



## **I rischi della competizione regolativa e valoriale fra i diversi poteri dello Stato (riflessioni a margine del “caso Englaro”)\***

SOMMARIO: 1. – Gli interrogativi inevasi: lo Stato di diritto, Aldo Moro ed Eluana Englaro. 2. – Il *surplus* politico e valoriale della regola giurisdizionale. 3. – Il profilo regolativo della competizione fra i diversi poteri dello Stato. 3.1. – *Segue*: la sostanziale “invincibilità” della regola giurisdizionale. 4. – Il profilo valoriale della competizione fra i diversi poteri dello Stato. 4.1. – *Segue*: la regola giurisdizionale fra testo normativo e contesto di riferimento. 4.2. – *Segue*: l’integrazione “globalizzata” delle lacune fittizie e la decontestualizzazione dei diritti costituzionali. 5. – Il “caso Englaro”, ovvero: dell’“invincibilità” della regola “perfetta”. 5.1. – *Segue*: l’inversione d’orientamento politico-culturale della Suprema Corte. 5.2. – *Segue*: il parossismo asimmetrico del sistema dei controlli.

### 1. *Gli interrogativi inevasi: lo Stato di diritto, Aldo Moro ed Eluana Englaro*

Forse proprio per la drammaticità che l’ha caratterizzata, la vicenda di Eluana Englaro ha reso più stridenti le tensioni politico-istituzionali presenti nel Paese, solitamente assorbite dal dinamismo insito nel circuito costituzionale della divisione e del bilanciamento dei poteri. Eppure, proprio tale sistema è parso faticare a reggere l’impatto emotivo provocato dal convulso susseguirsi delle determinazioni giurisprudenziali ed istituzionali, che hanno scandito e determinato l’ultimo periodo di vita della donna. Proprio l’impianto dello Stato di diritto, posto a suprema condizione di garanzia dei diritti del singolo, è parso inadeguato alla specie ed ingabbiato da motivazioni di tipo formale; quasi ad eludere quella centralità della persona umana, indicata dal Costituente quale “pietra d’angolo” dell’intero edificio costituzionale <sup>(1)</sup>.

Di qui, gli interrogativi fondamentali sottesi all’intera vicenda, riassumibili nelle seguenti drammatiche alternative: salv(agu)ardare il diritto alla vita dell’interdetta, sino ad infrangere l’avversa regola elaborata nell’occasione (solo) in via giurisdiziona-

---

(\*) Il presente saggio, con aggiunte e modifiche, è destinato alla pubblicazione negli *Scritti in onore di Luigi Arcidiacono*.

<sup>(1)</sup> Così l’efficace immagine offerta da Giorgio La Pira in Assemblea Costituente, seduta dell’11 marzo 1947, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, Camera dei Deputati, Roma, 1971, I, 316.

le? Ovvero, salvaguardare la regola giurisdizionale, sino ad infrangere irrimediabilmente il bene della e il diritto alla vita coinvolti, già diversamente tutelati dal sistema ordinamentale? Per meglio dire: esporre a rischio di credibilità l'impianto formale dello Stato di diritto, consentendo l'aggiramento della regola giurisdizionale formulata in senso contrario allo *iure condito* ed allo *iure condendo*? Ovvero, esporre ad estinzione certa la vita della destinataria della suddetta regola, pur di consentire la vigenza del disposto giurisdizionale?

E così – con tutti i distinguo del caso – è parso nuovamente riecheggiare il terribile interrogativo che squarciò la notte della “Prima Repubblica” durante i giorni del rapimento di Aldo Moro, allorché si prospettò l'eventualità di uno scambio fra lo statista ed alcuni detenuti. Ipotesi che, per un verso, avrebbe consentito la salvezza del prigioniero, così come assicurato dalle Brigate Rosse (anche se non si sa quanto fondatamente); per altro verso, tuttavia, avrebbe comportato la deroga ai principi dello Stato di diritto, con una sostanziale perdita di credibilità dello Stato medesimo dagli imprevedibili effetti, attesa l'eccezionalità del momento storico.

Da un punto di vista formale, il percorso che infine ha condotto a far prevalere la regola giurisdizionale sulle diverse opzioni eccepite ed a legittimare il tragico epilogo in questione, è stato valutato come inesorabile nella propria coerenza e consequenzialità giuridico-istituzionale: rilevata la (dubbia) esistenza di una lacuna normativa (la mancata disciplina del c.d. testamento biologico con riguardo all'ipotesi limite dello stato vegetativo permanente del paziente), la stessa è stata parzialmente colmata in via interpretativa dalla Cassazione con l'identificazione, *invero creativa*, di una regola specifica (l'ammissibilità, alle condizioni indicate, dell'interruzione della nutrizione ed idratazione artificiali del paziente in stato vegetativo), applicata poi al caso concreto dal giudice competente, che infine ha autorizzato l'interruzione del trattamento nutrizionale dell'interdetta, così come richiesto dal padre e tutore della stessa; interruzione poi dimostratasi insuscettibile di ogni avverso tentativo dirimente, atteso, per l'appunto, un approccio soprattutto formale ai principi caratterizzanti la divisione dei poteri e lo Stato di diritto.

Da un punto di vista sostanziale, tuttavia, il percorso tratteggiato è parso forzatamente irrigidito nella sequenza unidimensionale delle singole fasi decisionali coinvolte; e ciò, paradossalmente, quasi a dispetto dei principi istituzionali che pure ne avevano consentito il formale svolgimento.

Il rilievo appare evidente, osservando l'essenzialità assunta nella specie dal fattore temporale: in tanto i diversi giudici aditi

hanno potuto formulare ed applicare la regola da adattare al caso concreto, in quanto nel frattempo è risultato incompiuto il lavoro avviato dal legislatore per una completa disciplina della materia già oggetto di molteplici proposte di legge.

Che poi detto ritardo sia derivato dall'obiettivo difficoltà politica di maturare un ampio consenso parlamentare in una materia così esposta ad inedite e discordanti valutazioni etiche, biomediche e scientifiche, è un dato che accentua, anziché diminuire, la delicatezza del caso. Rende ancor più stridente la divergenza di contenuto fra la regola creata ed applicata dagli organi giurisdizionali e lo *iure condito* e *condendo* del Paese; quasi che la prima abbia inteso aggirare i secondi.

L'insolita concorrenza temporale fra l'attività dei due poteri chiamati a diverso titolo a colmare la lacuna normativa, insomma, si è risolta in una sorta d'inedita competizione regolativa sui valori, sulla loro giuridicizzazione, sulla sintesi tra i principi in cui essi assumono rilievo nell'ordinamento. Beninteso, si è trattato di una competizione del tutto virtuale (ancorché significativa per i destinatari e per un'opinione pubblica sempre più smarrita), stante il carattere ancora *in itinere* della regola parlamentare rispetto a quello invece perfetto e vincolante della regola giurisdizionale. Nondimeno, detta competizione è stata tale da ripercuotersi sul tradizionale assetto della divisione dei poteri e dello Stato di diritto, sino ad incidere sulla caratterizzazione delle relative ragioni fondanti. Di qui, per l'appunto, il disagio rappresentato.

## 2. *Il surplus politico e valoriale della regola giurisdizionale*

A ben vedere, la regola giurisdizionale (in particolare quella formulata dalla Corte di Cassazione, I Sez. Civ., n. 21748 del 2007) ha goduto di un *surplus* politico-normativo e valoriale, solitamente negato alla regola parlamentare; ciò per motivazioni risalenti, che tuttavia nella specie hanno preso il sopravvento, sino a segnare la differenza fra l'attività dei relativi poteri.

Il riferimento, ovviamente, non è tanto ai presupposti logici e metodologici di entrambe le attività, considerato il prevalere dell'opinione che ammette il pari concorso delle stesse alla produzione del diritto, sia pure con una diversa soggezione ai vincoli coinvolti: quella parlamentare, di tipo tendenzialmente negoziale e compromissoria, essendo soggetta ai vincoli derivanti dai principi costituzionali, dalla rappresentanza popolare e dalla responsabilità

politica; quella giurisdizionale, di tipo specialmente sussuntivo ed interpretativo, essendo sottoposta ai pari vincoli costituzionali ed a quelli discendenti dal testo legislativo. Di talché, la produzione del diritto d'entrambi i poteri rinvia a problemi più che di teoria, di *politica* del diritto <sup>(2)</sup>.

Il rilievo sulle condizioni privilegiate che hanno contrassegnato nella specie la regola giurisdizionale, piuttosto, è legato a fattori che da tempo hanno reso la stessa – per così dire – *rinforzata* tanto nella forza politico-normativa, quanto nel contenuto valoriale.

Per un verso, si considerino gli effetti provocati dal tracollo della “Prima Repubblica” sull'impianto costituzionale della separazione dei poteri. A seguito della “rivoluzione” giudiziaria legata al fenomeno di *Tangentopoli* un inedito circuito politico-rappresentativo si è affermato a discapito di quello tradizionale, contrapponendo il diverso collegamento fra corpo sociale, mass-media e magistratura <sup>(3)</sup> a quello ordinario e tipico della forma di governo parlamentare, fra corpo sociale, partiti politici e Parlamento. La magistratura, in tal modo, è parsa rispondere all'insofferente atteggiamento di rifiuto (se non proprio d'aperta antipolitica) dimostrato da vasti strati della popolazione, sino a porsi quale diretta espressione dell'opinione pubblica, “vendicatrice dei suoi diritti” rispetto ad un potere politico non più collocato in una sfera di rispettata sovraordinazione <sup>(4)</sup>, se

---

<sup>(2)</sup> Si v. per tutti H. KELSEN, *Zur Theorie der Interpretation* (1934), trad. it., a cura di C. Geraci, *Sulla teoria dell'interpretazione*, in Id., *Il primato del Parlamento*, Milano 1982, 159 ss.

<sup>(3)</sup> E. CHELI, *Riflessi della transizione nella forma di governo*, in *Quad. cost.*, 1994, 392; Id., *La riforma mancata. Tradizione e innovazione nella Costituzione italiana*, Bologna 2000, 37.

<sup>(4)</sup> G. AMATO, *Un governo nella transizione. La mia esperienza di Presidente del Consiglio*, in *Quad. cost.*, 1994, 360. In un altro scritto (Id., *Il dilemma del principio maggioritario*, in *Quad. cost.*, 1994, spec. 175 ss.) l'A. ha meglio precisato il proprio pensiero, ricollegandosi alle due diverse accezioni del principio di separazione dei poteri (ripartibile al proprio interno e non realmente divisibile, l'accezione originata dalla rivoluzione francese; espressione di una diversità di poteri originariamente divisi, quella contenuta nella Costituzione degli Stati Uniti) ed alla conseguente diversa configurazione del ruolo assunto dal giudice (diretto interprete della volontà dell'assemblea e della legge, nel primo caso; garante della comunità anche nei confronti dell'autorità politica, nell'altro). In tal senso, posto che per la prima volta in Italia il potere giudiziario “si è fatto interprete dei diritti della comunità davanti allo stesso potere politico, introducendo un elemento di sicuro simigliante alla separazione dei poteri di derivazione non giacobina”, l'A. si chiede se l'intervenuto mutamento culturale sia espressione “di un'acquisita concezione pluralista di più poteri separati e reciprocamente limitati, ovvero della vecchia concezione monista del potere”. D'altra parte, è innegabile che proprio in tale caso le “Procure si sono atteggiare a rap-

non proprio incaricata della “missione di liberare l’Italia dalla corruzione”<sup>(5)</sup>.

La delegittimazione della politica, per tale via, si è tradotta in un rinvio delle decisioni più complesse ad istanze apparentemente tecniche ed imparziali, a poteri ritenuti “neutri” in quanto estranei al circuito democratico-rappresentativo. La crisi della rappresentanza, in altri termini, si è risolta nell’elusione della responsabilità politica e nella parcellizzazione delle decisioni, spostate verso gli organi giurisdizionali (il “governo dei giudici”), le autorità amministrative indipendenti, le amministrazioni pubbliche, i sindacati, secondo modalità estranee al circuito politico tradizionale<sup>(6)</sup>.

Per altro verso, si considerino gli effetti prodotti in ambito giurisdizionale dal fenomeno della “globalizzazione”<sup>(7)</sup>. L’interscambio generalizzato degli spazi commerciali, sociali e culturali ha incoraggiato l’avvio di una rete giudiziaria globale, in cui il raccordo fra giudici ha assunto forme diverse: richiamo alle sentenze straniere, scambio di argomentazioni, formazione comune, dialogo tra giurisdizioni, creazione di associazioni transnazionali e di circoli giudiziari. Ne è derivato un intenso “traffico”<sup>(8)</sup> o “commercio”<sup>(9)</sup> di modelli interpretativi e di soluzioni giurisprudenziali<sup>(10)</sup>, che dal campo degli

---

presentanti delle opinioni e dei valori dominanti nella società, capaci di instaurare un rapporto diretto con l’opinione pubblica, e pertanto legittimate ad incidere sullo stesso processo di formazione dell’indirizzo politico” (G. PITRUZZELLA, *Forme di governo e trasformazioni della politica*, Bari 1996, 78); orientamento, questo, in vario modo espresso anche da: F. BILANCIA, *La crisi dell’ordinamento giuridico dello Stato rappresentativo*, Padova 2000, 227 ss.; C. CHIMENTI, *Addio prima Repubblica. Lineamenti della forma di governo italiana nell’esperienza di undici legislature*, Torino 1995, 303 ss.; P. GIOCOLI NACCI, *L’anti-Montesquieu (tramonto del principio della distinzione delle funzioni)*, Bari 1989, 159 ss.; C. GUARNIERI, *La magistratura nella transizione politica italiana*, in *Riv. dir. cost.*, 1997, 178; M. MIDIRI, *Autonomia costituzionale delle Camere e potere giudiziario*, Padova 1999, 164 ss.

