

RIFLESSIONI SUL “CASO ENGLARO”

di Carmela Salazar
(13 febbraio 2009)

*Dormi, vola, riposa. Muore anche il
mare!*

FEDERICO GARCÍA LORCA,
Lamento per la morte di Ignacio Sanchez Mejias

1. Un *coup de théâtre* dopo l'altro, le forze politiche di maggioranza hanno tentato in ogni modo di impedire che il “caso Englaro” si concludesse secondo l'*iter* tracciato dal decreto del 9 luglio 2008 della prima sezione della Corte d'appello di Milano sulla base del principio di diritto stilato dalla prima sezione civile della Corte di cassazione con la sent. n. 2148 del 2007. Si sono infatti susseguiti una serie di episodi che sembrano tratti da un elenco di “casi di scuola”: un inconsistente conflitto tra poteri dello Stato proposto dalle Camere avverso le decisioni giurisdizionali ora ricordate (sul quale alcune brevi considerazioni saranno svolte *infra*)¹; un “provvedimento di indirizzo” privo di fondamento giuridico, con cui il Ministro del lavoro, della salute e delle politiche sociali, si è rivolto ai Presidenti delle Regioni e delle Province autonome di Trento e di Bolzano invitandoli ad adottare le misure necessarie affinché le strutture sanitarie ricomprese nel loro territorio si adeguassero ai principi desumibili da atti che però, contraddittoriamente, *non possono considerarsi vincolanti* (un parere emesso dal Comitato nazionale per la bioetica nel 2005 e la Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità del 2006, quest'ultima in corso di ratifica)²; infine, la predisposizione di quello che potrebbe definirsi un “decreto-legge fotografia”, volto a vietare l'interruzione dell'alimentazione forzata ai malati in stato vegetativo permanente, il cui contenuto – oggetto di una ridda di anticipazioni e smentite rimbalzate sulle agenzie di stampa³ – è stato definito durante il Consiglio dei Ministri

¹ Il conflitto è stato dichiarato inammissibile in *limine litis* dall'ord. n. 334 del 2008 della Corte costituzionale: su di essa, v. il *Commento* di A. PORRACCIOLI, in *Guida al dir.*, 42/2008, 50 ss.; R. BIN, *Se non sale in cielo, non sarà forse un raglio d'asino?*, in www.forumcostituzionale.it; M. AZZALINI, *Tutela dell'identità del paziente incapace e rifiuto di cure: appunti sul caso Englaro*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 10/2008, 331 ss.; R. ROMBOLI, *Il conflitto tra poteri dello Stato sulla vicenda Englaro: un caso di evidente inammissibilità*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

² Il documento è consultabile all'indirizzo www.ministerosalute.it/imgs/C_17_pubblicazioni_907_allegato.pdf, Sull'*exploit* del Ministro, v. le condivisibili perplessità espresse da M. ANIS, *Eluana e i guardiani ubbidienti*, in *La Stampa*, 18 dicembre 2008, 1; S. RODOTÀ, *Il diritto calpestato*, in *La Repubblica*, 17 gennaio 2009, 1; T. GROPPI, *Eluana e la riforma della giustizia*, in *L'Unità*, 21 dicembre 2009, 39; C.F. GROSSO, *Eluana; qui si rompe il principio di legalità*, in *La Stampa*, 19 gennaio 2009, 29; L. BRUNETTI, *Osservazioni a prima lettura sul recente “Atto di indirizzo” ministeriale avente ad oggetto “Stati vegetativi, nutrizione e idratazione”*, in www.forumcostituzionale.it. In una prospettiva differente, v. A. GAMBINO, *Sull'equivoco giuridico dell'esecuzione del decreto nella vicenda Englaro*, *ibidem*. La vicenda avrà comunque un ulteriore strascico giudiziario, dovuto all'apertura di un'inchiesta sul Ministro da parte della procura di Roma, a seguito della denuncia per violenza privata sporta da alcuni esponenti del partito radicale, dinanzi alla prospettiva, in un'intervista, di non meglio precisate conseguenze per le cliniche che avessero accolto la paziente per consentire il distacco del sondino nasogastrico: cfr. P. COLAPRICO, E. VINCI, *Eluana, Sacconi indagato per violenza privata*, in *La Repubblica*, 18 gennaio 2009, 9..

³ Per tutti, v. C. PASOLINI, *In bilico il decreto per salvare Eluana. Bozza pronta, no di Napolitano e Fini*, in *La Repubblica*, 6 febbraio 2008, 2; *ibidem*, v. pure C. TITO, *Il premier frena, Sacconi non si arrende*.

svoltosi in concomitanza con l'avvio di tale procedura da parte dell'*équipe* medica che assisteva Eluana Englaro⁴. Il decreto non è mai entrato in vigore, come si sa, in seguito al rifiuto di emanazione opposto dal Capo dello Stato.

