente, mi pare discutibile in fatto e in diritto".

⁴⁰ Come opportunamente rilevato, "intanto, è scritto in Costituzione che il Parlamento debba convertire in legge il decreto, valutando specificamente la necessità e l'urgenza del decreto. Ma ancor più va ricordato che la Corte Costituzionale nella sua più recente giurisprudenza apre – sia pure con prudenza - sulla possibilità che la mancanza di necessità ed urgenza si configuri come vizio di costituzionalità delle legge di conversione del decreto. Dunque, necessità e urgenza non rimangono affidate alla esclusiva decisione del Governo", M. VILLONE, *op. cit.*

⁴¹ Tesi prospettata, peraltro, da G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto costituzionale*, Milano, 1976, p. 209, e da A. M. SANDULLI, *Il Presidente della Repubblica e la funzione amministrativa*, in *Scritti in onore di Francesco Carnelutti*, IV, Padova, 1950, p. 217 e ss., ora in *Scritti giuridici*, I, Napoli, 1990, p. 239.

⁴² Come sottolinea lo stesso Presidente Napolitano, "il potere del Presidente della Repubblica di rifiutare la sottoscrizione di provvedimenti di urgenza manifestamente privi dei requisiti di straordinaria necessità e urgenza previsti dall'art. 77 della Costituzione o per altro verso manifestamente lesivi di norme e principi costituzionali discende dalla natura della funzione di garanzia istituzionale che la Costituzione assegna al Capo dello Stato ed è confermata da più precedenti

reazioni del Capo dello Stato alternative all'emanazione sono⁴³: 1) il rinvio del decreto al Governo per una nuova deliberazione, alla quale potrebbe seguire un ulteriore rifiuto di emanazione ovvero l'emanazione obbligata (se si accoglie la tesi che ritiene applicabile in via analogica l'art.74); 2) il rifiuto immediato e assoluto di emanazione; 3) la mera segnalazione informale di perplessità sulla possibilità di emanare, alla quale potrebbe seguire un rinvio formale ovvero un rifiuto di emanazione.

Il decreto legge rappresenta l'ipotesi più penetrante di assunzione di potere legislativo da parte del Governo⁴⁴, giacché il passaggio parlamentare è previsto solo in una fase temporalmente successiva, e cioè quando l'atto governativo ha già prodotto effetti⁴⁵; in questo caso il controllo presidenziale agisce su una fonte normativa sottratta al controllo del Parlamento, nonché a quello dell'opinione pubblica, non tacendo il fatto che nei sessanta giorni di vigenza è pressoché impossibile che possa essere attivato il controllo della Corte Costituzionale⁴⁶. Pertanto, forse proprio nel caso di un decreto legge, il controllo del Presidente della Repubblica dovrebbe essere più incisivo e stringente, nella misura in cui spetta al solo Governo la valutazione politica sulla sussistenza dei presupposti per l'adozione del decreto stesso⁴⁷.

consistenti sia in formali dinieghi di emanazione di decreti legge sia in espresse dichiarazioni di principio di miei predecessori (si indicano nel poscritto i più significativi esempi in tal senso)", dal testo della lettera, www.quirinale.it.

⁴³ La sintesi che segue è stata ricordata da M.LUCIANI, *op. cit.*, p. 10, cui si rimanda per ulteriori approfondimenti.

⁴⁴ "Il decreto-legge costituisce la sola ipotesi in cui il Governo, sia pure provvisoriamente, per la durata massima di sessanta giorni, può mettere in discussione *motu proprio* il monopolio della funzione legislativa conferito alle Camere dall'art. 70 Cost. Sebbene la stabilizzazione degli effetti normativi del decreto-legge richieda un passaggio parlamentare, che deve condurre alla conversione in legge, non è dubbio che quegli effetti si producano per sessanta giorni nell'ordinamento, in ragione della semplice e autonoma volontà del Governo", M. LUCIANI, *op. cit.*, p. 13.

⁴⁵ Per ulteriori considerazioni sul decreto legge come fonte del diritto, e per riferimenti alla prassi, A. BALDASSARRE - C. MEZZANOTTE, *Gli uomini del Quirinale*, Bari, 1985, p. 257; L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, p. 26; A. CELOTTO, *L'abuso del decreto legge*, Padova, 1997, p. 259.