<sup>(5)</sup> L. VIOLANTE, *Magistrati*, Torino 2009, 105.

<sup>(6)</sup> Si v. per tutti, V. LIPPOLIS, G. PITRUZZELLA, *Il bipolarismo conflittuale. Il regime politico della Seconda Repubblica*, Soveria Mannelli 2007, 161.

<sup>(7)</sup> Si v. per tutti M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti tra Stati e mercati*, Bologna 2000, 7 ss.

<sup>(8)</sup> P. CAROZZA, *Il traffico dei diritti umani nell’età post-moderna*, in *Il traffico dei diritti insaziabili*, a cura di L. Antonini, Soveria Mannelli 2007, 81 ss.

<sup>(9)</sup> J. ALLARD, A. GARAPON, *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit* (2005), trad. it., a cura di C. Maggiori, *La mondializzazione dei giudici. Nuova rivoluzione del diritto*, Macerata 2006, 4 ss.

<sup>(10)</sup> Insistono sulle nuove problematiche derivanti da tale dinamica: M. CAR-

scambi commerciali si è esteso al registro dei diritti fondamentali. La “mondializzazione giudiziaria”, di conseguenza, si è posta come una sorta di *cassetta degli attrezzi* senza fondo, a disposizione dei giudici per risolvere casi soggetti ad una diversa valutazione secondo i tradizionali parametri dei paesi di provenienza.

I principi e i diritti implicati, per tale via, una volta sganciati dal riferimento ai sistemi giuridici ed ai tessuti culturali d'origine, sono divenuti sempre più omogenei e decontestualizzati <sup>(11)</sup>. In tal senso, sono stati assimilati ad una sorta di *patrimonio comune* <sup>(12)</sup>, ovvero ad una nuova forma di *diritto naturale* (anche se, oramai, depotenziato e relativizzato, vista la pari relativizzazione subita nel frattempo dalla stessa natura a seguito delle intervenute sperimentazioni e manipolazioni genetiche e biomediche). Di talché, principi cardine dei singoli ordinamenti, quale quello della dignità umana, una volta elevati ad ideale universale e transnazionale, sono rimasti svuotati di contenuto, divenendo suscettibili di applicazioni contrastanti a seconda delle contingenze specifiche e degli interessi coinvolti <sup>(13)</sup>.

Orbene, la combinazione fra le implicazioni dei due fattori rappresentati (tracollo della “Prima Repubblica” e “globalizzazione”) si è inevitabilmente ripercossa anche sul piano del sistema delle fonti e della divisione dei poteri. Il rinvio della politica alle determinazioni della giurisprudenza, a propria volta recettizia di opzioni interpretative sovranazionali, si è tendenzialmente risolto nella *neutralizzazione* della prima e nella *politicizzazione* della seconda

---

TABIA, *L'universalità dei diritti umani nell'età dei “nuovi diritti”*, in *Quad. cost.*, 2009, 537 ss.; S. CASSESE, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino 2009; Id., *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma 2009; A. GAMBARO, *La circolazione degli argomenti legali: uso del metodo comparativo e riferimento ai modelli interpretativi stranieri nelle sentenze dei giudici nazionali, relazione all'incontro di studio su I giudici e la globalizzazione: il dialogo tra le corti nazionali e sopranazionali*, organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura, Roma 23 giugno 2009; A. RUGGERI, *Sistema integrato di fonti, tecniche interpretative, tutela dei diritti fondamentali*, ivi, ora anche in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), 24 luglio 2009; L. VIOLANTE, *Magistrati*, cit., 4 ss.

<sup>(11)</sup> Sulla necessità che la globalizzazione non si scontri brutalmente con le sensibilità locali, insistono B. MARKESINIS, J. FEDTKE, *Judicial Recourse to Foreign Law: A New Source of Inspiration?* (2006), trad. it., a cura di A. Taruffo, *Giudici e diritto straniero. La pratica del diritto comparato*, Bologna 2009, 90.

<sup>(12)</sup> J. ALLARD, A. GARAPON, *op. cit.*, 92.

<sup>(13)</sup> P. CAROZZA, *op. cit.*, 81 ss.

(14). Le conseguenze sono state tali da originare un'inedita competizione fra le attività politico-normative in questione: quella parlamentare, per esigenze di rappresentanza e di responsabilità politica vincolata ad una lettura dei diritti conforme alle tradizioni culturali e costituzionali del Paese; quella giurisdizionale, al contrario, libera da riferimenti di tal fatta ed aperta ad una lettura dei medesimi diritti di differente tenore. La competizione rilevata ha così assunto una duplice specificità: regolativa, con riguardo all'attività dei poteri coinvolti, e valoriale, con riguardo ai sistemi culturali presi a riferimento.

### 3. *Il profilo regolativo della competizione fra i diversi poteri dello Stato*

Di per sé, il profilo regolativo caratterizzante l'inedita competizione normativa tratteggiata, non costituisce una novità del sistema. La competizione tanto concorrenziale quanto conflittuale fra gli organi di decisione politica e d'interpretazione giudiziale rientra nella dialettica della separazione dei poteri; è dunque collocabile fra i possibili sviluppi, in senso rispettivamente fisiologico o patologico, di quella "continuazione del processo di produzione del diritto dal generale all'individuale" (15) tipica del fenomeno giuridico continentale.

Da segnalare, piuttosto, è l'incertezza riguardante la soluzione, o, per meglio dire, la riconducibilità a sistema di tale competizione nell'evoluzione ordinamentale in atto. La forte e caotica

---

(14) "Questo giudice si allontana sempre più dal modello rivoluzionario e napoleonico del magistrato-funziionario e si avvicina sempre più al modello americano, componente esplicito del sistema politico, perché può porre in crisi il dettato della legge e garantire il cittadino anche contro lo Stato. Conseguentemente, questo magistrato diventa sempre più un attore politico, perché il funzionamento del sistema e la debolezza della politica lo sospingono verso quella spiaggia", così L. VIOLANTE, *Magistrati*, cit., 48.

(15) H. KELSEN, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik* (1934), trad. it. a cura di R. Treves, *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (1952), Torino 2000, 109. Che poi l'attività creativa del giudice sia riferibile non già alla norma individuale contenuta nel dispositivo, bensì alla norma generale contenuta nella motivazione (come eccepito da R. GUASTINI, *Se i giudici creino diritto*, in *Istituzioni e dinamiche del diritto. I confini mobili della separazione dei poteri*, a cura di A. Vignudelli, Milano 2009, 393), non sembra spostare i termini della questione. Nel senso che anche l'atto giurisdizionale è creatore del diritto, C. ESPOSITO, *La validità delle leggi. Studio sui limiti della potestà legislativa, i vizi degli atti legislativi e il controllo giurisdizionale* (1934), Milano 1964, 83 ss.

accelerazione impressa all'impianto delle fonti del diritto dall'evoluzione istituzionale e sociale degli ultimi decenni, invero, non è stata facilmente assorbita dall'evoluzione del modo d'intendere il principio della separazione dei poteri<sup>(16)</sup>; principio oggi declinabile soprattutto in termini di competenze distinte, ciascuna delle quali connotata da una titolarità, da un procedimento, da atti tipici e dove è escluso che funzioni diverse siano cumulate dallo stesso soggetto nel medesimo ciclo funzionale<sup>(17)</sup>. Divenuti assai più fluidi e mobili i confini fra l'attività dei diversi poteri, sono emerse le difficoltà di un'effettiva ripartizione dinamica tra potere legislativo e potere giudiziario<sup>(18)</sup>. Si chiarisce, in tal senso, la sostanziale impraticabilità del tradizionale strumentario giuridico rispetto alle necessità derivanti dalle nuove dinamiche istituzionali e sociali; come pure, si comprende il conseguente squilibrio fra i diversi poteri, tale da far *lucrare* alla regola giurisdizionale un'ingiustificata preminenza materiale su quella parlamentare.

Solo formalmente l'assenza di competizione fra i diversi poteri coinvolti nel processo di produzione del diritto è assicurata dal rispetto della diversa funzione riservata a ciascuno: quello giudiziario, legittimato a formulare la norma individuale contenuta nella sentenza, purché priva d'efficacia *erga omnes* e di contenuto generale e astratto (art. 2909 cod. civ.); quello politico, legittimato a formulare la norma con validità *erga omnes*, oltretutto ad assumere le iniziative legislative ritenute opportune a contrastare eventuali indirizzi giurisprudenziali in disarmonia con le valutazioni d'interesse generale.

In realtà, è la stessa funzione del potere giudiziario ad avere ampliato materialmente il proprio ambito di competenza, rendendo ancora più stridenti e stringenti gli effetti dell'eventuale competizione regolativa con il potere legislativo. Ed invero, la complessità e l'equivocità delle disposizioni normative, la proliferazione dei tipi di fonte e dei soggetti titolari di potere normativo, le relazioni con i

---

<sup>(16)</sup> Cfr. A. CERRI, voce *Poteri (divisione dei)*, in *Enc. Giur.*, Roma 1990; F. MODUGNO, voce *Poteri (divisione dei)*, in *Nov. Dig. It.*, XIII, Torino 1966, 472 ss.; G. SILVESTRI, voce *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. Dir.*, Milano 1985, 670 ss.

<sup>(17)</sup> A. PUGIOTTO, *Leggi interpretative e funzione giurisdizionale*, in *Le leggi di interpretazione autentica tra Corte costituzionale e legislatore*, a cura di A. Anzon, Torino 2001, 95.

<sup>(18)</sup> "In molti casi (...) il principio della separazione dei poteri si rivela come uno strumento del tutto inadeguato al fine di segnare i confini di legittimità della posizione di diritto da parte del giudice", così F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari 2004, 159.

principi costituzionali e comunitari, hanno legittimato la regola giurisdizionale a manifestare una vocazione non più solo individuale, bensì destinata ad oltrepassare il caso concreto, quasi ad esercitare un vincolo di portata generale. Non per nulla – come opportunamente rilevato – è alla norma generale formulata ed individuata nella singola sentenza, che fanno riferimento coloro (privati e pubbliche amministrazioni) che cercano la regola d'azione da seguire <sup>(19)</sup>.

Attesa l'asistematicità della produzione legislativa e l'incertezza normativa, in altri termini, l'interpretazione giudiziaria si è dimostrata essenziale al fine di assicurare unità e coerenza al sistema giuridico; ha fatto ulteriormente emergere la propria formidabile funzione di provare a “rimettere ordine” negli sparsi elementi del compromesso legislativo <sup>(20)</sup>. La creatività del giudice si è ulteriormente parificata a quella del legislatore, nel senso che la differenza fra le due non è più ravvisabile nel carattere *inter partes* della norma individuata dalla sentenza <sup>(21)</sup>. Del resto, nella medesima prospettiva già da tempo si era evidenziato che la norma giurisdizionale, pur non rientrando nel novero delle fonti del diritto tecnicamente intese, è suscettibile di operare egualmente quale fonte del diritto, ove collegata agli altri giudicati riguardanti la medesima *ratio* nella sequenza delle consuetudini giudiziarie innovative <sup>(22)</sup>; motivo, questo, che ha concorso ad argomentare l'efficacia normativa del precedente giudiziario <sup>(23)</sup> e la forza del *diritto giurisprudenziale* quale “fatto normativo” <sup>(24)</sup>.

---

<sup>(19)</sup> G. PITRUZZELLA, *Quello che Barberis non dice: primato della tecnica, concorrenza tra fonti e tra ordinamenti, applicabilità diretta del diritto europeo ovvero delle nuove ragioni del “governo dei giudici”*, in AA.VV., *Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale*, (Annuario AIC 2004), Padova 2008, 61.

<sup>(20)</sup> N. ZANON, *La responsabilità dei giudici*, in *Separazione dei poteri*, cit., 227.

<sup>(21)</sup> G. PITRUZZELLA, *Quello che Barberis non dice*, cit., 61.

<sup>(22)</sup> In tal senso C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova 1975, I, 359 ss.

<sup>(23)</sup> Sull'efficacia normativa del precedente giudiziario, da collocare tra le *fonti-fatto*, A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto. Art. 1-9*, in *Commentario del codice civile* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Zanichelli, Bologna-Roma 1977, 532 ss.; ID., *Problemi metodologici in tema di studio delle fonti del diritto*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, Napoli 2004, 1694 ss.

<sup>(24)</sup> L. CARLASSARE, voce *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, Annali II, II, Milano 2008, 544; ID., *Relazione introduttiva*, in *Diritto costituzionale e diritto amministrativo: un confronto giurisprudenziale*, Convegno annuale “Gruppo di Pisa”, Lecce 19-20 giugno 2009, dattil.