Su quest'ultima vicenda è bene soffermarsi subito per la sua peculiarità⁵. Stando alle notizie di stampa, in conseguenza del consolidarsi delle indiscrezioni relative all'imminente adozione del decreto, il Presidente della Repubblica ha esposto le ragioni che lo inducevano a ritenere impraticabile tale soluzione in una lettera al *Premier*, nella quale confermava le perplessità già manifestate in proposito nei molti contatti informali intercorsi tra il Quirinale e la Presidenza del Consiglio⁶. La missiva aveva carattere *personale e riservato* ed era evidentemente volta ad evitare, nello spirito della leale collaborazione, che il Capo dello Stato fosse "costretto" a formalizzare il diniego di emanazione, per di più in una situazione costantemente monitorata dai *media*, alla inesausta ricerca di ogni minima novità sul caso per farne materia da prima pagina o da *talk show*. Ma questo scenario infausto è esattamente quello che si è concretizzato: la lettera è stata letta dal Sottosegretario alla presidenza del Consiglio durante la seduta a Palazzo Chigi (sempre secondo indiscrezioni raccolte dai quotidiani: tra gli aspri commenti provenienti sia da parte del Presidente del Consiglio che da alcuni Ministri e senza l'effettiva presa di distanze da parte degli altri presenti)⁷, sicché il contenuto è immediatamente trapelato all'esterno. Il testo del decreto è perciò stato approvato in aperto contrasto con le indicazioni del rappresentante dell'unità nazionale, verso cui il *Premier* non ha risparmiato pesanti critiche neppure nella conferenza stampa appositamente indetta nella tarda mattinata del 6 febbraio. In tale occasione, egli ha definito la lettera un'«innovazione» nella prassi dei rapporti tra Governo e Presidenza della Repubblica, come se essa fosse stata inviata a *Consiglio dei Ministri già iniziato, allo specifico scopo di influenzarne gli esiti* (almeno, questa è stata l'impressione riportata da chi scrive nell'assistere alle riprese televisive, quando ancora non era possibile avere contezza del reale andamento delle cose), tra l'altro spingendosi a profilare un "ritorno" alle elezioni ed un cambiamento della Costituzione al fine di rendere chiaro che la valutazione sui requisiti di necessità ed urgenza dei decreti legge spetta al Governo (da intendersi: *insindacabilmente*). Infine, tra le molte dichiarazioni degne di nota, il Presidente del Consiglio ha prospettato, per l'ipotesi di persistenza del Presidente Napolitano nella sua posizione – nel qual caso egli, secondo il *Premier*, avrebbe dovuto «caricarsi della responsabilità di una vita umana» – un superamento in volata dell'*impasse*, pronosticando una convocazione *ad horas* del Parlamento per l'approvazione in due o tre giorni di una legge avente lo stesso contenuto del decreto⁸.

L'apertura dello "scontro" istituzionale, culminato con la mancata comunicazione dell'approvazione del decreto al Capo dello Stato (che, secondo la stampa, ne avrebbe avuto notizia dai *media*)⁹, ha fatto sì che, di lì a poco, la lettera ormai di dominio pubblico

Al lavoro nella notte su un nuovo testo.

⁴ Peraltro, il provvedimento non risultava inserito all'ordine del giorno: lo rileva M. AINIS, *La lumaca e l'elefante*, in *La Stampa*, 6 febbraio 2009, 1.

⁵ Su di essa, v. le acute osservazioni di A. SPADARO, *Può il Presidente della Repubblica rifiutarsi di emanare un decreto-legge? Le "ragioni" di Napolitano*, in www.forumcostituzionale.it.

⁶ Ma il Capo dello Stato si era espresso a favore di un intervento del Parlamento ancora prima: v. N. ANDRIOLO, *Gli integralisti: serve un decreto. Il Colle: Il Parlamento legiferi*, in *L'Unità*, 4 febbraio 2009, 10.

⁷ M. GALLUZZO, *L'ira di Silvio davanti ai Ministri. «Capo dello Stato inaccettabile non può dirci lui cosa fare o no»*, in *Corriere della sera*, 7 febbraio 2009, 2. Cfr. anche C. TITO, *«Non mi faccio commissariare da nessuno». Il Cavaliere apre la partita per il Colle*, in *La Repubblica*, 7 febbraio 2009, 2; *Ibidem*, v. anche G. BATTISTINI, *Eluana, Il Quirinale boccia il decreto. Berlusconi: «Cambio la Costituzione»*.

⁸ Cfr. M. BREDA, *Il Quirinale e la sorpresa della lettera svelata*, in *Il Corriere della sera*, 7 febbraio 2009 1, che sottolinea come sia persino risuonata la parola "*impeachment*", sia pure per smentire che ne ricorressero gli estremi. Sulle esternazioni «al calor bianco» del *Premier*, v. F. LANCHESTER, *Le istituzioni surriscaldate e i pericoli della disidratazione*, in www.federalismi.it, 3/2009.

sia stata inserita dalla Presidenza della Repubblica sul sito *web* del Quirinale e che, sempre su quest'ultimo, nello stesso giorno sia stato immesso un ulteriore comunicato ufficiale, con cui si è reso noto, *definitivamente*, e non solo al Governo ma anche all'intero Paese, che il Presidente riteneva di non poter procedere alla emanazione del decreto, avendo «preso atto con rammarico» della deliberazione dello stesso da parte del Consiglio dei Ministri ed «avendo verificato che il testo approvato non supera le obiezioni di incostituzionalità [...] tempestivamente rappresentate e motivate»¹⁰.

Queste ultime, per come esposte nella lettera, si riconducono alla palese mancanza dei requisiti della necessità e dell'urgenza ex art. 77, c. 2, Cost., alla violazione «del fondamentale principio della divisione e del reciproco rispetto tra poteri e organi dello Stato» ed alle «gravi perplessità» dinanzi all'adozione di «una disciplina dichiaratamente provvisoria[...] delle modalità di tutela dei diritti della persona costituzionalmente garantiti dal combinato disposto degli articoli 3, 13 e 32 della Costituzione», in luogo «di un rinnovato impegno del Parlamento ad approvare con legge ordinaria una disciplina organica». Il testo si chiude con la segnalazione di alcuni casi in cui già in passato gli inquilini del Quirinale hanno negato l'apposizione della propria firma in calce a decreti-legge considerati incostituzionali. Probabilmente, il Capo dello Stato ha avvertito la necessità del riferimento a episodi qualificabili come precedenti autorevoli rispetto al proprio operato, per contrastare le possibili obiezioni facenti leva sull'inesistenza di una norma costituzionale che preveda *espressamente* un "rinvio" presidenziale o addirittura il rifiuto di emanazione degli atti aventi forza di legge, nonostante si tratti di forme di controllo ormai innestatesi nelle dinamiche della nostra forma di governo, in coerenza con la funzione di garanzia (eminentemente preventiva) attribuita al Capo dello Stato, che permea di sé *ogni* competenza costituzionalmente affidatagli.¹¹

2. Per quanto concerne la prima ipotesi, va detto che se già per il rinvio delle leggi ex art. 74 Cost. si richiede «un uso calibrato, adeguato alle circostanze ed ai contenuti dei singoli atti sui quali si spiega il controllo»¹², in parallelo l'esigenza di *ragionevolezza* si impone nel caso dei decreti-legge: soprattutto in conseguenza della "espansione" dei

⁹ M. GIANNINI, *La scelta sofferta di Napolitano. "Io devo difendere le istituzioni". Il capo dello Stato ha appreso del dl dalle agenzie di stampa*, *La Repubblica*, 7 febbraio 2009, 3. Giustamente, G. AZZARITI, parla di *Un inquietante schiaffo al Presidente della Repubblica*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2009.