⁴⁶ Si tratta difatti di un "controllo di legittimità preventiva sul più "pericoloso" dei poteri del Governo: decreti per fare norme legislative che entrano in vigore, prima ancora che il Parlamento se ne possa occupare"; l'osservazione è di A. MANZELLA, *op. cit.*

⁴⁷ In effetti, sul piano delle sanzioni costituzionali, è opportuno osservare che esiste la possibilità "che il Capo dello Stato sia incriminato per attentato alla Costituzione, nonché per alto tradimento dal Parlamento che non intenda condividere la responsabilità che scaturisce dall'emanazione di un decreto legge eversivo della Costituzione e che non intende convertire in legge". Difatti "nel caso del decreto legge la responsabilità delle Camere sorge al momento della conversione. Pertanto, ove le stesse fossero contrarie al decreto eversivo, potrebbero, oltre a non convertirlo, votare una mozione di sfiducia opportunamente presentata ed applicare pertanto una sanzione nei confronti del Governo, ed inoltre instaurare il procedimento d'accusa contro il Capo dello Stato", L. VENTURA, *Le sanzioni costituzionali*, Milano, 1981, p. 151 e s.

Nella missiva del Presidente Napolitano una delle censure mosse al testo normativo predisposto dal Governo riguardava proprio l'assenza dei presupposti di straordinaria necessità e urgenza costituzionalmente necessari per l'adozione di un decreto legge.

In modo ormai pressoché unanime in dottrina si è riconosciuto come la straordinarietà sia un attributo da riferire alla necessità e all'urgenza⁴⁸, nel senso che esse devono necessariamente correlarsi alla straordinarietà delle circostanze che le determinano e che, secondo la valutazione del Governo, giustificano l'intervento legislativo provvisorio.

Se è vero come è vero che necessità e urgenza sono inevitabilmente sottoposte alla valutazione soggettiva del Governo, è altrettanto vero che la straordinarietà dovrebbe riguardare casi, se non proprio imprevedibili, almeno difficilmente prevedibili e tali da non consentire l'attivazione del procedimento legislativo, in considerazione delle lungaggini che esso comporta e da derogare al principio di rappresentanza popolare, cardine del sistema costituzionale italiano.

Nel caso in esame, non sembra integrare gli estremi della straordinarietà la circostanza dell'utilizzo dell'atto governativo per imprimere un destino a una sola persona, soprattutto perché la vicenda di Eluana Englaro era all'attenzione delle istituzioni da diverso tempo, e comunque da un tempo abbastanza considerevole da aver potuto consentire l'avvio e la conclusione di un procedimento legislativo⁴⁹; la straordinarietà sarebbe quindi prodotto dell'inerzia legislativa, ma anche governativa, posto che lo stesso Governo avrebbe potuto attivarsi quantomeno sul piano dell'iniziativa legislativa. In effetti, proprio nella misura in cui la disposizione governativa in questione si auto-qualifica come "parziale", e intervenuta nelle more di un procedimento legislativo in atto già da tempo, emerge la considerazione che una tale normativa, essendo espressione di una maggioranza governativa che coincide con quella parlamentare, molto facilmente potrebbe condizionare il dibattito parlamentare in materia⁵⁰.

⁴⁸ In tal senso L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, cit., p. 242 e ss.

⁴⁹ "Il ricorso al decreto legge – piuttosto che un rinnovato impegno del Parlamento ad adottare con legge ordinaria una disciplina organica - appare soluzione inappropriata. Devo inoltre rilevare che rispetto allo sviluppo della discussione parlamentare 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", dal testo della lettera, www.quirinale.it.