La tendenza prospettata trova ulteriore conferma nell'ipotesi limite, in cui la vocazione generale della regola giurisdizionale è speculare alla funzione di nomofilachia riservata alla Corte di Cassazione all'interno dell'ordinamento. La necessità di assicurare "l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge", oltreché "l'unità del diritto oggettivo nazionale" (art. 65, r.d. ordin. giud.), in tal caso, è tale da indurre la Suprema Corte a proiettare la singola decisione *oltre* il caso di specie, sino ad interessare la "fase di formazione o di formulazione del diritto da applicarsi ai casi futuri" <sup>(25)</sup>.

Da tale punto di vista, giova evidenziare come l'evoluzione della funzione nomofilattica <sup>(26)</sup> sia tutta inscritta all'interno di un sistema ordinamentale unitario ed omogeneo; e come sia volta a rafforzare gli elementi di coesione ed armonia tanto fra i diversi poteri, quanto all'interno del medesimo potere giurisdizionale. Non solamente la Cassazione agisce per un obiettivo di carattere costituzionale, di coordinamento, cioè, tra l'esercizio del potere legislativo e giudiziario, così esercitando un ruolo fortemente dinamico, teso a rinnovare ed adeguare i contenuti della norma alle nuove esigenze del tessuto sociale e culturale; più ancora, al fine di garantire l'uniformità della giurisprudenza, essa è chiamata a rendere le proprie determinazioni fortemente persuasive, in modo da assicurare alle stesse la forza del precedente, sia pure non vincolante. È tale ruolo, dunque, a rendere la Suprema Corte competente non tanto a giudicare lo *ius litigatoris*, bensì a sindacare lo *ius constitutionis*; di talché la singola controversia privata rappresenta solo l'*occasione* per fondare una regola generale, da intendersi quale precedente capace di preservare la legalità dell'ordinamento <sup>(27)</sup>.

### 3.1. Segue: la sostanziale "invincibilità" della regola giurisdizionale

Proprio la tendenziale parificazione materiale fra la creatività dei diversi poteri coinvolti nel processo di produzione del diritto,

---

<sup>(25)</sup> P. CALAMANDREI, C. FURNO, *Cassazione civile*, in *Nov. Dig. It.*, II, Torino 1958, 1055.

<sup>(26)</sup> Evoluzione infine risoltasi nella riforma degli artt. 363, 374 e 384 c.p.c. ad opera del D.lgs. n. 40 del 2006, su cui G. CAMPANELLI, *Il ruolo della Corte di cassazione alla luce delle recenti proposte di riforma*, in *L'attuazione della Costituzione*, a cura di S. Panizza, R. Romboli, Pisa 2006, 343 ss.

<sup>(27)</sup> G. CAMPANELLI, *Incontri e scontri tra Corte suprema e Corte costituzionale in Italia e in Spagna*, Torino 2005, 174 ss.

tuttavia, apre la via ad inedite problematiche. Una volta equiparati in via di fatto gli strumenti del circuito della politica a quelli del circuito del diritto, emerge la richiamata inadeguatezza del modo solo formale d'intendere la separazione dei poteri a fronteggiare le nuove forme di competizione normativa. Lo Stato di diritto, attrezzato com'era a scongiurare i pericoli di possibili degenerazioni plebiscitarie per via politico-legislativa, si trova ora incapace (di riconoscere, prima ancora che) di contrastare eventuali eccessi normativi per via giudiziale. Divenuti sostanzialmente inutilizzabili i rimedi formali assicurati dal tradizionale modello di separazione dei poteri, esso resta esposto ai rischi della "democrazia giudiziaria", di per sé produttrice di storture (quantomeno) analoghe a quelle della "democrazia rappresentativa".

Significativo, in tal senso, è il diverso regime assicurato in via di fatto alla regola giurisdizionale rispetto a quello riservato costituzionalmente alla regola parlamentare. Quest'ultima, di matrice politica, scaturisce da un procedimento di formazione pubblico e trasparente, potenzialmente reso al cospetto dell'opinione pubblica e tale da coinvolgere l'intera rappresentanza politica, comprensiva di maggioranza ed opposizione<sup>(28)</sup>. Essa, di conseguenza, oltre al controllo di legittimità costituzionale derivante dalla soggezione della legge alla Costituzione, è sottoposta altresì al controllo di merito politico secondo le dinamiche della rappresentanza parlamentare. La regola giurisdizionale, al contrario, di matrice meramente culturale<sup>(29)</sup>, è deliberata nel segreto della camera di consiglio e non è soggetta al controllo democratico, posto che la funzione extra-processuale della motivazione ha unicamente lo scopo di consentire una spiegazione delle scelte discrezionali sottese alla singola decisione, escludendo ogni altra forma di controllo da parte del popolo e della sua maggioranza<sup>(30)</sup>. Di conseguenza, essa è soggetta ai soli vincoli derivanti dalla Costituzione e dal testo legislativo, quest'ultimo in ragione del principio di *stretta* legalità posto a collegamento fra la sovranità popolare e l'attività giurisdizionale ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cost.<sup>(31)</sup>; il tutto, sia pure all'interno di quella circolarità

(28) N. ZANON, *La responsabilità dei giudici*, cit., 247.

(29) A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, cit., 536.

(30) Sul dibattito riguardante la funzione endo-processuale ed extra-processuale della motivazione delle decisioni giurisdizionali, si v. per tutti F. BIONDI, *La responsabilità del magistrato. Saggio di diritto costituzionale*, Milano 2006, 137 ss.

(31) Proprio la sottoposizione del giudice alla legge (su cui: S. FOIS, voce *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, Milano 1973, 683; R. GUASTINI, *Art. 101*, in R. GUASTI-

fatto-diritto che caratterizza i processi di produzione-interpretazione delle regole giuridiche <sup>(32)</sup>.

Affrancata dal controllo politico-elettorale, tuttavia, la regola giurisdizionale riesce pure a sfuggire (quantomeno in via di fatto) allo scrutinio di costituzionalità. Il riferimento non è tanto al caso del giudicato civile formatosi in applicazione di una norma di legge successivamente dichiarata incostituzionale; caso in cui la resistenza (e la sostanziale intangibilità) del giudicato civile rispetto al giudicato costituzionale è connessa alla salvaguardia della certezza del diritto, quasi che “la certezza del ‘diritto legislativo’, per come quest’ultimo è ricostruito ed applicato dai giudici comuni”, possa affermarsi “sulla certezza del ‘diritto costituzionale’, che sta a base della sentenza della Corte” <sup>(33)</sup>. Un’ipotesi, questa, che, sia detto per inciso, tende ora ad essere ridimensionata, quantomeno nel caso di accertamento da parte della Corte di Strasburgo della violazione delle norme della CEDU nell’ambito di un giudizio interno <sup>(34)</sup>.

Più ancora, a significare la potenziale elusione della regola giurisdizionale dal controllo di costituzionalità è la peculiare situazione in cui viene a trovarsi l’atto giudiziale nel caso del conflitto

---

NI, A. PIZZORUSSO, *La magistratura* (T. I), in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, A. Pizzorusso, Bologna-Roma 1994, 166 ss.), espressione di una gerarchia tra organi oltreché tra principi, non consente al giudice di provvedere in modo diretto ed autonomo alle domande di giustizia sostanziale provenienti dalla società; ciò a meno di non mutare, a Costituzione “invariata”, il rapporto tra giustizia e politica e tra giudice e popolo. Si v. le riflessioni M. ESPOSITO, *Note minime sul periclitare del confine tra legge e giurisdizione*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), 22 giugno 2009; con diversi accenti D. BIFULCO, *Il giudice è soggetto soltanto al “diritto”*. *Contributo allo studio dell’articolo 101, comma 2, della Costituzione italiana*, Napoli 2008, 114; si v. tuttavia R. ROMBOLI, *Il ruolo del giudice in rapporto all’evoluzione del sistema delle fonti ed alla disciplina dell’ordinamento giudiziario*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), 2005.

<sup>(32)</sup> A. RUGGERI, *Scrittura costituzionale e diritto costituzionale non scritto*, in “Itinerari” di una ricerca sul sistema delle fonti, VIII, *Studi dell’anno 2004*, Torino 2005, 102; Id., *Idee sulla Costituzione, tra teoria delle fonti e teoria dell’interpretazione*, ivi, spec. 539; L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano 1996, spec. 80 ss.; F. MODUGNO, *Appunti dalle lezioni di teoria dell’interpretazione*, Padova 1998, 44.

<sup>(33)</sup> A. RUGGERI, *La certezza del diritto allo specchio, il “gioco” dei valori e le “logiche” della giustizia costituzionale (a proposito dei conflitti di attribuzione originati da sentenze passate in giudicato)*, in A. ANZON (et al.), *La Corte costituzionale e gli altri poteri dello Stato*, Torino 1993, 248 (corsivo testuale).

<sup>(34)</sup> V. SCIARABBA, *La “riapertura” del giudicato in seguito a sentenze della Corte di Strasburgo: questioni generali e profili interni*, in *Giur. cost.*, 2009, 513 ss.; R. CAPONI, *Corti europee e giudicati nazionali*, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it), 25 settembre 2009, 139 ss.

d'attribuzione avente per parte passiva la magistratura. Non che questo, di per sé, sia inammissibile; in più occasioni, del resto, la Corte ne ha dichiarato l'ammissibilità nell'ambito del conflitto fra Stato e Regioni <sup>(35)</sup>, sempre che ad esser contestato sia un difetto del potere del giudice di compiere l'atto in questione <sup>(36)</sup>. Piuttosto, a rendere sostanzialmente impraticabile il caso limite del conflitto promosso dal Parlamento avverso un provvedimento giurisdizionale ritenuto lesivo della sfera d'attribuzione del legislatore <sup>(37)</sup>, concorrono considerazioni d'ordine politico-istituzionale e giuridico, che ne scongiurano l'azione, ovvero ne inibiscono l'ammissibilità.

Per un verso, sul piano politico-istituzionale, occorre considerare il carattere “di per sé sempre traumatico” di un siffatto conflitto; tanto più che il relativo giudizio sottende l'inevitabile rischio d'incidere troppo profondamente sul tradizionale equilibrio fra i diversi poteri, sino a pregiudicare i meccanismi di garanzia costituzionale ed a ledere l'indipendenza della magistratura <sup>(38)</sup>.

Per altro verso, sul piano giuridico, occorre valutare come il regime dell'atto giudiziale coinvolto, indipendentemente dall'essere o meno passato in giudicato, si presti a valutazioni che in pari modo possono condurre alla paradossale impraticabilità dello strumento di controllo di costituzionalità. Ove passato in giudicato, infatti, l'atto è potenzialmente destinato a sfuggire al controllo della Corte; ciò sia per il tradizionale rifiuto del Giudice costituzionale di sindacare il merito delle decisioni definitive, trasformandosi diversamente in una sorta di giudice d'appello dei casi conclusi <sup>(39)</sup>, sia per l'oramai

---

<sup>(35)</sup> A. MANGIA, *L'accesso nei conflitti intersoggettivi*, in *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, a cura di A. Anzon, P. Caretti, S. Grassi, Torino 2000, 334; C. PADULA, *Conflitto di attribuzione tra Stato e regioni, giudicato costituzionale e vincolo nei confronti dell'attività amministrativa e dei giudizi amministrativi e ordinari*, in *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sui conflitti di attribuzione e sull'ammissibilità del referendum abrogativo*, a cura di R. Pinardi, Torino 2007, 116-117.

<sup>(36)</sup> Si v. C. cost., n. 276/2003, § 2 in diritto; nonché nn. 27/1999, 326/2003. Per uno dei rari casi di conflitto fra Stato e Regione con annullamento di una sentenza della Corte di cassazione penale, che aveva disapplicato una legge regionale, si v. C. cost., n. 285/1990.

<sup>(37)</sup> Su cui si v.: F. BIONDI, *La responsabilità del magistrato*, cit., 104; N. ZANON, *La responsabilità dei giudici*, cit., 248.

<sup>(38)</sup> C. MEZZANOTTE, *La nozione di “potere” e di “conflitto” nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, I, 1979, 126.

<sup>(39)</sup> A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano 2008, spec. 432 ss.; F. GABRIELE, *L'“abrogazione sufficiente” fra Corte costituzionale e Ufficio centrale per*

conseguita definitività del medesimo atto giudiziale e, dunque, per la richiamata necessità di salvaguardare la certezza del diritto <sup>(40)</sup>. Tuttavia, anche ove privo della forza del giudicato, l'atto giudiziale è del pari potenzialmente destinato a sfuggire al controllo della Corte, mancando, per l'appunto, di quella "definitività" richiesta in via generale dalla legge per dichiarare l'ammissibilità del conflitto (art. 37, l. n. 53/1987) <sup>(41)</sup>.

Quello del controllo degli atti giurisdizionali, dunque, costituisce uno dei nodi cruciali dell'attuale evoluzione materiale della funzione del potere giudiziario. Ove non risolto, rischia di configurare i giudici quali "custodi (della legalità) del tutto incustoditi" <sup>(42)</sup>. In assenza di controlli (e di sanzioni), infatti, non è garantita l'osservanza dell'obbligo di applicare la legge, che resta così in balia del sentimento di "fedeltà alla legge" dei singoli destinatari.

Lo stesso Parlamento, del resto, difficilmente può riuscire a contrastare la regola generale formulata nella singola sentenza. Esso è certamente legittimato ad intervenire per modificare possibili orientamenti giurisprudenziali in disarmonia con le valutazioni

---

*il referendum in un conflitto di attribuzioni molto simile a un giudizio di appello*, in *Giur. cost.*, I, 1979, 30 ss.