¹⁰ I testi si leggono tra i *Comunicati* del 6 febbraio 2009, in www.quirinale.it. La lettera del Capo dello Stato è stata inoltre pubblicata integralmente sui principali quotidiani il giorno successivo (ad es., v. *La Repubblica*, 7 febbraio 2009, 3).

¹¹ Commentando la vicenda, in tal senso si esprimono V. ONIDA, *Al Parlamento l'ultima parola*, in *Il Sole 24 ore*, 7 febbraio 2009, 1; M. AINIS, *Il Quirinale è sentinella e non maggiordomo*, in *La Stampa*, 8 febbraio 2009, 6; A. SPADARO, *Può il presidente*, cit. 2 ss.; U. ALLEGRETTI, *Un rifiuto presidenziale ben fondato*, in www.astrid-online.it; A. RUGGERI, *Il caso Englaro e il controllo contestato*, *ivi*, par. 2. In almeno un caso, poi, il Presidente opera come garante successivo: è quello della grazia, che nella nota sent. n. 200 del 2006 la Corte ha definito come atto sostanzialmente presidenziale, in quanto la sua funzione «è, in definitiva, quella di attuare i valori costituzionali, consacrati nel terzo comma dell'art. 27 Cost., garantendo soprattutto il «senso di umanità», cui devono ispirarsi tutte le pene, e ciò anche nella prospettiva di assicurare il pieno rispetto del principio desumibile dall'art. 2 Cost., non senza trascurare il profilo di «rieducazione» proprio della pena». In questa ipotesi, il ruolo del Capo dello Stato sembra discostarsi da quello consueto di «garante della Costituzione intesa quale accordo delle principali regole del gioco politico», avvicinandosi piuttosto a quello della Corte, «custode della Costituzione intesa quale tavola di valori fondamentali»: per queste definizioni, v. A. SPADARO, *Prime considerazioni sul Presidente della Repubblica quale garante preventivo della Costituzione ed eventuale parte passiva in un conflitto per interposto potere*, in AA.VV., *La Corte costituzionale e gli altri poteri dello Stato*, a cura di A. Anzon, B. Caravita, M. Luciani, M. Volpi, Torino, 1993, 287 (anche in *Pol. dir.*, 2/1992, 219). Più di recente, sul rapporto tra i due garanti, v. *Id.*, *Storia di un "consolato" di garanzia: il Presidente-garante e la Corte-custode a 50 anni dall'inizio dell'attività della Consulta*, in AA.VV., *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*, a cura di A. Ruggeri, Napoli, 2006, 597 ss.

poteri di controllo della Corte sulla evidente mancanza dei requisiti previsti dall'art. 77, c. 2, Cost., sancita da un recente orientamento della Corte costituzionale (v. spec. sent. n. 171 del 2007), dal quale si evince anche che il vizio relativo alla "semplice mancanza" dei requisiti costituzionali può essere fatto valere unicamente nell'ambito del rapporto di fiducia che lega il Governo al Parlamento¹³.

Con maggior evidenza, la ragionevolezza dovrà guidare il Capo dello Stato quando ritenga che il *vulnus* arrecato alla Costituzione sia tale da giustificare il rifiuto all'emanazione di un decreto-legge. Ma in ogni caso non è possibile dubitare che esso sia legittimo quando l'atto si presenti come *eversivo*¹⁴.

Tale connotazione può di certo ravvisarsi qualora il provvedimento incida sulle norme componenti il "nucleo duro" della Carta, di cui fanno parte i diritti fondamentali ed il principio della separazione dei poteri, collocati al "cuore" di ogni ordinamento costituzionale dal celeberrimo art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789. Ciò va tenuto fermo anche nelle ipotesi in cui esista *oggettivamente* una situazione di necessità ed urgenza: ma tali requisiti, ad avviso di chi scrive, *non sussistevano* nel caso di specie.

Il pericolo per la vita della ragazza è un argomento di grande impatto emotivo, ma da solo, *giuridicamente*, non basta: altrimenti, dovrebbe dirsi che il Governo può imporre per decreto la trasfusione di sangue ad ogni testimone di Geova che la rifiuti, laddove tale gesto esponga quest'ultimo a rischio di morte imminente. Si dirà che l'esempio ora formulato non calza, poiché esso si riferisce ad un *diritto* sancito dalla Costituzione (ex artt. 19 e 32 Cost.): ma anche nel "caso Englaro" le cose stavano così. Ciascuno, da privato cittadino, potrà non convenire per le più varie ragioni con la motivazione delle decisioni giudiziarie sopra richiamate: ma quando si trascorre al piano del diritto, non si può disconoscere che esse hanno autorizzato il tutore a procedere all'interruzione dell'alimentazione forzata, all'interno di una struttura ospedaliera attrezzata per una siffatta procedura, in conseguenza del riconoscimento del *diritto costituzionalmente protetto* di Eluana Englaro, ex art. 2, 13 e 32 Cost., di essere sottratta ad un trattamento cui non avrebbe mai accettato di sottoporsi. L'*abnormità* del decreto derivava dal fatto che il passaggio in giudicato delle decisioni non ha in alcun modo costituito un ostacolo alla composizione a tavolino di un *escamotage* che ha puntato sul decreto proprio a causa della immediatezza dell'entrata in vigore connotante tale strumento, in una logica che potrebbe sintetizzarsi così: *fiat iniustitia et pereat mundus*¹⁵. Probabilmente, un minuto dopo la pubblicazione, in clinica – già presidiata dagli ispettori ministeriali – sarebbero giunte le forze dell'ordine per assicurarsi che la ragazza venisse forzosamente riallacciata ai "tentacoli da ospedale" (uso un'espressione di Daniel Pennac) dai quali era stata appena liberata.

¹² A. RUGGERI, *Rinvio presidenziale delle leggi e d autorizzazione alla presentazione dei disegni di legge fra aperture del modello e delusioni della prassi*, in Id., *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti*. III. *Studi degli anni 1996/1998*, Torino, 1999, 26.