⁵⁰ In realtà, l'incostituzionalità relativa alla sussistenza dei presupposti di necessità e urgenza sussiste da qualsiasi punto di vista si voglia osservare la questione. "Difatti, delle due l'una. O c'è la necessità e l'urgenza di un decreto-legge per intervenire a "salvare" Eluana Englaro. Ma così facendo il Governo incide indebitamente su una sentenza definitiva. Oppure si tratta di una normativa generale, che prescinde dal caso di Eluana. Ma allora il decreto-legge è sprovvisto dei presupposti di necessità e di urgenza, previsti dall'art.77 della Costituzione"; così T. GROPPI, *"Incostituzionale un decreto per il caso Eluana"*, l'Unità, 6 febbraio 2009. Della stessa opinione F. G. PIZZETTI, *In margine ai profili costituzionali degli ultimi sviluppi del caso Englaro: limiti della legge e "progetto vita"*, www.astrid.eu, p. 2. Secondo l'A. "va da sé, difatti, che — nella logica del Capo dello Stato — ove il decreto-legge avesse solamente disposto per l'avvenire (ex art. 11 delle Disposizioni sulla legge in generale), senza essere applicabile, di per sé, al "caso Englaro", esso sarebbe risultato comunque privo dei requisiti ex art. 77 Cost., dal momento che non vi era nessun altro caso analogo "sub iudice". Senza contare che sarebbe stato invero arduo comprendere in che termini l'adozione di un provvedimento indifferibile ed urgente in materia di alimentazione e idratazione artificiale volto a regolare esclusivamente casi futuri e diversi da quello della giovane donna di Lecco, poteva sposarsi con le stesse dichiarazioni rese alla stampa, prima e dopo l'approvazione del decreto-legge, da parte del Presidente del Consiglio dei Ministri. In ogni caso, che il

Le considerazioni in merito alla non sussistenza della necessità e dell'urgenza paiono strettamente connesse a quelle circa l'efficacia di quel decreto, posto che, in base alle dichiarazioni rese dai membri del Governo, esso avrebbe dovuto avere efficacia retroattiva; in ogni caso, però, esso non avrebbe mai potuto incidere sulla pronuncia giurisdizionale definitiva⁵¹, stante l'inviolabilità del principio di separazione dei poteri e le caratteristiche del giudicato⁵². La Corte Costituzionale ha più volte censurato il comportamento del legislatore che si proponesse di incidere sulla *res iudicata* conferendo efficacia retroattiva ad atti normativi⁵³. Né vale a confutare questa tesi la considerazione in base alla quale, ai sensi del combinato disposto degli artt. 324 e 742 del codice civile, trattandosi di un procedimento di volontaria giurisdizione, il decreto della Corte d'appello di Milano del 9/7/2008 non sarebbe idoneo ad assumere la forza della cosa giudicata⁵⁴. In realtà la Corte di Cassazione, prima con la sentenza n. 21748/2007 e poi con la pronuncia decreto-legge del 6/2/2009 potesse avere anche valenza retroattiva, lo dimostra l'uso della formula, generica e onnicomprensiva: « in alcun caso ».

⁵¹ Del resto, un caso pressochè identico, stante comunque la ovvia diversità dei sistemi costituzionali, si era verificato negli Stati Uniti d'America in merito alla nota vicenda di Terry Schiavo; in quella occasione, difatti, la *Public Law 03-418, 2003 Fla. Stat. 418* (c.d. *Terry's Law*) era stata annullata dalla Corte Suprema della Florida poiché incostituzionale per lesione del principio della separazione dei poteri dato che l'atto era stato redatto in modo tale da incidere su quanto già disposto da una sentenza passata in giudicato (*Bush v. Schiavo, 885 So. 2d 321 (Fla. 2004), certiorari denied, 125 S. Ct. 1086 (2005)*). La vicenda è ricordata in F.G. PIZZETTI, *op. cit.*, p. 6.

⁵² Queste le parole del Capo dello Stato a riguardo: "il fondamentale principio della distinzione e del reciproco rispetto tra 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", www.quirinale.it.

⁵³ *Ex multis*, v. Corte cost., sent. n. 374/2000 laddove si parla di "una lesione dei principi relative ai rapporti tra potere legislativo e potere giurisdizione, nonché delle disposizioni relative alla tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi"; v. anche Corte cost., sent. n. 525/2000, Corte cost., sent. n. 282/2005: « al legislatore è precluso intervenire, con norme aventi portata retroattiva, per annullare gli effetti del giudicato: se vi fosse un'incidenza sul giudicato, la legge di interpretazione autentica non si limiterebbe a muovere, come ad essa è consentito, sul piano delle fonti normative, attraverso la precisazione della regola e del modello di decisione cui l'esercizio della potestà di giudicare deve attenersi, ma lederebbe i principi relativi ai rapporti tra potere legislativo e potere giurisdizionale e le disposizioni relative alla tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi ». Da ultima, sent. 267/2007: "leggi-provvedimento", sotto il profilo costituzionale, sono ammissibili entro limiti sia specifici (qual è, ad esempio, quello del rispetto della funzione giurisdizionale in ordine alla decisione delle cause in corso), sia di carattere generale (e cioè del principio della ragionevolezza e non arbitrarietà)".