<sup>(40)</sup> Del resto, diversamente, occorrerebbe chiarire gli esiti processuali dell'accertamento dell'invalidità della sentenza definitiva, attesa la mancata previsione legislativa delle concrete modalità di riassunzione del processo già definitivamente "chiuso". In tal senso, A. RUGGERI, *La certezza del diritto allo specchio*, cit., 260; *contra*, M. MANETTI, *Abuso del potere interpretativo da parte del giudice e del legislatore: un'occasione mancata per un conflitto di attribuzione*, in *Giur. cost.*, 1984, 2341 ss.

<sup>(41)</sup> La perdurante possibilità d'impugnazione ordinaria, infatti, impedendo la definitività dell'atto, si riflette sull'eventuale avverso ricorso per conflitto d'attribuzione, provocandone l'inammissibilità. Il tutto, sempre che il requisito della "definitività" sia inteso con riguardo al complessivo sistema dei rapporti intercorrenti fra gli organi appartenenti allo stesso potere; per contro, considerandosi detta "definitività" solamente con riferimento ai caratteri del singolo atto giudiziale, inteso in modo avulso dal complessivo sistema delle garanzie processuali, opposta potrebbe essere la soluzione. In tal senso, A. RUGGERI, *op. cit.*, 250 ss.

<sup>(42)</sup> R. GUASTINI, *Il giudice e la legge*, Torino 1995, 100 (corsivo testuale); *Id.*, *La garanzia dei diritti costituzionali e la teoria dell'interpretazione*, in P. COMANDUCCI, R. GUASTINI, *Analisi e diritto 1990. Ricerche di una giurisprudenza analitica*, Torino 1990, 99 ss. La soluzione suggerita, tuttavia, attribuendo agli organi titolari del potere legislativo il controllo sull'attività giurisdizionale, appare viziata dalla medesima impraticabilità del tradizionale strumentario giuridico dello Stato di diritto, essendo materialmente inibito al Parlamento un simile intervento per le ragioni di seguito evidenziate.

d'interesse generale <sup>(43)</sup> e dunque: può contrastare l'esistenza di una norma di "diritto vivente" stabilmente consolidata nella giurisprudenza, ove la stessa sia sfuggita al sindacato di costituzionalità <sup>(44)</sup>; come pure, in caso d'interpretazione autentica delle leggi, può mutare la linea di politica del diritto già maturata in via giurisprudenziale, adottando una nuova legge <sup>(45)</sup>.

Nondimeno, si tratta di interventi *reattivi*, pur sempre delimitati dal limite del giudicato; limite che, anche se non assoluto, tende a configurarsi come tale per ragioni – ancora una volta – politico-istituzionali, oltreché giuridiche.

Sul piano giuridico, invero, il discorso sulla retroattività il-limitata della legge non penale resta pur sempre articolato, mantenendo margini d'ammissibilità. È certamente incontestabile che la tutela della singola decisione sia connessa a "fondamentali valori di civiltà giuridica", tra i quali "il rispetto del principio generale di ragionevolezza e di eguaglianza, la tutela dell'affidamento legittimamente sorto nei soggetti quale principio connaturato allo Stato di diritto e il rispetto delle funzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario" <sup>(46)</sup>. Tuttavia, proprio la soggezione a detti parametri induce a non considerare il limite del giudicato come princi-

---

<sup>(43)</sup> G.U. RESCIGNO, *Note sulla indipendenza della magistratura alla luce della Costituzione e delle controversie attuali*, in *Istituzioni e dinamiche del diritto*, a cura di A. Vignudelli, cit., 381.

<sup>(44)</sup> Una volta che gli orientamenti della Corte di cassazione "sono stabilmente consolidati nella giurisprudenza – al punto da acquisire i connotati del 'diritto vivente' – è ben possibile che la norma, come interpretata dalla Corte di legittimità e dai giudici di merito, venga sottoposta a scrutinio di costituzionalità, poiché la norma vive ormai nell'ordinamento in modo così radicato che è difficilmente ipotizzabile una modifica del sistema senza l'intervento del legislatore o di questa Corte", C. cost. n. 350/1997, § 2 in diritto.

<sup>(45)</sup> A. PUGIOTTO, *La legge interpretativa e i suoi giudici. Strategie argomentative e rimedi giurisdizionali*, Milano 2003, spec. 348.

<sup>(46)</sup> C. cost., n. 282/2005, § 3.2. in diritto, con la precisazione che, diversamente, la legge non si limiterebbe a muovere sul piano delle fonti normative, ma lederebbe sia i principi relativi ai rapporti tra potere legislativo e potere giurisdizionale, sia le disposizioni relative alla tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi; in senso analogo, sentt. nn. 525/2000, 374/2000 e 15/1995; su cui da ultimo R. CAPONI, *Corti europee e giudicati nazionali*, cit., 58 ss. Tuttavia, a proposito dell'impossibilità di argomentare "una generale preclusione di leggi lesive del giudicato da talune espressioni (impiegate dal Giudice costituzionale) – pur obiettivamente chiare – quali l'incidenza, diretta ed esplicita, sul giudicato esclude che la disposizione in questione operi soltanto sul piano normativo", si v. A. GARDINO CARLI, *Corte costituzionale e leggi interpretative tra un controverso passato ed un imprevedibile futuro*, in *Le leggi di interpretazione autentica*, a cura di A. Anzon, cit., spec. 28-29; nonché più

pio costituzionale, o come vincolo “insuperabile” ed “irresistibile”, a meno di non “rafforzare la posizione di indipendenza del *singolo* giudice rispetto al legislatore” (47). Del resto, la stessa Corte in più occasioni ha negato l’incostituzionalità di leggi che incidevano su giudizi pendenti e su sentenze passate in giudicato, una volta accertata l’assenza di intenti discriminatori (48).

Sul piano politico-istituzionale, tuttavia, i margini d’ammisibilità di una legge di tal fatta subiscono ulteriori restrizioni: non c’è solo il pericolo che il legislatore, con una legge singolare, coarti il giudice ad una decisione diversa da quella imposta dal diritto (49) ed eventualmente già conclusa; c’è altresì il timore che l’opinione pubblica interpreti un tale intervento legislativo come indebitamente persecutorio del potere giudiziario, la cui “aura di intoccabilità” (50) si è rafforzata ulteriormente a seguito della “rivoluzione” giudiziaria di *Tangentopoli*.

In definitiva, affrancata in via giuridica o di fatto da ogni

---

in generale G. VERDE, *L’interpretazione autentica della legge*, Torino 1997, spec. 33 ss. Sul carattere non costituzionale del divieto di retroattività, C. cost. n. 234/2007.

(47) Così, a proposito della questione della retroattività (reale o naturale) della legge di interpretazione autentica, A. PUGIOTTO, *Leggi interpretative e funzione giurisdizionale*, cit., 58-59; Id., *La legge interpretativa e i suoi giudici*, cit., 344. Si v. inoltre: A. GARDINO CARLI, *Il legislatore interprete. Problemi attuali in tema di interpretazione autentica delle leggi*, Milano 1997, con riferimento alla non pacifica giurisprudenza in materia, fra cui Cass., n. 5513/1981 (“l’insensibilità del giudicato all’operatività della legge retroattiva è la regola, mentre la c.d. iper o super retroattività è l’eccezione”), ovvero Cass., n. 9899/1990 (dipende da un giudizio di “mera opportunità politica”, non sindacabile in sede di legittimità, la decisione del legislatore di caducare i giudicati adottati in base all’interpretazione dallo stesso rigettata); R. TARCHI, *Le leggi di sanatoria nella teoria del diritto intertemporale*, Milano 1990, 146, a proposito della tutela solo legislativa (artt. 2909, c.c. e 324 c.p.c.) riservata al principio del giudicato.

(48) In tal senso, diffusamente, M. MANETTI, *Abuso del potere interpretativo*, cit., 2344, che richiama C. cost., nn. 77/1964, 23/1967, 19/1970, 53/1980; Id., *I vizi (reali e immaginari) delle leggi di interpretazione autentica*, in *Le leggi di interpretazione autentica*, a cura di A. Anzoni, cit., 44 ss.; tanto più che in varie occasioni la giurisprudenza costituzionale “è giunta via via a rendere più elastici i confini dell’ermeneutica legislativa, sino al punto di ‘perdonare’ la vanificazione del giudicato”, così M. ESPOSITO, *Brevi considerazioni sui rapporti tra legge e giurisdizione*, in *Giur. cost.*, 2004, 169. Sul rilievo secondo cui non sia “affatto chiaro se (...) il potere giudiziario abbia una sfera di competenza difendibile nei confronti di quello legislativo”, si v. inoltre A. GARDINO CARLI, *Il legislatore interprete*, cit., 168.

(49) G.U. RESCIGNO, *Leggi di interpretazione autentica e leggi retroattive non penali incostituzionali*, in *Giur. cost.*, 1964, 789.

(50) M. MANETTI, *op. cit.*, 2342.

tipo di controllo, la regola giurisdizionale assume una forza normativa inedita e sconosciuta alla regola parlamentare; una forza tale da trasformare la propria *intangibilità* materiale dai suddetti controlli in una sorta d'*insindacabilità* delle scelte adottate, se non proprio in una sostanziale *invincibilità* nei riguardi di ogni avversa istanza correttiva o modificativa, tanto politica quanto di costituzionalità.

Così accadendo, tuttavia, la spinta verso lo “Stato giurisdizionale” sottesa alla dinamica rappresentata, assume una connotazione in controtendenza rispetto a quella propria del classico modello di riferimento<sup>(51)</sup>. Quest’ultimo è espressione di un impianto sociale stabile e consolidato, in cui il giudice può pronunciare direttamente il diritto, da far valere eventualmente anche contro il legislatore che produce le norme; di conseguenza, esso “costituisce lo strumento migliore per la conservazione dello *status quo* sociale e dei diritti acquisiti, in corrispondenza alla tendenza conservatrice di qualsiasi giurisprudenza”<sup>(52)</sup>. L’attuale tendenza, per contro, nella forte e disordinata evoluzione in corso, registra l’affermazione dello “Stato giurisdizionale” quale strumento d’innovazione ordinamentale; per meglio dire, identifica in tale modello *lo* strumento decisivo più idoneo ad interpretare adeguatamente le spinte verso il cambiamento presenti nel corpo sociale, non valorizzate (almeno nell’immaginario collettivo) dai luoghi istituzionali di rappresentanza democratica. Il tutto, con uno “slittamento organizzativo” e con uno “spostamento del centro di autorità” dalla legge alla giurisdizione per via meramente convenzionale, al di fuori (ed a prescindere) dalla procedura di revisione costituzionale<sup>(53)</sup>. E così, nell’“infinita” transizione istituzionale in corso<sup>(54)</sup> e nel rissoso e forzoso bipolarismo della “Seconda Repubblica”<sup>(55)</sup>, trova legittimazione materiale l'*invincibilità* della regola giurisdizionale su quella parlamentare.

---

<sup>(51)</sup> C. SCHMITT, *Legalität und Legitimität* (1932), trad. it., a cura di P. Schiera, *Legalità e legittimità*, in Id., *Le categorie del “politico”*, Bologna 1972, 211 ss.

<sup>(52)</sup> Ivi, 216.

<sup>(53)</sup> M. ESPOSITO, *Note minime*, cit., 5 ss.

<sup>(54)</sup> L. ELIA, *Dinamica “esclusione / integrazione” e forma di governo*, in *Giur. cost.*, 1999, 1487.

<sup>(55)</sup> Su cui sia consentito il rinvio a V. TONDI DELLA MURA, *Verso la “Terza Repubblica”? Gli effetti della svolta maggioritaria del 2008 e l’esigenza di nuove forme d’integrazione*, in *Scritti in onore di Michele Scudiero*, Napoli 2008, 2227 ss.

#### 4. *Il profilo valoriale della competizione fra i diversi poteri dello Stato*

A costituire una novità del sistema, dunque, non è la sostanziale *invincibilità* della regola giurisdizionale; tanto più che la stessa si è manifestata già da tempo, specialmente a seguito dell'affermazione dell'inedita forma di "Stato giurisdizionale" prima richiamata.

Merita sottolineare, piuttosto, come detta *preminenza* materiale il più delle volte resti tendenzialmente assorbita dal dinamismo insito nel circuito costituzionale della divisione e del bilanciamento dei poteri, senza sfociare in traumatici contrasti normativi. È questa una circostanza non casuale, che denota la capacità dell'impianto normativo dello Stato di diritto di compensare al proprio interno i possibili conflitti fra i diversi poteri coinvolti nel processo di produzione del diritto, sempre che ne sia rispettato il fondamento. Di talché deve ipotizzarsi che a rendere *insanabile* il conflitto fra la regola giurisdizionale e quella parlamentare non sia tanto la pur straordinaria forza politico-normativa della prima, quanto, più ancora, la relativa combinazione con il peculiare contenuto positivizzato, ove lo stesso si dimostri inedito e non conciliabile con il tessuto ordinamentale. L'eventuale diversità d'impostazione culturale sottesa e, di rimando, la non integrabilità fra i distinti sistemi valoriali di riferimento, infatti, sono tali da impedire una ricomposizione della competizione regolativa. La peculiare combinazione fra il carattere *rinforzato* del disposto giurisdizionale e l'inedito contenuto veicolato, per tale via, consente alla regola in questione d'essere immessa nel circuito precettivo dello Stato di diritto e di prevalere su ogni altra avversa regola, a rischio di provocare una disorganicità normativa destinata a permanere nel sistema con effetti dirompenti.