¹³ Per maggiori dettagli, v. per tutti R. ROMBOLI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in AA.VV., *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2005-2007)*, a cura di R. Romboli, Torino, 2008, 67 ss. Come si sa, il controllo sui decreti governativi si realizza per lo più in maniera informale e senza pubblicità, in continuità con l'antica consuetudine di "rapporti confidenziali" tra i due organi, che risale all'epoca in cui il Governo era composto dai "consiglieri" del Re: per tutti, v. A. RUGGERI, *Rinvio*, cit., 18. Ma i casi di vero e proprio rifiuto (almeno, quelli più rilevanti) sono tendenzialmente resi noti, come si ricava dall'elenco di quelli ricordati dalla lettera del Capo dello Stato.

¹⁴ In proposito, v. A. SPADARO, *Prime*, cit., 296 ss.

¹⁵ Contrariamente a quanto esposto nella relazione di accompagnamento al decreto-legge e ripetuto più volte nelle interviste televisive da esponenti della maggioranza in merito al decreto della Corte di appello, anche un provvedimento emesso nel corso di un procedimento di volontaria giurisdizione che abbia avuto ad oggetto diritti soggettivi diviene definitivo, se non ulteriormente impugnabile, secondo quanto ribadito da un orientamento costante delle sezioni unite civili della Corte di cassazione: per tutti, v. A. PACE, *L'inutilità pratica della legge "per Eluana"*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

3. In astratto, il Governo che reputi illegittimo il blocco frapposto dal Capo dello Stato, può sempre aprire un conflitto di attribuzioni per menomazione dinanzi alla Corte costituzionale¹⁶: bloccando l'entrata in vigore del decreto, il Presidente della Repubblica assume consapevolmente il rischio di un'eventualità del genere, la quale non esclude, peraltro, che in parallelo possa aprirsi anche la messa in stato di accusa da parte del Parlamento in seduta comune, laddove questo ravvisi gli estremi dei reati previsti all'art. 90, c. 1, Cost.

Nel nostro caso, la decisione di formalizzare il contrasto elevando il conflitto (la seconda via era stata benignamente esclusa, come si è accennato) sarebbe certo apparsa coerente con le dichiarazioni *ufficiali* del *Premier* sulla presunta invasione delle competenze dell'esecutivo operata dal Capo dello Stato. Ma la via giudiziaria (non gradita, in generale, al nostro Presidente del Consiglio) non avrebbe comunque consentito di raggiungere lo scopo di bloccare *immediatamente* il protocollo di interruzione dell'alimentazione forzata, creando invece una sicura reazione nell'opinione pubblica e forse anche una spaccatura tra le forze interne alla stessa coalizione di Governo, come dimostra la solidarietà espressa al Capo dello Stato dal Presidente della Camera¹⁷.

Nel momento in cui ha perso la possibilità di utilizzare la decretazione d'urgenza, il Governo avrebbe dovuto comprendere che la soluzione al "caso Englaro" costruita a tavolino era ormai compromessa: ma i toni erano stati tali che l'esecutivo non poteva ammettere la sua "resa" definitiva. Un secondo Consiglio dei ministri, indetto d'urgenza nella sera dello stesso giorno, ha trasfuso il decreto in un disegno di legge, destinato – secondo le dichiarazioni sopra viste dal Presidente del Consiglio – ad essere approvato a tamburo battente dalle Camere.

La presentazione del disegno alle Camere è stata autorizzata dal Capo dello Stato, cosa che può apparire contraddittoria¹⁸. Va però notato non solo che le situazioni non erano identiche, poiché nel caso del decreto l'impatto deflagrante con la Costituzione nasceva dalla combinazione tra il contenuto del medesimo e l'immediatezza dell'entrata in vigore, ma anche che, come si evince dalla lettera, per il Capo dello Stato la "soluzione costituzionalmente conforme" consisteva nel coinvolgimento del Parlamento sui diritti dei pazienti in situazioni identiche o analoghe a quelle in cui versava Eluana, che segnasse il risveglio dei nostri rappresentanti dal torpore che ha sin qui impedito ai disegni di legge sul testamento biologico di procedere nel loro *iter*. In questa luce, il rifiuto di emanazione non si configura come un potere di "blocco" puro e semplice, bensì come un potere di "sblocco", in coerenza con lo spettro delle attribuzioni riconosciute al Capo dello Stato¹⁹.

Inoltre, l'avvio dell'*iter* legislativo, in astratto, avrebbe potuto determinare la modifica del contenuto iniziale. Ma, per la verità, si è profilata una situazione che ha sfiorato il grottesco, poiché era evidente l'intenzione della maggioranza di lasciare inalterato il testo e di correre contro il tempo pur di poter applicare *in extremis* a Eluana Englaro la futura legge sul divieto di interruzione dell'alimentazione forzata, nonostante il principio della separazione dei poteri si opponesse *comunque* alla vanificazione del giudicato²⁰.

¹⁶ Tra i commenti sulla stampa, v. in tal senso G. VASSALLI, *La via maestra è aprire il conflitto alla Consulta*, in *La Repubblica*, 9 febbraio 2009, 6.

¹⁷ Cfr. F. BEI, *Fini si schiera con Napolitano. "Ampiamente motivato il suo invito"*, in *La Repubblica*, 7 febbraio 2009, 4.

¹⁸ Sul punto, v. A. RUGGERI, *il caso Englaro*, cit., par. 3

¹⁹ Per questa impostazione, in generale, v. G. SILVESTRI, *Il Presidente della Repubblica: dalla neutralità-garanzia al governo della crisi*, in *Quad. cost.*, 1985, 49 ss

Oggi, resta il fatto che se quel testo dovesse costituire un punto fermo all'interno della disciplina a più ampio raggio in questo momento in *itinere*, i dubbi non sono superati. Il puro e semplice divieto di interruzione dell'alimentazione forzata impedirebbe di tener conto della volontà espressa in senso contrario, anche di quella *chiaramente* manifestata dai pazienti prima di perdere coscienza, sbarrando la strada all'introduzione del testamento biologico nel nostro ordinamento, ma soprattutto ponendosi in aperto contrasto con l'art. 32 Cost.