⁵⁴ Di questo parere, N. ZANON, *op.cit.*. L'A. rileva che "per definizione, i provvedimenti assunti in sede di giurisdizione volontaria non contenziosa non hanno forza di giudicato, e sono anzi revocabili e modificabili dal giudice in ogni momento, proprio perché preordinati all'esigenza prioritaria della tutela dei diritti di soggetti deboli" e inoltre "È comunque obiettivamente controvertibile che nel nostro caso una sentenza passata davvero in giudicato vi sia, e che un atto del Governo teso a paralizzarne l'esecuzione configuri realmente una lesione delle prerogative del potere giudiziario. Ed è dunque difficile convertire questa controversa questione in una ragione di manifesta inesistenza dei presupposti di necessità e urgenza". Ancora, secondo l'A., risulta "attuato, ragionevolmente, un principio di precauzione, impedendo

n. 27145/2008, non ha nutrito dubbi circa la ricorribilità, ai sensi dell'art. 111 Cost., dei provvedimenti adottati dalla Corte d'Appello milanese, riconoscendo, pertanto, a questi ultimi l'attitudine a passare in cosa giudicata, dal momento che il ricorso straordinario in questione è considerabile proprio come il provvedimento di legittimità tipico ed ineliminabile di ogni provvedimento idoneo al giudicato⁵⁵.

Inoltre, posta la considerazione in base alla quale la formazione della *res iudicata* risponde all'esigenza di certezza dei diritti soggettivi e di tutela del diritto di difesa⁵⁶, l'emanazione del decreto in questione avrebbe necessariamente leso i diritti definitivamente e concretamente riconosciuti al singolo dalla decisione giudiziaria⁵⁷.

Le censure del Capo dello Stato non investivano solo l'utilizzo del decreto legge in quanto tale ma, in rapporto al parametro costituzionale, coinvolgevano anche il fine che questo atto si proponeva, e cioè i possibili effetti irreversibili che l'immissione del decreto legge nell'ordinamento avrebbe prodotto.

Difatti, imponendo indiscriminatamente a tutti l'obbligo di non rifiutare l'idratazione e l'alimentazione artificiale, esso non avrebbe consentito, in realtà, di derogare ad una simile, imperativa prescrizione neanche in quelle situazioni che, talvolta temporaneamente, impongono al paziente di astenersi e a chi presta le cure di sospenderle⁵⁸.

Agevolmente avrebbe potuto configurarsi un profilo di illegittimità costituzionale; ma tutto ciò avrebbe necessariamente urtato contro la provvisorietà del provvedimento in questione che avrebbe potenzialmente comportato, quindi, effetti irreversibili sulla tutela del diritto alla salute, così come tracciato dal testo costituzionale.

Nel caso in esame la dottrina⁵⁹, in modo pressoché uniforme, ha ritenuto di poter qualificare l'intervento del Capo dello Stato come rifiuto assoluto di emanare, sia perché dal testo della missiva non sembrava potessero desumersi i margini di una richiesta di rinvio e sia perché in questo senso sembra averlo inteso il Governo, dato che ha ritenuto di dover trasformare il testo in un disegno di legge da sottoporre all'esame parlamentare e da approvare *ad horas*.

qualunque sospensione del sostegno vitale ai soggetti non in grado di provvedere a sé stessi, fino all'approvazione della nuova legge, qualunque ne sia il contenuto".

⁵⁵ Questa, difatti, l'opinione espressa dal Presidente Napolitano nella missiva: "Decisione definitiva, sotto il profilo dei presupposti di diritto, deve difatti considerarsi, anche un decreto emesso nel corso di un procedimento di volontaria giurisdizione, non ulteriormente impugnabile, che ha avuto ad oggetto contrapposte posizioni di diritto soggettivo e in relazione al quale la Corte di cassazione ha ritenuto ammissibile pronunciarsi a norma dell'articolo 111 della Costituzione: decreto che ha dato applicazione al principio di diritto fissato da una sentenza della Corte di cassazione e che, al pari di questa, non è stato ritenuto invasivo da parte della Corte Costituzionale della sfera di competenza del potere legislativo".