##### 4.1. *Segue: la regola giurisdizionale fra testo normativo e contesto di riferimento*

Il rilievo rinvia preliminarmente a più generali considerazioni sul rapporto fra regola positivizzata e contesto socio-culturale di provenienza <sup>(56)</sup>. La necessaria sottostruttura d'ogni ordinamento

---

<sup>(56)</sup> P. HABERLE, *La Costituzione nel "contesto"*, in *Nomos-Le attualità del diritto*, 2/2002, 7 ss.

giuridico positivo, infatti, è rappresentata dal tessuto ideologico-politico-morale che lo regge e dal sistema di valori cui si ispira <sup>(57)</sup>.

Ciascuna regola, lungi dal poter essere considerata per l'astratta idoneità formale a disciplinare gli interessi ed i comportamenti coinvolti, è inscindibilmente legata ai valori, ai principi ed alle specificità politiche, sociali e culturali dei singoli sistemi d'appartenenza, essendo chiamata a rappresentare e ripetere la relativa concretezza storica. Diversamente, resa avulsa dal sistema ambientale e dai relativi fattori di condizionamento, sarebbe ridotta alla stregua di qualsiasi altro congegno, sino ad essere apprezzata – come sostenuto sulla base di una visione solamente “ingegneristica” delle istituzioni – quale mero meccanismo “esportabile” e “trapiantabile” in sistemi diversi da quello d'afferenza <sup>(58)</sup>. Ciò, tuttavia, avverrebbe con esiti coercitivi ed aleatori. Fuori dal circuito logico ed assiologico proveniente dal contesto di riferimento, infatti, la regola si mostra priva di un'adeguata giustificazione. Estraniata dall'ambiente d'appartenenza e svuotata della propria ragion d'essere, essa resta sfornita di un effettivo valore giuridico, riflettendo detta negatività, a seconda dei casi, sui diversi piani della validità, dell'efficacia e dell'effettività <sup>(59)</sup>.

Nell'inscindibilità del legame fra testo normativo e contesto di riferimento si spiega così la comunanza dei parametri culturali (prima ancora che giuridici), che insistono in pari modo sull'attività costituente, legislativa ed interpretativa. Nemmeno il potere costituente può essere considerato come “un potere in-costituito che decide le norme dal nulla” <sup>(60)</sup>, essendo piuttosto vincolato a quel complesso organico di principi e di regole fondamentali desumibile dai valori portanti di un popolo, la cui traduzione in un testo scritto e complesso, qual è la Carta costituzionale, identifica la profonda e

---

<sup>(57)</sup> F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, cit., 142.

<sup>(58)</sup> G. SARTORI, *Ingegneria costituzionale comparata. Strutture, incentivi ed esiti*, Bologna 1995, 9 ss.

<sup>(59)</sup> Sia consentito il rinvio a V. TONDI DELLA MURA, *Primi rilievi metodologici sui fattori di condizionamento delle riforme*, in *Dir. soc.*, 2009, 47 ss. Sul modo di risolversi della validità in effettività, L. D'ANDREA, voce *Effettività*, in *Dizionario di Diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano 2006, 2122.

<sup>(60)</sup> In tal senso, criticamente, P. HABERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft* (1982), trad. it., a cura di J. Luther, *Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura*, Roma 2001, 35; ID., voce *Potere costituente (teoria generale)*, in *Enc. giur.*, Roma 2000.

autentica cifra giuridica di quel medesimo popolo <sup>(61)</sup>. Del resto, per comprendere la valenza di tale limitazione, basterebbe interrogarsi su quali sarebbero state le conseguenze sul piano della legittimità e dell'effettività, ove, per assurdo, il Costituente italiano del '48 (espressione democratica dei partiti del CLN e della resistenza al regime fascista) avesse riproposto un impianto costituzionale di tipo nuovamente hegeliano e statalista <sup>(62)</sup>.

Non diversamente dall'attività di produzione del diritto positivo, anche quella interpretativa risente dei medesimi fattori di condizionamento ed è vincolata ai relativi parametri culturali. Di talché la singola regola non può essere né elaborata, né interpretata al di fuori di tale dinamica assiologica. È la sottoposizione a detti parametri, del resto, ad assicurare i presupposti di quell'uniformità del diritto, poi istituzionalmente garantita dalla richiamata funzione nomofilattica della Suprema Corte. Tanto più che la valorizzazione del momento procedimentale dell'attività legislativa, aprendo il processo decisionale alle interferenze e sollecitazioni del tessuto sociale, rinvia il processo interpretativo ad un'analogia dinamica. Il precetto non rileva più in sé, quale struttura condizionale cui ricondurre attraverso un processo di sussunzione il singolo caso della realtà, bensì quale regola espressiva di un'intenzione politica, volta ad orientare i rapporti sociali verso gli obiettivi indicati dal legislatore <sup>(63)</sup>.

Il fatto che anche la creatività del ragionamento decisorio vada ricondotta entro l'ambito dell'ordinamento e del contesto che lo sorregge <sup>(64)</sup>, si riflette così sulla conformazione della decisione giudiziale. Al pari dei singoli giudicanti, che non sono "atomi sradi-

---

<sup>(61)</sup> P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari 2007, 25, 71, 119, 237.

<sup>(62)</sup> P. LOGROSCINO, *Accordo tra potenze straniere e scelte democratiche nella decisione costituente dell'Italia repubblicana*, in *Federalismi.it*, 2/2009.

<sup>(63)</sup> Q. CAMERLENGO, *I poteri istruttori della Corte costituzionale e l'accesso degli elementi scientifici nel giudizio di costituzionalità*, in *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, a cura di A. D'Aloia, Atti del seminario di Parma svoltosi il 19 marzo 2004, Torino 2005, spec. 173.

<sup>(64)</sup> Sulla rilevanza del contesto in relazione all'attività interpretativa si v. inoltre: M. BORRELLO, *La forza della persuasione e l'oggettività della coerenza: la questione del contesto nella teoria dell'interpretazione*, in *Iustitia*, 2002, 319 ss.; F. PALLANTE, *Il neoinstituzionalismo nel pensiero giuridico contemporaneo*, Napoli 2008, 234; nonché, con riguardo al giudizio di legittimità costituzionale, A. BARBERA, *I principi della Costituzione repubblicana: dal "compromesso" al radicamento progressivo*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

cati dal tutto di cui son parte”<sup>(65)</sup>, anche la relativa decisione non è un microcosmo chiuso o una monade che trova solo in se stessa le proprie ragioni e che esaurisce solo in se stessa i propri effetti<sup>(66)</sup>. Piuttosto che ridursi ad un atto singolo, isolato ed a rischio d’arbitrarietà, questa è invece chiamata a parametrarsi con l’intrinseca specificità che il diritto assume nel contesto storico-culturale d’appartenenza. Si tratta di un vincolo “d’adeguatezza”<sup>(67)</sup> o di “congruenza”<sup>(68)</sup> a tale contestualità ed alla prassi che ne deriva, che si pone come limite intrinseco all’atto medesimo. A giustificare la decisione giudiziale, infatti, non concorrono solo i relativi requisiti di validità formale e di coerenza interna, quanto, più ancora, quei parametri d’ordine generale e quei criteri extra-legislativi che ne consentono la “ragionevolezza”<sup>(69)</sup> e che ne favoriscono, di rimando, la giustificazione e l’accettabilità sul piano culturale e sociale. Ecco perché, al di là delle personali opinioni soggettive, il singolo giudice deve decidere le controversie assegnate, rifacendosi alle esigenze ed aspirazioni dell’ambiente culturale e sociale nel quale la sentenza è destinata ad immettersi e a trovare esecuzione<sup>(70)</sup>. E questo vale (forse) a maggior ragione per le istanze giurisdizionali ultra-stata-

---

<sup>(65)</sup> E. BETTI, *Teoria generale della interpretazione* (1955), ried. a cura di G. Crifò, Milano 1990, II, spec. 859.

<sup>(66)</sup> M. TARUFFO, *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, 22.

<sup>(67)</sup> Così R. DWORKIN, *Law’s Empire* (1986), trad. it., a cura di L. Caracciolo di San Vito, *L’impero del diritto*, Milano 1989, spec. 214 ss., a proposito del principio di *integrità*, riguardante il rapporto di giustificazione interna tra il diritto ed i principi di moralità politica di un determinato contesto istituzionale (“i diritti e le responsabilità derivano da decisioni precedenti e, di conseguenza, hanno valore giuridico non soltanto quando sono espliciti in queste decisioni, ma anche quando sono conseguenti ai principi di moralità personale e politica del contesto di riferimento”, *ivi*, 94).

<sup>(68)</sup> M. TARUFFO, *Legalità e giustificazione*, *cit.*, 23.

<sup>(69)</sup> Il controllo di ragionevolezza, infatti, “apre la strada all’utilizzazione di criteri extra-legislativi, la cui necessaria presenza è una conferma del carattere non autosufficiente del diritto formale”, così G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna 1988, 155.

<sup>(70)</sup> V. MARINELLI, *Ermeneutica giudiziaria. Modelli fondamentali*, Milano 1996, 234. Da tale dinamica non si può distogliere nemmeno il Giudice delle leggi, che deve invece interpretare i bisogni e le necessità dell’epoca storica in cui si muove, *cfr.* in tal senso M. FIORILLO, *Corte costituzionale e opinione pubblica*, in *Corte costituzionale e processi di decisione politica*, a cura di V. Tondi della Mura, M. Carducci, R.G. Rodio, *Atti del Convegno di Otranto-Lecce, 3-4 giugno 2004*, Torino 2005, spec. 138 ss.

li, la cui legittimazione, certo meno radicata, rischia di evaporare quando esse violino la regola aurea del *self restraint* <sup>(71)</sup>.

Il criterio vale anche nel caso in cui l'attività discrezionale del giudice sia esercitata in un contesto sociale non omogeneo, qual è quello delle attuali società pluriclasse e multietniche. Anche in tal caso egli è chiamato a fondare la propria decisione su alcuni valori fondamentali e su criteri culturali, che sarebbero poi i medesimi che dovrebbero guidare il legislatore, ove questi decidesse di colmare direttamente la lacuna normativa eventualmente interessata, anziché lasciare al giudice il difficile e non necessario compito di provvedere al riguardo <sup>(72)</sup>.

Solo così può spiegarsi il fatto che l'attuale *invincibilità* materiale della regola giurisdizionale su quella parlamentare resti tendenzialmente assorbita dal tessuto ordinamentale dello Stato di diritto. La comunanza di valori fondativi e di criteri culturali è tale da impedire che lo iato fra le due regole segni una discontinuità radicale e non esprima, piuttosto, quella pluralità di opzioni di politica del diritto tipica della dialettica fra i diversi poteri coinvolti nel (pur sempre unitario) processo di produzione normativa. Ed anzi, il fatto che i giudici siano chiamati ad esprimere la "coscienza sociale del tempo" <sup>(73)</sup>, svolgendo una funzione essenzialmente culturale <sup>(74)</sup> e di "rappresentanza d'indole morale" <sup>(75)</sup> piuttosto che di rappresentanza politica, concorre a rafforzare ulteriormente l'unitarietà del sistema. Il non essere eletti dal popolo, infatti, "è proprio ciò che permette loro di rimanere non influenzati e di riflettere solo quei valori, principi e diritti sperimentati nel tempo e che sono alla base del sistema giuridico, anche quando essi non sono socialmente graditi in un certo momento storico" <sup>(76)</sup>.

---

<sup>(71)</sup> Emblematico è il caso della recentissima decisione della CoEDU (3 novembre 2009, *Lautsi c. Italia*), che dichiara l'illegittimità convenzionale dell'opposizione del Crocifisso nelle scuole italiane; decisione contro cui è immediatamente insorto il Governo, trovando, nonostante il peculiare clima politico, ampi consensi anche nell'opposizione.

<sup>(72)</sup> In tal senso F. BIONDI, *La responsabilità del magistrato*, cit., 152.

<sup>(73)</sup> E. BETTI, *Teoria generale*, cit., 858 ss.

<sup>(74)</sup> A. PIZZORUSSO, *Principio democratico e principio di legalità*, in *Questione giustizia*, 2003, 353.

<sup>(75)</sup> E. BETTI, *Teoria generale*, cit., 859.

<sup>(76)</sup> A. BARAK, *Il ruolo del giudice in una società democratica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 677, che così precisa ulteriormente: "Io sono convinto che, in una democrazia, al giudice si richiede di dare voce ai valori e ai principi del suo sistema

4.2. Segue: *l'integrazione "globalizzata" delle lacune fittizie e la decontestualizzazione dei diritti costituzionali*

La sostanziale *invincibilità* della regola giurisdizionale apre la via a problematiche per molti versi inedite. Fra queste, significativa è quella derivante dall'eventuale decisione giudiziaria recettizia di opzioni interpretative extra-statali, formulate da Corti straniere sulla scorta di differenti sistemi valoriali e veicolate dalla rete della "globalizzazione giudiziaria". L'interpretazione delle Corti nazionali *conforme* ai parametri giurisprudenziali transnazionali, del resto, non può restare senza conseguenze. Ed anzi, rende ancor più inadeguato il modo rigido e formale con cui è solitamente intesa la separazione tra potere legislativo e giudiziario; accresce ulteriormente l'incertezza normativa provocata dalla riscontrata impraticabilità del tradizionale strumentario giuridico, a fronteggiare le eventuali degenerazioni normative per via giudiziaria.