4. La pertinacia con cui la maggioranza in carica ha insistito sino al parossismo nel tentativo di scongiurare l'applicazione delle decisioni giudiziarie sopra citate, evitando al tempo stesso accuratamente di dar corso all'*iter* dei progetti di legge sul testamento biologico languenti da tempo, induce a immaginare che pesanti pressioni siano state esercitate dalle gerarchie vaticane su Parlamento e Governo. Queste sono state ufficialmente smentite, ma certo non è un mistero quale fosse la posizione della Chiesa: sin dalla pubblicazione della sentenza della Corte di cassazione, la stampa cattolica ha condotto una martellante campagna di intransigente condanna nei confronti di ogni applicazione del principio di autodeterminazione, nel rapporto medico-paziente, che potesse entrare in contrasto con la visione cattolica della sacralità della vita²¹.

Tuttavia, va anche considerata la rinnovata asprezza dello "scontro" tra politica e magistratura, ben evidente nelle esternazioni con cui il Guardasigilli ed il Presidente del Consiglio insistono ormai da mesi sulla riapertura della "stagione delle riforme" che tra il 2005 ed il 2007 ha visto il susseguirsi del "pacchetto Castelli" e della "controriforma Mastella". Tali dichiarazioni si impernano sull'abbinamento tra le denunce di "politicizzazione" della magistratura ordinaria (divenute oggi insistenti come quelle registratesi durante l'"*affaire* Tangentopoli" negli anni '90 del secolo scorso) e quelle di "lottizzazione" del Consiglio superiore della magistratura da parte delle correnti presenti in seno all'Associazione nazionale magistrati (in particolare, di quelle considerate vicine all'area di centrosinistra). L'effetto finale cui esse mirano consiste, per un verso, nella presentazione del giudiziario come un potere in costante tentativo di superamento della propria sfera costituzionale, e per l'altro nella definizione del Consiglio come organo «che poco per volta avrebbe visto (e fatto) espandere le sue funzioni originarie, per costituire un robusto centro di potere al crocevia di istanze corporative e parapolitiche»²².

²⁰ Da più parti si è sottolineato questo punto: v. C.F. GROSSO, *Dalla parte delle regole*, in *La Stampa*, 9 febbraio 2009, 1; V. ONIDA, *Al Parlamento*, cit., 7; A. PACE, *L'inutilità*, cit.; A. RUGGERI, *Il caso Englaro*, cit., par. 3; G. AZZARITI, *Era ipotizzabile un rinvio alle Camere della legge che il Parlamento si apprestava a approvare per bloccare l'esecuzione della decisione "Englaro"?*, in www.astrid-online.it.

²¹ V. per tutti M. AINIS, *Eluana*, cit., 1 (la posizione fortemente critica dell'A. nei confronti delle incursioni della Chiesa cattolica nella vita pubblica italiana è ora esposta *amplius* in Id., *Chiesa padrona. Un falso giuridico dai Patti Lateranensi ad oggi*, Milano, 2009); S. RODOTÀ, *Giornata nera per la Repubblica*, in *La Repubblica*, 7 febbraio 2009, 1; A. PACE, *L'inutilità*, cit. Sulla *potestas indirecta* della Chiesa, ma anche sulla sovraesposizione mediatica che, nel nostro Paese, accompagna ogni comunicato rilasciato non solo dalle gerarchie vaticane, bensì pure da strutture e organismi quali la CEI o l'Accademia pontificia per la vita, v., in un discorso di vasto respiro, A. SPADARO, *Libertà di coscienza e laicità nello Stato costituzionale. Sulle radici "religiose" dello Stato "laico"*, Torino, 2008, spec. 250 ss.

²² M. CHIAVARIO, *La competenza sugli interventi legislativi a baluardo dell'indipendenza del CSM*, in *Guida al dir.*, 25/2002, 11. L'A., pur denunciando gli aspetti degenerativi del fenomeno delle "correnti", sottolinea come il rimedio non possa comportare l'alterazione della funzione del Consiglio quale elemento essenziale per l'equilibrio tra le istituzioni «a garanzia di un'autentica indipendenza dell'ordine giudiziario». Sulla conflittualità innescatasi tra il potere politico e quello giudiziario nel nostro Paese a partire dagli anni '80 del secolo scorso e l'avvio di quello attuale, v. di recente A. PIZZORUSSO, *Giustizia e giudici, Relazione al Convegno su "Lo stato della Costituzione italiana e l'avvio della Costituzione europea"*, Roma, Accademia dei Lincei, 14-15 luglio 2003, in www.associazionedeicostituzionalisti.it; G. FERRI, *Magistratura e potere politico*, Padova, 2005, 344 ss. e 384 ss. nonché gli interventi al *Forum "Crisi della politica e intervento giudiziario"* di P. FLORES D'ARCAIS, A. INGROIA, N. ROSSI, L. VIOLANTE, in *Quest. giust.*, 1/2008, 63 ss. *Ibidem*, 97 ss, sono riportati i passaggi fondamentali del *plenum* del Consiglio superiore dedicato al tema "Politica e

In questo contesto, la “vicenda Englaro” è stata deformata dalle forze di maggioranza sino a divenire l’emblema dell’asserita “deviazione” del potere giudiziario dal proprio ruolo: tanto che il Presidente della Prima Sezione della Corte di cassazione si è visto costretto a diffondere un comunicato per puntualizzare che la sent. n. 2148 del 2007 «non ha travalicato in alcun modo il proprio specifico compito istituzionale di rispondere alla domanda di giustizia del cittadino, assicurando la corretta interpretazione della legge, nel cui quadro si collocano i principi costituzionali e la Convenzione di Oviedo»²³.

Che una strumentalizzazione di tal genere fosse in atto si poteva arguire già dinanzi al “caso di scuola” costituito dal menzionato conflitto di attribuzioni, caratterizzato dalla natura “suicida” dei ricorsi²⁴. Entrambi gli atti introduttivi sono incentrati sulla denuncia della plurioffensività delle decisioni giudiziarie impugnate, considerati idonei a produrre sia un’usurpazione della funzione legislativa (per il «radicale sovvertimento del principio della separazione dei poteri») che la sua menomazione (per l’interferenza indebita «in un puntuale procedimento di legislazione che il Parlamento ha in corso»). Ed entrambi ignorano un assunto del tutto pacifico nel dibattito scientifico.