Per ulteriori considerazioni sul piano processual-civilistico, e per indicazioni bibliografiche, poi, si rimanda a C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, Torino, 2007, 335; v. in giurisprudenza, Cass., sez. 1 civ., sent. n. 6011/2003. Sul caso di specie, R. CAPONI – A. PROTO PISANI, *Il caso Englaro: brevi riflessioni dalla prospettiva del processo civile*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 24 febbraio 2009, p. 2, in corso di pubblicazione sul Foro it., 2009, V.

⁵⁶ Appare utile richiamare la opportuna rappresentazione della *res iudicata* come le "colonne d'Ercole" dell'efficacia retroattiva della legge. La definizione è di A. PUGIOTTO, *Il legislatore interprete e le "colonne d'Ercole" del giudicato*, in *Giur. Cost.*, 2000, 2662 ss.

Vale solo la pena di accennare che, successivamente alla missiva del Presidente Napolitano, il testo del decreto legge non emanato è stato quasi integralmente trasfuso in un disegno di legge⁶⁰ immediatamente presentato al Senato⁶¹ con l'autorizzazione del Capo dello Stato (AS 1369), subito calendarizzato, esaminato dalla 12° 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.

A quanti hanno contestato al Presidente una potenziale contraddizione nel momento in cui ha autorizzato la presentazione del disegno di legge alle Camere⁶² è facile opporre la considerazione in base alla quale, proprio per la diversa natura del disegno di legge, dotato di minore incisività costituzionale, il Presidente ha ritenuto, in forza della sua

⁵⁷ Sull'argomento, diffusamente A. PUGIOTTO, *Leggi interpretative e funzione giurisdizionale*, in A. ANZON (a cura di), *Le leggi di interpretazione autentica tra Corte Costituzionale e legislatore. Atti del seminario di Roma del 5 ottobre 2000*, Torino, 2001, p.66.

⁵⁸ “Desta inoltre gravi perplessità l'adozione di una disciplina dichiaratamente provvisoria e a tempo indeterminato, delle modalità di tutela di diritti della persona costituzionalmente garantiti dal combinato disposto degli articoli 3, 13 e 32 della Costituzione: disciplina altresì circoscritta alle persone che non siano più in grado di manifestare la propria volontà in ordine ad atti costrittivi di disposizione del loro corpo”. Così il Presidente della Repubblica, in www.quirinale.it.

⁵⁹ A titolo meramente esemplificativo, G. SERGES, *Il rifiuto di emanazione del decreto legge*, www.astrid.eu; U. ALLEGRETTI, *op. cit.*; S. STAMMATI, *op. cit.*

⁶⁰ “Per la prima volta nella storia repubblicana un Governo “si ribella”, rivoltandosi contro chi, per Costituzione ha il compito di garantire l'equilibrio dei poteri”, G.AZZARITI, *Sana e robusta costituzione*, l'Unità, 15 febbraio 2009. Lo stesso A. ribadisce che “Non si era ancora mai visto difatti un Governo della Repubblica italiana che non si fosse arrestato dopo un intervento informale, ma chiaro e deciso, del Presidente della Repubblica. Napolitano aveva fatto sapere in modo esplicito e ripetuto di considerare il decreto legge una via impraticabile, per evidenti e gravissime ragioni d'ordine costituzionale”. Id., *Un inquietante schiaffo al Presidente della Repubblica*, il Manifesto, 6 febbraio 2009. Come opportunamente sottolineato, inoltre, “Si trattava, ovviamente, non solo di una forzatura formale dell'ordine corretto dei rapporti tra due organi, Governo e parlamento, considerati in astratto; ma di un'alterazione concreta della relazione tra maggioranza e opposizione, contraria, questa, almeno in una sua parte prevalente, alla soluzione data dal decreto allo spinoso problema del trattamento dell'alimentazione e idratazione meccaniche: il che toccava la sostanza stessa del rapporto democratico”, U.ALLEGRETTI, *op. cit.*, p. 2.