Il possibile raccordo agli ambiti valoriali straordinamentali <sup>(77)</sup>, invero, conferisce al giudice eccezionali strumenti ermeneutici, per realizzare operazioni di politica del diritto altamente invasive ed altrimenti impensabili.

Non solamente consente di individuare, formulare ed immettere nell'impianto precettivo dello Stato di diritto una regola sganciata dal legame con il contesto d'appartenenza ed informata a parametri culturali (prima ancora che giuridici) di differente origine; una regola che, lungi dall'attendere al ruolo di mediazione fra testo e contesto e dal porsi all'interno della relativa circolarità fatto-diritto, affermi e sviluppi il riferimento ai distinti ambiti valoriali autonomamente recepiti.

Più ancora, permette di rinvenire una carenza di regolamentazione positiva in settori disciplinari già definiti in modo espresso o tacito dal legislatore; di rimando, consente di colmare detta incompletezza disciplinare, prescindendo dal ricorso alla via interpretativa o analogica del materiale normativo già a disposizione.

---

legale. I valori e i principi di riferimento non sono quelli più in voga in un dato momento storico, ma piuttosto i valori, i principi e il consenso sociale che riflettono le convinzioni profondamente radicate nella società democratica. (...) il giudice dovrebbe esprimere la storia del suo popolo" (ivi, 676).

<sup>(77)</sup> Su cui più in generale, A. LOIODICE, *Attuare la Costituzione. Sollecitazioni straordinamentali*, Bari 2000, spec. 26.

L'artificiosa creazione della lacuna normativa <sup>(78)</sup> ha un duplice effetto: da un lato, consentire la disapplicazione della regola parlamentare ricavabile dalla disciplina positiva in vigore; dall'altro, legittimare la conseguente supplenza giudiziaria, per affermare ed introdurre nel sistema normativo una nuova regola, anche se culturalmente alternativa a quella artificialmente disapplicata. Nella zona intermedia fra l'area normativa del *regolato* e quella del *non regolato* il giudice viene così ad inserirsi – o, per meglio dire, ad ingerirsi – non già per estendere la prima mediante il ricorso agli ordinari strumenti dell'analogia *legis* e *iuris*, bensì per ridurre la stessa e per colmarla con un materiale normativo di differente origine.

Si ripresentano, per tale via, problematiche risalenti, che proprio l'avvento dello Stato di diritto aveva inteso debellare definitivamente.

Affrancato dal limite del testo legislativo e dei principi ordinamentali, il giudice torna ad essere esposto al rischio dell'arbitrarietà decisoria <sup>(79)</sup>; ciò a dispetto del ruolo da sempre riconosciuto all'istituto dell'analogia *legis* e *iuris*, "storicamente concepita appunto in funzione di vincolo e di limite all'arbitrio del giudice" <sup>(80)</sup>.

Del pari, permanendo la rottura dell'argine fissato dal principio di legalità, lo stesso sistema normativo torna ad essere esposto al rischio di una disorganicità ancor più contingente e casuale di quella provocata dall'attuale proliferazione dei tipi di fonte e dei soggetti titolari del potere regolativo. L'opera del giudice cessa di attendere alla "completezza", "coerenza" e "razionalità" dell'ordinamento <sup>(81)</sup>, per accrescerne piuttosto l'instabilità e l'asistematicità.

Con riguardo al riempimento della lacuna normativa, viene

---

<sup>(78)</sup> Sul rapporto fra interpretazione e lacuna, si v. per tutti R. GUASTINI, voce *Lacune del diritto*, in *Dig. Disc. Priv.*, Torino 1993, 276.

<sup>(79)</sup> Si tratta di un rischio rinvenibile nel dibattito nordamericano sull'uso della *foreign law*, richiamato da M. CARTABIA, *L'universalità dei diritti umani*, cit., 547 ss. anche con riguardo alle *dissenting opinions* di alcuni dei giudici della Corte suprema degli USA. Si v. al riguardo diffusamente B. MARKESINIS, J. FEDTKE, *Judicial Recourse*, cit., 91 ss.

<sup>(80)</sup> Così, a proposito dei presupposti storici degli artt. 3, disp. prel. cod. civ. 1865 e 12 disp. prel. cod. civ. 1942, G. GORLA, *I precedenti storici dell'art. 12 disposizioni preliminari del codice civile del 1942 (un problema di diritto costituzionale)*, in *Foro it.*, V, 1969, 131.

<sup>(81)</sup> Su cui R. BIN, *L'ultima fortezza. Teoria della Costituzione e conflitti di attribuzione*, Milano 1996, 52, a proposito della distinzione fra la disposizione, intesa quale *atto di potere* imposto dal legislatore, e la norma, intesa quale *atto retorico* imposto dall'interprete per via persuasiva.

meno la tradizionale distinzione metodologica fra autointegrazione ed eterointegrazione <sup>(82)</sup>: la prima, incentrata all'interno dell'ordinamento per mezzo del ricorso all'analogia ed ai principi generali; la seconda, proiettata oltre l'ordinamento per mezzo del ricorso al diritto naturale, ad altri ordinamenti passati (diritto romano) e presenti (diritto canonico), oltreché alla consuetudine, all'equità e (secondo alcuni autori) agli stessi principi generali. Non che detta distinzione sia stata intesa in senso rigoroso <sup>(83)</sup>, basti pensare ai fattori originanti le reciproche contaminazioni: per un verso, "l'eccedenza di contenuto deontologico (o assiologico che dir si voglia)" propria dei principi generali, collocati ai margini del diritto positivo <sup>(84)</sup>, e, per altro verso, la comunanza assiologica rinvenibile fra gli ordinamenti richiamati e quello nazionale. Nondimeno, è il riferimento ai differenti parametri transnazionali a conformare diversamente il ricorso all'eterointegrazione, rendendone inconciliabile ogni commistione con l'altro metodo dell'autointegrazione; tanto più che i nuovi riferimenti assiologici, provenendo da decisioni di natura parimenti giurisprudenziale e non politico-legislativa, a loro volta presentano – per così dire – il medesimo *deficit* democratico rinvenibile nel metodo in esame dell'integrazione "globalizzata" delle lacune fittizie.

Così accadendo, tuttavia, non è solo il metodo dell'eterointegrazione a cambiare prospettiva ordinamentale; pure lo strumento ermeneutico approntato per l'autointegrazione assume una diversa connotazione, risolvendosi nel suo contrario. Conformemente al modo con cui è stato storicamente inteso l'archetipo delle disposizioni al riguardo, ossia l'art. 4 del *Code Napoléon* <sup>(85)</sup>, anche l'art. 12 disp.

---

<sup>(82)</sup> La distinzione formulata da F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma 1946, è stata poi sviluppata da N. BOBBIO, *Teoria generale dello Stato*, Torino 1993, spec. 262 (ma già Id., *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino 1960); Id., voce *Lacune del diritto*, in *Nov. dig.*, Torino 1963, spec. 423.

<sup>(83)</sup> M. CORSALE, voce *Lacune dell'ordinamento*, in *Enc. dir.*, Milano 1973, 261 ss.; nonché, per una più generale ricostruzione sul tema, V. MARINELLI, *Ermeneutica giudiziaria*, cit., 163 ss.

<sup>(84)</sup> E. BETTI, *Teoria generale*, cit., spec. 849. Si v. inoltre G. SILVESTRI, *La parabola della Sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, in Id., *Lo Stato senza principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Torino 2005, 9 ss. e 69 ss.

<sup>(85)</sup> "Il giudice che si rifiuterà di giudicare sotto pretesto del silenzio, dell'oscurità o dell'insufficienza della legge, potrà essere perseguito come colpevole di rifiuto della giustizia". La disposizione è stata ben presto intesa nel senso dell'esclusiva centralità della legge per la risoluzione delle controversie, a discapito dell'ammissibilità del ricorso all'equità ed al diritto naturale, presente invece nell'originaria

prel. cod. civ. era stato posto a “chiusura” dell’ordinamento, al fine di garantirne se non la “completezza”<sup>(86)</sup>, quantomeno la “completibilità”<sup>(87)</sup>. Ciò sul presupposto dell’omogeneità culturale del sistema giuridico; un’omogeneità tale da rendere possibile la produzione e l’integrazione del diritto in via tanto accentrata e parlamentare, quanto diffusa e giurisdizionale<sup>(88)</sup>, essendo, per l’appunto, comuni i principi culturali e giuridici informatori del sistema medesimo. Nella nuova prassi, al contrario, consentendo il recepimento dei distinti ambiti valoriali autonomamente individuati, lo strumento integrativo in questione si pone non più a “chiusura” bensì ad “apertura” dell’ordinamento<sup>(89)</sup>; diviene il *grimaldello* attraverso cui disapplicare la legge vigente ed immettere nel circuito precettivo dello Stato di diritto un diverso ed alternativo materiale normativo.

Anche da tale punto di vista si conferma l’inadeguatezza del modo rigido e formale d’intendere l’impianto della separazione dei poteri. Divenendo disomogenei i parametri normativi e concorrenti i centri di produzione giuridica, il profilo solo formale dei comandi non è più adeguato a riconoscere i conflitti in corso ed a ricomporli in sistema. Sottoposto ad un uso improprio dei relativi istituti, il tradizionale strumentario giuridico non riesce più a fronteggiare gli eccessi normativi per via giudiziale. Di qui, il possibile richiamato protrarsi degli stessi senza limite e senza soluzione nell’ordinamento, anche se a rischio di una disorganicità normativa dagli effetti dirompenti.

C’è poi un ulteriore rilievo d’ordine sostanziale da prendere in considerazione. Proprio la diversità di effetti connessa ai differenti metodi integrativi tratteggiati, conferma il fatto che “dietro la battaglia dei metodi c’è, come sempre, una battaglia ideologica”<sup>(90)</sup>.

---

intenzione del legislatore (si v. per tutti V. MARINELLI, *Ermeneutica giudiziaria*, cit., 171). Anche in tale originaria accezione, tuttavia, vale la pena rilevare come il rinvio fosse pur sempre rivolto a parametri non estranei all’ordinamento di riferimento.

<sup>(86)</sup> Si v. per tutti R. GUASTINI, *L’interpretazione dei documenti normativi*, Milano 2004, 227 ss.

<sup>(87)</sup> N. BOBBIO, *Lacune del diritto*, cit., 423.

<sup>(88)</sup> La disposizione, in realtà, anche se è stata intesa come la *sedes materiae* delle regole sull’interpretazione della legge, ha come oggetto diretto quello del rapporto fra giudici e legislatori, riconoscendo il potere-dovere del giudice di decidere le liti e la “funzione creativa” della giurisprudenza (così G. GORLA, *I precedenti storici dell’art. 12*, cit., spec. 126 ss.).

<sup>(89)</sup> P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano 2005, 118.

<sup>(90)</sup> N. BOBBIO, *Teoria generale*, cit., 247.

A ben vedere, la competizione normativa fra i diversi poteri coinvolti nel processo di produzione del diritto solo in apparenza ripropone quella realizzatasi nello Stato liberale fra i due modi di produzione giuridica allora dominanti: il *rule of law* anglosassone, in cui la preminenza del diritto era realizzata principalmente attraverso l'attività dei giudici, ed il principio di legalità continentale, in cui la prevalenza dello stesso era invece garantita dalla legge<sup>(91)</sup>. In detti modelli tanto l'attività delle Corti quanto quella dei Parlamenti era parimenti improntata ad un tipo di produzione giuridica omogeneo ed adeguato al contesto storico, politico, sociale e culturale di provenienza. Ed anzi, il dogma della completezza del diritto affermatosi nei sistemi continentali era volto proprio a far valere l'omogeneità del diritto statale, garantendone la preminenza su ogni altro diritto concorrente.

Nel modello di “Stato giurisdizionale” che ora tende ad affermarsi, per contro, la competizione normativa assume ben altra caratterizzazione. Essa non è tanto finalizzata ad invertire l'ordine di preminenza fra il diritto legislativo e il diritto giudiziale, né vale ad affermare la prevalenza del diritto concorrente su quello statale (per quanto possa ancora parlarsi di diritto meramente “statale”); ipotesi, del resto, entrambe irrealistiche, oltretutto antistoriche. Piuttosto, l'inedita combinazione fra l'*invincibilità* materiale della regola giurisdizionale ed il ricorso al metodo dell'eterointegrazione “globalizzata” si presta ad un'operazione ben più mirata ed efficace: aggirare le resistenze parlamentari ad innovare il sistema normativo secondo i dettami del “diritto giudiziale globalizzato”.

È il fondamento dei diritti costituzionali, in altri termini, la vera posta in gioco dell'attuale *battaglia* metodologica per l'integrazione delle lacune. Ad essere in discussione è l'ammissibilità di un'interpretazione dei diritti costituzionali (specialmente del diritto alla vita ed all'autodeterminazione) *orientata* in senso conforme ai nuovi parametri sovranazionali; un'interpretazione tale da prescindere dalla sistematicità del disegno costituzionale<sup>(92)</sup> e da ridurre il relativo catalogo ad una sorta di “menù”<sup>(93)</sup>, da cui attingere indi-

---

<sup>(91)</sup> Si v. per tutti G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino 1992, 26 ss.; ID., *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, Bologna 2008, 97 ss.