Quella del giudice “automa” destinato ad enunciare le parole della legge, secondo la notissima formula montesquieviana, deve intendersi come «nulla di più e di diverso che una immagine orrificica»²⁵, dato che nessuna disposizione può dirsi “autosufficiente”, essendo materialmente impossibile per il legislatore imbrigliare *ex ante* «l’inesauribile novità delle circostanze storiche di fatto»²⁶. Come può ricavarsi dalla manualistica più diffusa, in conseguenza di tale premessa la giurisdizione può essere definita quale «funzione parzialmente produttiva di diritto»²⁷: in altre parole, *gli effetti politici* degli atti giudiziari sono inevitabili ed anzi, sono destinati ad accrescersi in misura direttamente proporzionale all’aumentare della frammentarietà, oscurità e lacunosità del diritto scritto²⁸. Ragion per cui ogni volta che si discorre di *apoliticità* della magistratura bisognerebbe precisare, se si agisce con onestà intellettuale e si vuole evitare l’insorgere di confusioni, che non si intende escludere la connotazione dei magistrati quali *operatori politici*²⁹, bensì l’ammissibilità degli atti giudiziari *con intenti politici*, questi ultimi certamente incompatibili con il quadro costituzionale³⁰. Invece, si ha l’impressione che, nelle esternazioni sulla

giustizia”, svoltosi il 14 febbraio 2008 con la partecipazione del Capo dello Stato a seguito di specifica richiesta di diciannove consiglieri.

²³ La nota è consultabile su www.associazionedeicostituzionalisti.it, ove è pubblicata con il titolo *La Cassazione precisa sul caso Englaro*. Si tratta di un’esternazione sul proprio operato che la giurisprudenza disciplinare ammette quando sia rivolta a dissipare equivoci e impedire fraintendimenti sulle decisioni giurisdizionali, a fronte di un’informazione insufficiente o distorta: cfr. Sez. disc., sent. 25.2.2000, in *Quest. giust.*, 2001, 380 ss., e in dottrina, per tutti, F BIONDI, *La responsabilità del magistrato. Saggio di diritto costituzionale*, Milano, 2006, 315.

²⁴ La definizione è di R. ROMBOLI, *Il conflitto*, cit., par. 4.

²⁵ H. M. PAWLOSKI, *Introduzione alla metodologia giuridica*, (tr. it), Milano, 1993, 90, cit. da A. GAMBARO, *Presentazione*, in A. BARAK, *La discrezionalità del giudice* (1989), tr. it., Milano, 1995, X.

²⁶ F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 1999, 127.

²⁷ S. BARTOLE, *Il potere giudiziario*, Bologna, 2008, 15.

²⁸ Come rileva A. GARAPON, *Del giudicare* (2001), tr. it. a cura di D. Bifulco, Milano, 2007, 276, «la giustizia sembra essere diventata, recentemente, una sorta di muro del pianto al cui cospetto reclamiamo la garanzia di aspettative che avevamo riposto nello Stato sociale di diritto. Alla giustizia si chiede di riparare i danni, risarcire i torti e le vittime, come se la nostra idea di democrazia coincidesse ormai quasi totalmente con quella di istituzione giudiziaria. Inquietati da un futuro che appare ingovernabile e colti da vertigine per questa perdita di controllo, cerchiamo conforto all’anomia e all’isolamento nell’immagine di una giustizia materna, quasi che questo nuovo rifugio dell’ideale politico celasse un nucleo abbandonico dell’uomo moderno».

²⁹ T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, a cura di G. Silvestri, Milano, 2005, 429 s.

³⁰ G. SILVESTRI, *I problemi della giustizia italiana tra passato e presente*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, par. 8.

riforma della giustizia cui sopra si è accennato, l'invocazione della *apoliticità* del potere giudiziario celi appena la nostalgia dell'epoca liberale, in cui le garanzie (minime) di indipendenza assicurate ai giudici miravano sì a contrastare la dipendenza istituzionale della magistratura dal potere esecutivo, ma al fine di tutelare la volontà legislativa del parlamento «da distorsioni vistose nei casi concreti ad opera di un potere politico attivo ancora nelle mani della Corona»³¹.

Rivelatore di una simile prospettiva *au rebours* negli atti introduttivi del conflitto sul «caso Englaro», è il passaggio del ricorso della Camera dei deputati secondo cui «nessuno potrebbe disconoscere che nella Costituzione, *conformemente alla nostra tradizione giuridica*, opera una istanza di ripartizione dei compiti tra il potere legislativo ed il potere giudiziario il cui nucleo essenziale non può subire alterazioni o attenuazioni di sorta. Tale istanza trova appunto la sua puntuale espressione nelle disposizioni costituzionali sopra richiamate, le quali respingono recisamente l'idea, che emerge obiettivamente dalle sentenze qui impugnate, che tra funzione legislativa e funzione giurisdizionale vi sia niente di più che una frontiera mobile che ciascun potere potrebbe liberamente varcare all'occorrenza»³². Ma è proprio questo il punto: dall'inedita, rivoluzionaria struttura «diffusa» che consente di definire il giudiziario come *potere sferico*³³, traspare il ripudio, da parte dei fondatori, della «nostra tradizione giuridica» quale fonte di ispirazione per l'assetto della magistratura nel «nuovo mondo» che essi hanno progettato.