⁶¹ Come opportunamente rilevato, “il Governo tenta una ennesima forzatura, pericolosa e inutile. Pericolosa, perché insiste su una soluzione che, con rigore tecnico, era stata ritenuta non percorribile dal Presidente della Repubblica: si vuole, dunque, mantenere aperto il conflitto con Napolitano. Inutile, perché non sarà possibile intervenire in modo legittimo per bloccare l'attività già avviata di interruzione dei trattamenti sulla base di una legge su questo punto chiaramente incostituzionale”. S. RODOTA', *Lo tsunami costituzionale*, *cit.*

⁶² Di questa opinione, A. RUGGERI, *op. ult. cit.*, p. 5. L'Autore rileva che “Se l'articolato messo a punto dal Governo si considerava – a torto o a ragione – offensivo verso la separazione dei poteri, il Capo dello Stato non avrebbe dovuto autorizzarne la presentazione alle Camere e, qualora l'articolato stesso fosse stato tradotto in legge, avrebbe potuto (o, meglio, dovuto) rispedirlo indietro, per un nuovo esame” e che “se era davvero in gioco anche (ma non solo) uno dei

funzione di rappresentante dell'unità nazionale⁶³, di dover riportare il dibattito nell'ambito dell'organo che meglio rappresenta la struttura pluralista della società; a ben vedere, l'intervento del Presidente in sede di emanazione del decreto parrebbe atto a tutelare la funzionalità del Parlamento⁶⁴ in materie di tutela di diritti costituzionalmente garantiti, mentre, in questo caso, non era urgente il medesimo intervento data la possibilità, per il Parlamento, di ovviare ad eventuali vizi di costituzionalità⁶⁵.

3. Conclusioni

Considerati gli accadimenti costituzionali susseguitisi, così come qui brevemente illustrati, pare corretto affermare che il sistema delle garanzie costituzionali e i "congegni

principi fondanti l'ordine costituzionale, il Presidente della Repubblica avrebbe potuto (e, anzi, dovuto) determinarsi diversamente. Non averlo fatto rimarca e proietta ancora di più in primo piano la questione delle forme, lasciando invece sullo sfondo la sostanza dalle stesse coperta, così però alimentando aspettative alle quali invece nessuno spazio avrebbe potuto (né un domani potrebbe) essere dato." M. LUCIANI, in *op. cit.*, p. 7, oppone a questa tesi (richiamandola espressamente) il fatto che "Se il Presidente davvero potesse e dovesse negare l'autorizzazione alla presentazione dei disegni di legge governativi in tutti i casi di contrasto con i principi fondamentali della Costituzione, assisteremmo ad un aggiramento dei limiti del diniego assoluto di promulgazione fissati dal combinato disposto degli artt. 74 e 90 Cost., ottenendo il Presidente il risultato di bloccare del tutto la produzione legislativa parlamentare già in anticipo e nel al di là dei limiti in questione. Oppure, assisteremmo ad una vera e propria farsa, ben potendo il Governo far presentare il medesimo progetto di legge da un parlamentare della maggioranza, che non ha bisogno di alcuna autorizzazione presidenziale per esercitare, ai sensi dell'art. 71 Cost., il diritto di iniziativa".

⁶³ Nel caso di specie, è stato ribadito che il Capo dello Stato è "il "garante" costituzionale del sistema, colui che non interviene nel merito dei conflitti politici proprio per preservare la sua autorevolezza di istituzione imparziale e di "rappresentante dell'unità nazionale", prendendo la parola solo nei casi di eccezione e con lo scopo di assicurare che la legittima contesa politica si mantenga entro i binari della "superiore legalità costituzionale"". G. AZZARITI, *op. ult. cit.*

⁶⁴ "Il Presidente si è sentito chiamato ad esplicitare, oltre che i poteri formali di Capo dello Stato, quelli di rappresentante dell'unità nazionale, nell'intento di far sì che la discussione e decisione su una questione così delicata avvenisse fin dal primo momento nell'ambito dell'organo – il parlamento – che per la sua rappresentatività e il suo modo di funzionare meglio rispecchia la struttura pluralistica della società. (Dimostra questo punto quel passo della lettera che si richiama esplicitamente all'implicazione della "opinione pubblica" nell'attenzione al tema).", U. ALLEGRETTI, *op. cit.*, p.3. L'A. si riferisce al seguente periodo della lettera di Napolitano: "I temi della disciplina della fine della vita, del testamento biologico e dei trattamenti di alimentazione e di idratazione meccanica sono da tempo all'attenzione dell'opinione pubblica, delle forze politiche e del Parlamento, specialmente da quando sono stati resi particolarmente acuti dal progresso delle tecniche mediche".

⁶⁵ Inoltre, comunque, occorre rilevare come "il Governo possa sempre far presentare il disegno di legge da uno o più parlamentari della maggioranza, eludendo così l'ostacolo eventualmente costituito dal rifiuto del Presidente di autorizzare la presentazione", L. VENTURA, *op. cit.*, 150.

istituzionali⁶⁶ hanno, nel complesso, tenuto, sia per quanto riguarda le garanzie giurisdizionali dei diritti sia per quanto riguarda quelle dei rapporti tra i poteri.