<sup>(92)</sup> Sulla tendenza delle attuali costituzioni democratiche a positivizzare un sistema di valori e di principi normativi in un modo dotato di senso e di coerenza, si v. per tutti A. BALDASSARRE, *Interpretazione e argomentazione nel diritto costituzionale*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), 30 maggio 2007.

<sup>(93)</sup> M.A. GLANDON, *Tradizioni in subbuglio*, ed. it. a cura di P.G. Carozza e

scriminatamente per estrapolare il diritto ritenuto più conveniente alle necessità del caso.

Si tratta di un'operazione ermeneutica che frantuma l'originaria "veduta d'insieme" del testo costituzionale<sup>(94)</sup>, prestandosi ad una decostruzione del relativo impianto che svuota di contenuto le singole garanzie: non solo elide le connessioni fra i diritti contemplati, ignorando le reciproche limitazioni e, di rimando, il relativo contenuto sostanziale; più ancora, inaugura un'utilizzazione degli stessi parziale ed unidimensionale, perciò incapace di bilanciamento e tendenzialmente conflittuale, se non proprio dispotica.

Per non dire che la decontestualizzazione "globalizzata" dei diritti costituzionali conferisce alla regola giurisdizionale la medesima "funzione *strutturante*" dei processi sociali riconosciuta alla regola parlamentare<sup>(95)</sup>. Una volta introdotti nella realtà sociale, indipendentemente dalla via legislativa o giurisdizionale impiegata, i diritti si affiancano agli altri già in vigore, offrendosi alla collettività. È tale il vincolo intercorrente fra i diritti e l'umanesimo di riferimento<sup>(96)</sup>, che, se il riconoscimento dei primi è condizionato dal sistema culturale d'afferenza, il conseguente esercizio concorre al progresso dello stesso sistema. I diritti, del resto, sono capaci d'irrompere nell'ambiente sociale con un'autonoma operatività, incidendo sull'agire dei soggetti direttamente o indirettamente coinvolti, sino ad interessare l'ordine giuridico della comunità ed a condizionarne la linea evolutiva. Così ponendosi, tuttavia, ampliano lo

---

M. Cartabia, Soveria Mannelli 2007, spec. 90 ss.

<sup>(94)</sup> G. ZAGREBELSKY, *La virtù del dubbio. Intervista su etica e diritto*, a cura di G. Preterossi, Roma-Bari 2007, 10, "Dal punto di vista concettuale, le singole norme costituzionali sono (o dovrebbero essere considerate) le risultanti della Costituzione. "Costituzione" è una veduta d'insieme, che si radica in scelte e compromessi fondamentali di storia, cultura e politica, riversati in un testo, scritto in un momento di eccezionale mobilitazione delle energie morali collettive". Ciò comporta che essa possa fungere da "specchio del patrimonio culturale" di un popolo (P. HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, cit., spec. 19 ss.), rappresentando il prodotto del relativo contesto (V. ONIDA, *La Costituzione. La legge fondamentale della Repubblica*, Bologna 2004, 41).

<sup>(95)</sup> Su cui F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, cit., 143.

<sup>(96)</sup> A. D'ALOIA, *I nuovi diritti: quale umanesimo?*, Relazione al convegno su *Il neo-costituzionalismo e la questione antropologica*, Torino 30 marzo 2007, dattil. In senso analogo: L. D'ANDREA, *Effettività*, cit., 2122; M.A. GLANDON, *La visione dignitaria dei diritti sotto assalto*, in *Il traffico dei diritti*, a cura di L. Antonini, cit., 76; nonché, sia consentito il rinvio a V. TONDI DELLA MURA, *La dimensione istituzionale dei diritti dei coniugi e la pretesa dei diritti individuali dei conviventi*, in *Quad. cost.*, 2008, 109 ss.

spettro di offerte a disposizione ed aumentano le opzioni da adottare, divenendo, per l'appunto, motivo d'innovazione rispetto alla precedente prassi ed apportando ragioni di cambiamento sociale <sup>(97)</sup>.

5. *Il “caso Englaro”, ovvero: dell’“invincibilità” della regola “perfetta”*

A caratterizzare la straordinarietà del “caso Englaro”, ha certamente contribuito l'inedita combinazione fra l'*invincibilità* materiale della regola giurisdizionale e la lettura “globalizzata” dei diritti coinvolti, dimostrata dalla decisione finale della Suprema Corte (I Sez. Civ., n. 21748 del 2007).

Si tratta di una combinazione perfezionatasi al termine di un lungo *iter* giudiziario, snodatosi in tre consecutivi procedimenti principali <sup>(98)</sup> e progredito all'insegna della *perfetta regola* da formu-

---

<sup>(97)</sup> A. PACE, *Le sfide del costituzionalismo nel XXI secolo*, in *Dir. pubbl.*, 2003, 887 ss.

<sup>(98)</sup> In tale lunga vicenda giudiziaria il genitore e tutore di Eluana Englaro ha ripetutamente chiesto, nell'interesse e in vece della rappresentata, l'emanazione di un provvedimento che disponesse l'interruzione della terapia di sostegno vitale della stessa; ciò in ragione sia della dedotta inguaribilità-irreversibilità della patologia interessata, sia, di rimando, dell'asserita inconciliabilità fra la personalità, lo stile di vita ed i convincimenti sulla dignità umana della ragazza e la prosecuzione dello stato vegetativo permanente della stessa per mezzo del continuo ricorso al trattamento di sostegno artificiale (alimentazione/idratazione con sondino naso-gastrico).

Nel primo procedimento l'istanza del tutore fu dichiarata inammissibile dal Tribunale di Lecco con decreto depositato il 2 marzo 1999, perché ritenuta incompatibile con l'art. 2 Cost., letto ed inteso come norma implicante una tutela assoluta e inderogabile del diritto alla vita. Il decreto fu poi confermato in sede di reclamo dalla Corte d'Appello di Milano con decreto del 31 dicembre 1999, reputandosi invece sussistente una situazione d'incertezza normativa tale da non consentire l'adozione di una precisa decisione in merito all'istanza d'interruzione del trattamento di alimentazione/idratazione forzata.

Nel secondo procedimento la medesima istanza fu disattesa dal Tribunale di Lecco con decreto depositato il 20 luglio 2002, ribadendosi il principio di necessaria e inderogabile prevalenza della vita umana anche innanzi a qualunque condizione patologica e a qualunque contraria espressione di volontà del malato. Il decreto fu poi ancora una volta confermato dalla Corte d'Appello di Milano, in sede di reclamo, con decreto del 17 ottobre 2003, reputandosi comunque inopportuna un'interpretazione integrativa volta ad attuare il principio di autodeterminazione della persona umana in caso di “paziente in SVP”. Tale provvedimento fu successivamente impugnato dal tutore con ricorso straordinario per Cassazione (ex art. 111 Cost.), dichiarato inammissibile dalla Suprema Corte con ordinanza n. 8291 del 20 aprile 2005 per difetto di partecipazione al procedimento di un contraddittore ritenuto necessario, e da individuarsi nella persona di un curatore speciale della rappresentata incapace.

lare ed immettere nel circuito precettivo dello Stato di diritto; una regola finalmente conforme alle opzioni culturali e giuridiche ormai maturate nella giurisprudenza transnazionale e respinte fino a quel momento in sede tanto legislativa quanto giurisprudenziale. Ed anzi, a ripercorrere le precedenti fasi decisorie, sembra proprio che detta regola <sup>(99)</sup> – parafrasando una fortunata formula costitu-

---

Nel terzo procedimento l'istanza del tutore fu dichiarata ancora inammissibile dall'adito Tribunale di Lecco con decreto depositato il 2 febbraio 2006, questa volta reputandosi che il tutore non fosse legittimato, neppure con l'assenso della curatrice speciale, a esprimere scelte al posto o nell'interesse dell'incapace in materia di diritti e "atti personalissimi". Il decreto fu però riformato dalla Corte d'Appello di Milano in sede di reclamo, con provvedimento in data 15 novembre/16 dicembre 2006, reputandosi ammissibile il ricorso in ragione del generale potere di cura della persona da riconoscersi in capo al rappresentante legale dell'incapace. Tuttavia, esaminando e giudicando nel merito l'istanza del tutore, la Corte la giudicò insuscettibile di accoglimento, sul rilievo secondo cui l'attività istruttoria espletata non consentisse di attribuire alle idee espresse da Eluana all'epoca in cui era ancora pienamente cosciente un'efficacia tale da renderle idonee anche nell'attualità a valere come "volontà sicura della stessa contraria alla prosecuzione delle cure e dei trattamenti che attualmente la tengono in vita". Proposto ricorso per Cassazione, questa si è infine pronunciata con sentenza n. 21748 in data 16 ottobre 2007, accogliendo l'istanza del tutore nei limiti di cui in motivazione e disponendo la cassazione dell'impugnato provvedimento, oltretutto il rinvio della "causa" per una nuova decisione. La Corte d'Appello di Milano con decreto del 9 luglio 2008 ha infine accolto l'istanza proposta dal genitore e tutore di Eluana Englaro, di autorizzazione a disporre l'interruzione del trattamento di sostegno vitale artificiale di quest'ultima, realizzato mediante alimentazione e idratazione con sondino naso-gastrico. Proposta impugnazione da parte della Procura generale di Milano avverso detto decreto, le Sezioni Unite della Cassazione hanno dichiarato l'inammissibilità del relativo ricorso con sentenza n. 27145 dell'11-13 novembre 2008.

<sup>(99)</sup> "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; e (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

zionale invalsa nella “Prima Repubblica” – presenti i tratti di una fattispecie a formazione *plurima dissociata* <sup>(100)</sup>. I motivi di politica del diritto infine accolti nella decisione finale, infatti, sono i medesimi via via emersi nel corso dei precedenti giudizi e sistematicamente respinti in ragione della (allora) ravvisata contrarietà ai principi ordinatori del sistema costituzionale.

### 5.1. Segue: *l'inversione d'orientamento politico-culturale della Suprema Corte*

Più che la decisione in sé, di conseguenza, merita considerare le ragioni della radicale discontinuità d'orientamento dimostrata dalla Suprema Corte. La diversa valutazione, infatti, non è solamente ascrivibile alla differente qualificazione tecnico-giuridica riconosciuta alle complesse questioni biomediche coinvolte (il riconoscimento dell'esistenza in vita o meno del paziente in stato vegetativo permanente ai sensi della legge n. 578/1993; la configurazione della nutrizione artificiale quale trattamento sanitario, ovvero quale normale mezzo di sostentamento, e la conseguente riconducibilità nell'alveo dell'art. 32, cpv., Cost.). Più ancora, l'inversione di tendenza discende dalle differenti opzioni ermeneutiche ed antropologiche impiegate dal giudice di legittimità, tali da sovvertire l'ordine assiologico delle priorità costituzionali prima adottato dai giudici di merito. E' di natura culturale, in definitiva, la svolta d'orientamento impressa dalla Suprema Corte, la quale ha optato per un diverso bilanciamento fra i diritti costituzionali alla vita, da un lato, all'autodeterminazione ed alla dignità della persona, dall'altro <sup>(101)</sup>.

---

di intendere e di volere del soggetto interessato e dalla percezione, che altri possano avere, della qualità della vita stessa” (C. cass., n. 21748/2007, § 10 della decisione).

<sup>(100)</sup> Il riferimento è all'efficace formula “Governo a direzione plurima dissociata”, coniata negli anni '70 per rappresentare l'effettivo modello di governo allora vigente (si v. E. CHELI, V. SPAZIANTE, *Il Consiglio dei ministri e la sua presidenza: dal disegno alla prassi*, in *L'istituzione Governo. Analisi e prospettive*, a cura di S. Ristuccia, Milano 1977, 49; ma anche, E. CHELI, *La forma di governo italiana nella prospettiva storica*, in *Atti dei convegni dei Lincei, Dalla Costituente alla Costituzione. Convegno in occasione del cinquantenario della Costituzione repubblicana* [Roma, 18-20 dicembre 1997], Accademia nazionale dei Lincei, Roma, 1998, 237 ss.).

<sup>(101)</sup> Il bilanciamento, del resto, “come qualsiasi sindacato di ragionevolezza”, è un giudizio di merito che riguarda il contenuto delle scelte politico-legislative”, tanto più che i diritti fondamentali della persona umana non si sottraggono alle relativizzazioni derivanti dallo stesso bilanciamento con gli altri diritti o interessi di

Nella precedente giurisprudenza di merito, invero, la priorità riconosciuta al diritto alla vita non era stata motivata solamente in termini di diritto positivo, con esclusivo riguardo all'interpretazione sistematica delle disposizioni interessate. Essa era stata argomentata soprattutto sulla scorta di una più generale opzione politico-culturale, orientata nel senso del valore oggettivo della dignità umana e della relativa coincidenza con il diritto alla vita <sup>(102)</sup>. Di qui, la ritenuta irrilevanza della presunta volontà dell'incapace, ai fini della legittimazione del relativo rifiuto alla prosecuzione del trattamento di sostegno artificiale; ciò sul presupposto che la personalità, le dichiarazioni ed i comportamenti resi in passato, a meno di non essere decontestualizzati, non sarebbero stati suscettibili di assumere "il valore di una personale, consapevole ed attuale determinazione volitiva maturata con assoluta cognizione di causa" <sup>(103)</sup>. Del tutto ipotetico, di conseguenza, sarebbe stato il conflitto tra i diritti di libertà e d'autodeterminazione (artt.