Essendo queste le premesse, anche i ricorsi appaiono costruiti a tavolino, *nonostante* la plateale mancanza dei requisiti che, secondo la giurisprudenza consolidata della Corte costituzionale, consentono l'impugnazione dei provvedimenti giurisdizionali in sede di conflitto di attribuzioni. Come rammenta la decisione, per superare la soglia della valutazione sull'ammissibilità, l'atto introduttivo deve contestare «la riconducibilità della decisione o di statuizioni in essa contenute alla funzione giurisdizionale o si lamenti il superamento di limiti, diversi dal generale vincolo del giudice alla legge, anche costituzionale, che essa incontra nell'ordinamento a garanzia di altre attribuzioni costituzionali»³⁴. Tale circostanza si concretizza – secondo un suggerimento che si ritrova

³¹ G. SILVESTRI, *I problemi cit.*, par. 1. All'epoca, la naturale *vis creativa* della funzione giurisdizionale era comunque posta sotto controllo, essendo l'ordinamento caratterizzato da «una magistratura ad assetto burocratico, organizzata gerarchicamente con i magistrati di grado superiore – di solito più o meno astrattamente legati alle classi dirigenti – capaci di influire, in un modo in un altro, sulle decisioni degli altri magistrati e di renderle omogenee»: C. GUARNIERI, P. PEDERZOLI, *La magistratura nelle democrazie contemporanee*, Roma-Bari, 2002, 167, secondo i quali tali elementi contribuivano a determinare quella che è stata efficacemente definita la «sterilizzazione politica» della magistratura (G. TARELLO, *Diritto, enunciati, usi*, Bologna, 1974, 476).

³² Il corsivo è aggiunto. Già la *Relazione* della Prima commissione permanente del Senato, nell'esprimersi favorevolmente alla proposizione del conflitto di attribuzioni, si impervia sulla qualificazione della sentenza della Corte di cassazione alla stregua di un atto idoneo a produrre una «usurpazione della attribuzione (costituzionale) di produzione normativa riservata, in via esclusiva, al potere legislativo» (la *Relazione* si legge in www.federalismi.it, 16/2008).

³³ In tal senso, v. R. BIN, *L'ultima fortezza. Teoria della Costituzione e conflitti di attribuzione*, Milano, 1996, 16; la metafora è ripresa da R. ARENA, «Potere piramidale», «potere sferico», «vertici»: *riflessione sulle proposte di riforme della Corte di Cassazione (ovvero, quando la geometria serve all'autonomia e all'indipendenza della magistratura ordinaria)*, in AA.VV., *Contributo al dibattito sull'ordinamento giudiziario*, a cura di F. Dal Canto, R. Romboli, Torino, 2004, 43 ss.

³⁴ Si tratta di un vero e proprio *topos*: «è necessario che da parte del potere o dell'ente – che da quell'atto pretende di aver subito una lesione nella propria sfera di attribuzioni costituzionali – sia contestata radicalmente la riconducibilità dell'atto che determina il conflitto alla funzione giurisdizionale [...] ovvero sia messa in questione l'esistenza stessa del potere giurisdizionale nei confronti del soggetto ricorrente»: così, sent. n. 267 del 2003, ma v. *ex multis* anche ord. n. 359 del 1999 e sentt. n. 290, 222, 150 e 2 del 2007, richiamate dalla decisione in commento. Sull'inammissibilità del conflitto, prima della decisione, v. S. ROSSI, *Il Parlamento, la Cassazione e il diritto di Eluana*, in www.forumcostituzionale.it; M. ANIS, *Lasciamo Eluana al giudice*, in *La Stampa*, 29 luglio 2008, 10; L. VIOLANTE, *Eluana, il diritto e le leggi*, *ivi*, 1 agosto 2008, 31.

nell'ordinanza – laddove venga denunciata la presunta aspirazione dell'atto lesivo a spiegare efficacia *oltre* il caso oggetto del processo (come, ad es., è accaduto nel “caso di Bella”: v. sent. n. 121 del 1999), *cosa che la Corte nega sia accaduta nel “caso Englaro”*.

Spingendo infatti la motivazione *oltre* le argomentazioni strettamente necessarie ad offrire fondamento alla dichiarazione di inammissibilità (sarebbe risultato più che sufficiente il richiamo *ai topoi* sopra ricordati), il giudice costituzionale ha escluso di avere esso stesso rilevato «la sussistenza, nella specie, di indici atti a dimostrare che i giudici abbiano utilizzato i procedimenti 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».

Tutto, insomma, depona per la *certezza* di una dichiarazione di inammissibilità. Ma la proposizione del conflitto offriva alla maggioranza in carica un'occasione d'oro per ribadire, *magno cum strepitu*, la visione sottesa alla famigerata previsione contenuta nell'iniziale stesura della “macrodelega” di avvio della “riforma Castelli” che inseriva tra gli illeciti disciplinari l'interpretazione di norme di diritto «palesamente e inequivocabilmente» rivolta contro «la lettera e la volontà della legge» ovvero connotata da «contenuto creativo»³⁵: come se la “soggezione soltanto alla legge” ex art. 101, c. 2, Cost. implichi il vincolo dell'interpretazione giudiziaria all'*original intent* delle forze politiche che l'hanno approvata e non esattamente il contrario³⁶. Vero è che nel corso dell'*iter* la disposizione ora ricordata è stata abbandonata: ma lo “spirito” della stessa ha continuato ad aleggiare sulla apparentemente più “mite” stesura definitiva dell'art. 2. c. 2, d. lgs. n. 109 del 2006, abrogato dalla l. n. 269 del 2006, secondo cui non poteva dar luogo a responsabilità disciplinare «l'attività di interpretazione di norme di diritto in conformità all'articolo 12 delle disposizioni sulla legge in generale». Una norma “mostriciattolo”³⁷, che scivolando nel paradosso nascente dall'elevazione a “parametro” della corretta interpretazione di una disposizione (peraltro, primaria) bisognevole di essere a sua volta interpretata, consentiva comunque di trasformare il giudizio disciplinare in un'occasione di controllo sul contenuto dei provvedimenti giudiziari³⁸.

In conclusione: al di là delle smentite ufficiali, è veramente difficile non biasimare l'arrendevolezza dimostrata dalle forze politiche di maggioranza nei confronti dei *desiderata* del Vaticano. Ma è anche vero che quando la tenuta della compagine governativa rischia di essere compromessa, questa docilità non è così scontata, A fronte

Su un piano generale, v. A. ANZON, *La responsabilità del giudice come rimedio contro interpretazioni “troppo creative”: osservazioni critiche*, in AA.VV., *Annuario 2004. Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale. Atti del XIX Convegno annuale, Padova, 22-23 ottobre 2004*, a cura dell'AIC, Padova, 2008, spec. 268 ss., in contrapposizione alla tesi sostenuta da N. ZANON, *La responsabilità dei giudici*, *ivi*, 243 ss.