Difatti la vicenda, nel suo complesso, ha riproposto l'attualità del rapporto tra diritti e poteri e tra poteri in quanto tali⁶⁷; ha costretto la dottrina, ma anche l'opinione pubblica, a re-interrogarsi sull'esistenza e sui confini dell'*idem sentire de re publica*, sui tratti distintivi del principio della separazione dei poteri⁶⁸, sui limiti all'invasività del potere politico.

Chiusa la vicenda Englaro, resta aperto il dibattito sui problemi costituzionali che la vicenda stessa ha suscitato; tacendo degli aspetti tragicamente umani della questione, appare discutibile persino l'imprescindibile necessità di una legge in materia. Ritorna, infatti, attuale l'immagine della "Costituzione presbite" elaborata da Calamandrei⁶⁹, e volutamente onnicomprensiva di potenziali "nuovi diritti" dei tempi a venire. Alla luce di queste considerazioni, una legge sul fine vita sarebbe quindi indiscutibilmente più pratica per l'interprete che si trovasse a dover risolvere il caso concreto, ma non farebbe altro che tradurre in forma esplicita quanto già contenuto nel testo costituzionale. Pertanto, sarebbe forse più corretto discorrere dell'*opportunità* della legge suddetta, piuttosto che di una sua *necessità*⁷⁰.

Ciò che davvero sembra necessario è ristabilire il principio dell'*unicuique suum* all'interno del dibattito politico come regola base di qualsiasi meccanismo istituzionale; a fronte di una continua e palese messa in discussione dei simboli dell'unità nazionale (il Presidente della Repubblica, la Costituzione, il principio di separazione dei poteri) da parte di soggetti

⁶⁶ La locuzione è di L. VENTURA, *op. cit.*, p. 139 e ss.

⁶⁷ Come giustamente rilevato, "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", T. GROPPI, *Il caso Englaro, cit.* L'A. sottolinea anche il fatto che "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".

⁶⁸ Riflettendo sulla vicenda Englaro, ancora una volta è stato ricordato che "per evitare il pericolo di conflitti devastanti e di fratture nel Paese, i Padri costituenti hanno costruito un equilibrato sistema di pesi e contrappesi tra i diversi poteri costituzionali dello Stato. Tale equilibrio dei poteri risulta modificabile ma a condizione che garantisca i principi fondamentali dell'ordinamento democratico-costituzionale nonché i diritti fondamentali delle persone; in ogni caso rispettando in modo rigido le procedure della revisione costituzionale (sancite all'art. 138 Cost.) e i relativi limiti materiali (di cui all'art. 139 Cost.)". A. COSTABILE, G. D'IGNAZIO, P. FANTOZZI, S. GAMBINO, *I valori della Carta costituzionale e l'eutanasia della politica*, Calabria ora, 10 febbraio 2009.

⁶⁹ La definizione è contenuta nell'introduzione di A. G. GARRONE a P. CALAMANDREI, *Questa nostra Costituzione*, Milano, 1955: "Calamandrei argutamente parlò di una Costituzione "presbite" che scorgeva piuttosto maluccio le cose da vicino, ma che vedeva bene lontano. Ed è per ciò che dobbiamo difenderla e conservarla".

⁷⁰ Del resto, a ben riflettere, nell'ordinanza n. 334 del 2008 relativa al conflitto di attribuzione di cui si è parlato nel presente lavoro, la Corte Costituzionale afferma che "il Parlamento può in qualsiasi momento adottare una specifica normativa della materia, fondata su adeguati punti di equilibrio fra i fondamentali beni costituzionali coinvolti". Si tratta dunque di un invito a legiferare, ma non di un monito in tal senso; quasi a voler sottintendere che anche in mancanza di una legge in materia, qualsiasi autorità giudiziaria potrebbe comunque decidere un a fattispecie concreta sulla base del testo costituzionale, *in primis*.

qualificati, sarebbe probabilmente il caso di riproporre all'attenzione della dottrina un ripensamento del concetto di responsabilità politica nei termini, forse, di un allargamento dei suoi confini e di un inasprimento delle sue conseguenze.

Forum di Quaderni Costituzionali

stituzionali