³⁵ Tra i molti commenti durante i diversi snodi della riforma, v. A. PACE, *Una proposta: introdurre il “référé législatif”*, in *Quest. giust.*, 2003, 1109 ss.; D. BIFULCO, *Divertissement sul “divieto di sentenze creative” e dintorni*, in www.costituzionalismo.it; M. CAVINO, *Riforma dell'ordinamento giudiziario: l'interpretazione della legge come illecito disciplinare*, in *Quad. cost.*, 2004, 132 ss.; C. SALVI, *Intervento al Forum “La riforma dell'ordinamento giudiziario”* a cura di M. Luciani, R. Romboli, in *Riv. dir. cost.*, 2006., 426; N. ROSSI, *Intervento*, *ivi*, 430.

³⁶ Per tutti, v. V. ONIDA, *La Costituzione*, Bologna, 2004, 104; G. SILVESTRI, *Sovranità popolare e magistratura*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, par. 6 (ora anche in AA.VV., *La sovranità popolare nel pensiero di Esposito, Crisafulli, Paladin*, a cura di L. Carlassare, Padova, 2004, 229 ss.), secondo cui: «i giudici rappresentano il popolo nella fondamentale istanza della oggettivizzazione della legge che, dopo la definitiva approvazione, si distacca dai suoi autori e non riflette più la maggioranza transeunte che l'ha votata, ma la volontà complessiva del potere legislativo».

³⁷ La definizione è di S. MAZZAMUTO, *L'ordinamento giudiziario: esperienze e prospettive*, in AA.VV., *L'ordinamento giudiziario. Itinerari di riforma*, a cura di S. Mazzamuto, Napoli, 2008, 9.

³⁸ Oggi, l'art. 3, c. 2, d. lgs. n. 109 del 2006, ricalcando l'art. 2, c. 2, l. n. 117 del 1988, precisa che l'attività di interpretazione di norme di diritto (senza aggettivazione alcuna) e quella di valutazione del fatto e delle prove non danno luogo a responsabilità disciplinare.

della qualifica di “leggi razziali” applicata dalla stampa cattolica alla norma del disegno di legge sulla sicurezza approvato in Senato, con cui si consente la denuncia, da parte del personale medico, degli immigrati clandestini che si rechino in ospedale (*per incidens*: dove sono finiti gli strenui difensori del diritto alla vita sopra ogni altra cosa?), non solo la previsione è rimasta inalterata, ma il Ministro dell'interno ha dichiarato che intende sporgere per querela per diffamazione³⁹.

Se poi si tiene conto della grave dichiarazione con cui il Guardasigilli, durante una trasmissione televisiva andata in onda su una rete RAI la sera del 10 febbraio 2009, ha affermato che Eluana Englaro non sarebbe deceduta in seguito all'incidente stradale che l'aveva condotta in stato vegetativo permanente, bensì sarebbe «morta di sentenza»⁴⁰, trova conferma l'impressione che le scelte della politica sul “caso Englaro” siano state dettate anche dall'intento di utilizzare questa straziante vicenda per attirare l'attenzione dell'opinione pubblica sulla presunta *inevitabilità* di riforme della giustizia che non si limitino a muoversi a livello della legislazione ordinaria, ma – come sottolineano molte dichiarazioni del Ministro Alfano e del *Premier* sin dalla seconda metà del 2008 – comportino *anche la riscrittura delle previsioni di rango costituzionale*⁴¹.

Nel romanzo *Il buio oltre la siepe*, l'arringa conclusiva dell'avvocato Atticus Finch, chiamato al difficile compito di difendere, in una piccola contea dell'Alabama del 1935, un afroamericano imputato dello stupro di una ragazza bianca nonostante di tale crimine sia palesemente innocente, trova uno dei punti più toccanti nel passaggio in cui afferma: «I nostri tribunali hanno i loro difetti, come ogni istituzione umana, ma nel nostro Paese, i tribunali sono grandi strumenti di livellamento sociale.

Nei nostri tribunali si attua il principio secondo cui tutti gli uomini furono creati uguali»⁴².

Che sia proprio questo il problema?

³⁹ Cfr. C. PASOLINI, *E il governo romeno ora accusa. “L'Italia incita alla xenofobia. È un comportamento antieuropeo”*, in *La Repubblica*, 11 febbraio 2009, 35.

⁴⁰ Cfr. G. LUZI, *Alfano attacca i magistrati “Eluana è mora di sentenza”*, in *La Repubblica*, 11 febbraio 2008.

⁴¹ Ad es., cfr. S. BUZZANCA, *Il Pdl gela l'Anm: avanti tutta sulla giustizia*, in *La Repubblica*, 23 agosto 2008, 11; L. MILELLA, *La riforma di Ghedini: “Servono due Csm ma il pm non può dipendere dal Governo”*, *ibidem*; L. NIGRO, *Giustizia, Pd e Udc riaprono il dialogo*, *ivi*, 24 agosto 2008, 13; L. MILELLA, *“Inaccettabile l'idea di due Csm. la riforma non sia una resa dei conti”*, *ibidem*; *Id.*, *Csm, azione penale e carriere separate nel piano del Cavaliere c'è un ddl unico*, *ivi*, 27 agosto 2008, 15; G. D'AVANZO, *La riforma nascosta della giustizia in quel patto tacito Ghedini-Violante*, *ivi*, 10 settembre 2008, 10; C. LOPAPA, *La Lega: riforme condivise. Il Pdl: la Carta va cambiata*, *ivi*, 14 dicembre 2008, 6. Nel *tourbillon* delle interviste rilasciate dal *Premier* ai giornalisti dopo lo “smacco” subito a causa del rifiuto di emanazione del decreto, quella di maggior effetto è forse la dichiarazione secondo cui il “caso Englaro” segnala la necessità di una riforma ad ampio raggio della Carta costituzionale, definita come «una legge fatta molti anni fa sotto l'influsso di una fine di una dittatura e con la presenza al tavolo di forze ideologizzate che hanno guardato alla Costituzione russa come un modello». Cfr. *Berlusconi attacca la Costituzione: “È filosovietica, va cambiata”*, in www.Repubblica.it, 7 febbraio 2008.

⁴² H. LEE, *Il buio oltre la siepe* (1960), tr. it., Milano, 2002, 228.