---

rango costituzionale, così A. MORRONE, voce *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *Enc. dir.*, Annali II, II, Milano 2008, 199 e 195.

<sup>(102)</sup> Sin dal primo procedimento si è rilevato che "l'art. 2 della Costituzione tutela il diritto alla vita come primo fra tutti i diritti inviolabili dell'uomo, la cui dignità attinge dal valore assoluto della persona e prescinde dalle condizioni anche disperate in cui si esplica la sua esistenza" (Trib. Lecco, decr. 1 marzo 1999). Di talché, come ripetuto nei successivi giudizi, non vi è "possibilità di accedere a distinzioni tra vite degne e non degne di essere vissute", dovendosi fare riferimento unicamente al bene vita costituzionalmente garantito, indipendentemente dalla qualità della stessa e dalle percezioni soggettive che di detta qualità si possano avere" (C. app. Milano, decr. 15 novembre 2006, ma già Trib. Lecco, decr. 20 dicembre 2005-2 febbraio 2006).

<sup>(103)</sup> Con riguardo al contenuto delle deposizioni testimoniali sui convincimenti personali dell'interdetta, così si legge nella pronuncia d'Appello: "benché sia indicativo della personalità di E. E., caratterizzata da un forte senso di indipendenza, intollerante delle regole e degli schemi, amante della libertà e della vita dinamica, molto ferma nelle sue convinzioni, *non può tuttavia essere utilizzato* (il contenuto delle deposizioni testimoniali) *al fine di evincere una volontà sicura della stessa contraria alla prosecuzione delle cure e dei trattamenti che attualmente la tengono in vita*. Si tratta, infatti di dichiarazioni generiche, rese a terzi con riferimento a fatti accaduti ad altre persone, in momenti di forte emotività, quando E. E. era molto giovane, si trovava in uno stato di benessere fisico e non nella attualità della malattia, era priva di maturità certa rispetto alle tematiche della vita e della morte e non poteva neppure immaginare la situazione in cui ora si trova. Non può dunque attribuirsi alle dichiarazioni di E. E. il valore di una personale, consapevole ed attuale determinazione volitiva, maturata con assoluta cognizione di causa: della sua condizione presente (neppure all'epoca ipotizzabile), dell'oggetto, della consistenza e degli effetti delle cure praticabili, delle evoluzioni del quadro clinico che potrebbero determinarsi all'esito della sospensione degli attuali trattamenti" (C. app. Milano, decr. 15 novembre 2006 – corsivo non testuale).

2 e 13 Cost.) e il diritto alla vita (artt. 2 e 32 Cost.) dell'incapace, nel senso che, non potendo la persona esprimere alcuna volontà, non sarebbe stato ravvisabile alcun profilo d'autodeterminazione o di libertà da tutelare, restando dunque prevalente il diritto alla vita <sup>(104)</sup>.

Per contro, nella pronuncia del giudice di legittimità la contrapposta priorità riconosciuta all'autodeterminazione terapeutica <sup>(105)</sup> solo in parte è stata motivata sulla scorta dell'interpretazione sistematica delle disposizioni interessate, riferite tuttavia alla sola situazione del paziente provvisto di capacità d'intendere e di volere. Per il resto, specialmente con riguardo alla situazione del paziente incapace, essa è stata argomentata con una ricostruzione dei principi coinvolti orientata verso una differente opzione politico-culturale, questa volta nel senso del valore soggettivo della dignità umana e della relativa prevalenza sullo stesso diritto alla vita <sup>(106)</sup>. Di qui, la formulazione di una complessa regola di giudizio non presente

---

<sup>(104)</sup> Trib. Lecco, decr. 20 dicembre 2005-2 febbraio 2006.

<sup>(105)</sup> "Il consenso informato ha come correlato la facoltà non solo di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma anche di eventualmente rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale. Ciò è conforme al principio personalistico che anima la nostra Costituzione, la quale vede nella persona umana un valore etico in sé, vieta ogni strumentalizzazione della medesima per alcun fine eteronomo ed assorbente, concepisce l'intervento solidaristico e sociale in funzione della persona e del suo sviluppo e non viceversa, e guarda al limite del "rispetto della persona umana" in riferimento al singolo individuo, in qualsiasi momento della sua vita e nell'integralità della sua persona, in considerazione del fascio di convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche che orientano le sue determinazioni volitive. (...) Deve escludersi che il diritto alla autodeterminazione terapeutica del paziente incontri un limite allorché da esso consegua il sacrificio del bene della vita" (C. cass., n. 21748/2007, § 6.1. della decisione).

<sup>(106)</sup> "Ma – accanto a chi ritiene che sia nel proprio miglior interesse essere tenuto in vita artificialmente il più a lungo possibile, anche privo di coscienza – c'è chi, legando indissolubilmente la propria dignità alla vita di esperienza e questa alla coscienza, ritiene che sia assolutamente contrario ai propri convincimenti sopravvivere indefinitamente in una condizione di vita priva della percezione del mondo esterno. Uno Stato, come il nostro, organizzato, per fondamentali scelte vergate nella Carta costituzionale, sul pluralismo dei valori, e che mette al centro del rapporto tra paziente e medico il principio di autodeterminazione e la libertà di scelta, non può che rispettare anche quest'ultima scelta. All'individuo che, prima di cadere nello stato di totale ed assoluta incoscienza, tipica dello stato vegetativo permanente, abbia manifestato, in forma espressa o anche attraverso i propri convincimenti, il proprio stile di vita e i valori di riferimento, l'inaccettabilità per sé dell'idea di un corpo destinato, grazie a terapie mediche, a sopravvivere alla mente, l'ordinamento dà la possibilità di far sentire la propria voce in merito alla disattivazione di quel trattamento attraverso il rappresentante legale" (C. cass., n. 21748/2007, § 7.5. della decisione).

nell'ordinamento, volta a ricostruire in via presuntiva la volontà della persona in stato d'incoscienza, ai fini della legittimazione del relativo rifiuto alla prosecuzione del trattamento nutrizionale; ciò in modo da "dare sostanza e coerenza all'identità complessiva del paziente e al suo modo di concepire, prima di cadere in stato d'incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona" <sup>(107)</sup>.

Si tratta, com'è evidente, di una radicale inversione d'orientamento politico-culturale, che rende il medesimo diritto costituzionale all'autodeterminazione terapeutica "im-potente o pre-potente a seconda dell'interprete nelle cui mani cade", con una conseguente incertezza e disuguaglianza di trattamento "più di ogni altra cosa, inquietante" <sup>(108)</sup>. Esso manifesta una netta discontinuità sia con la precedente giurisprudenza, sia con l'indirizzo parlamentare maturato nel frattempo.

Per un verso, nella nuova prospettiva giurisprudenziale è venuta meno la configurazione autonoma, oggettiva ed unitaria del principio della "dignità umana", che riceve ora una tutela soggettivizzata e parcellizzata a seconda del personale "modo di intendere la dignità della vita". La salvaguardia di quest'ultima è così connessa alla diversa "idea" maturata al riguardo dall'incapace, secondo una ricostruzione della relativa volontà da compiersi "non solo alla luce dei precedenti desideri e dichiarazioni dell'interessato, ma anche sulla base dello stile e del carattere della sua vita, del suo senso dell'in-

---

<sup>(107)</sup> "In una situazione cronica di oggettiva irreversibilità del quadro clinico di perdita assoluta della coscienza, può essere dato corso, come estremo gesto di rispetto dell'autonomia del malato in stato vegetativo permanente, alla richiesta, proveniente dal tutore che lo rappresenta, di interruzione del trattamento medico che lo tiene artificialmente in vita, allorché quella condizione, caratterizzata dallo stato, di assenza di sentimento e di esperienza, di relazione e di conoscenza – proprio muovendo dalla volontà espressa prima di cadere in tale stato e tenendo conto dei valori e delle convinzioni propri della persona in stato di incapacità – si appalesi, in mancanza di qualsivoglia prospettiva di regressione della patologia, lesiva del suo modo di intendere la dignità della vita e la sofferenza nella vita" (C. cass., n. 21748/2007, § 7.5. della decisione).

<sup>(108)</sup> C. TRIPODINA, *A chi spettano le decisioni politiche fondamentali sulle questioni eticamente controverse? (riflessioni a margine del "caso Englaro")*, in *Giur. cost.*, 2008, 4099, la quale, a proposito della ricostruzione in via presuntiva della volontà dell'incapace si chiede se tale decisione, "assunta con l'intento di non discriminare i pazienti in base alla loro condizione di capacità o incapacità, non finisca in realtà per discriminare proprio le persone in stato vegetativo permanente", tanto più che "il principio di precauzione imporrebbe che si ottenesse il massimo grado di certezza circa la volontà in tal senso della persona stessa", ciò non significando tanto "subordinare il principio di autodeterminazione al principio di tutela della vita, ma esigere che autodeterminazione vi sia" (ivi, 4089).

tegrità e dei suoi interessi critici e di esperienza”<sup>(109)</sup>. Sulla scorta del medesimo presupposto (la salvaguardia della dignità umana), di conseguenza, è stata legittimata tanto la tutela della vita, quanto, in senso inverso, l’interruzione dei trattamenti necessari a consentirne la prosecuzione. Il tutto, paradossalmente, al termine di una lunga vicenda giudiziaria, che ha dimostrato l’opposta preoccupazione d’individuare la regola giuridica il più possibile adeguata al “contesto delle aspettative sociali”<sup>(110)</sup>, coerentemente con la richiamata prassi giurisprudenziale volta ad assicurare una continuità d’orientamento fra la decisione giudiziale e l’ambiente sociale e culturale di riferimento<sup>(111)</sup>.

Per altro verso, con riguardo all’indirizzo parlamentare dell’epoca, è bene ricordare che nessuna delle molteplici proposte di legge presentate sul tema consentiva il ricorso alla presunta volontà dell’incapace, ai fini della legittimazione dell’interruzione del relativo trattamento nutrizionale. Di talché – deve ritenersi – ove il Legislatore avesse terminato per tempo la disciplina della materia, la regola per risolvere il caso sottoposto a giudizio sarebbe stata di tenore opposto, certamente più prossimo alla tutela dei principi di precauzione e di cautela verso la vita dell’incapace. Da tale punto di vista, insomma, nella competizione regolativa fra i due poteri dello Stato, la mancata prosecuzione del mantenimento in vita di Eluana Englaro è dipesa unicamente da un mero fattore temporale (ed accidentale), la regola giurisdizionale avendo *lucrato* solamente una priorità cronologica (e non logica, né assiologica) su quella parlamentare.

Venendo poi al percorso argomentativo adottato nella specie, presupposto dell’innovazione politico-culturale è stato l’esplicito rinvio ad un istituto appositamente approntato dalla giurisprudenza transnazionale. La priorità riconosciuta all’autodeterminazione del paziente e la constatata impossibilità di assicurare al soggetto incapace un processo di elaborazione della decisione medica pari a quello garantito al soggetto capace, hanno consentito alla Suprema Corte di rinvenire nella regolamentazione positiva l’esistenza di una lacuna mai prima riscontrata<sup>(112)</sup>, da colmare per mezzo di una

---

<sup>(109)</sup> C. cass., n. 21748 del 2007, § 7.5. della decisione.

<sup>(110)</sup> C. app. Milano, decr. 31 dicembre 1999.

<sup>(111)</sup> Cfr. *supra*, § 4.1.

<sup>(112)</sup> Tanto più che nella precedente decisione al riguardo (C. cass., sez. I, ord. 20 aprile 2005, n. 8291) la stessa Cassazione aveva ritenuto che il potere di

“delicata opera di ricostruzione della regola di giudizio nel quadro dei principi costituzionali”<sup>(113)</sup>. E così, in luogo del consenso informato, di natura personalissima e dunque intrasmissibile, si è fatto ricorso al diverso istituto della rappresentanza personale, all’uopo approntato dalla giurisprudenza straniera secondo due diverse modalità di rappresentazione della volontà dell’incapace: l’una, di origine inglese, finalizzata ad una ricostruzione obiettiva del miglior interesse del paziente, da valutare da parte del medico in accordo con il comune sentire (teoria del *best interest* o della rappresentanza d’interesse); l’altra, di origine nordamericana, finalizzata ad una ricostruzione soggettiva dell’interesse del paziente, da valutare da parte del rappresentante sulla base della scelta presumibilmente adottata dall’incapace in una diversa situazione di capacità (teoria del *substituted judgement* o della rappresentanza surrogatoria). Che poi, in tale opera di ricostruzione comparatistica, la Suprema Corte abbia confuso le specificità dei due modelli, assemblandoli in un unico indistinto istituto a dispetto delle reciproche contrapposizioni e delle relative “cospicue differenze culturali”<sup>(114)</sup>, poco importa.

Merita piuttosto segnalare la diversa modalità di approccio metodologico manifestato nella specie. Il ricorso al modello inglese del *best interest*, infatti, era già stato considerato inopportuno dalla Corte d’Appello di Milano, in considerazione delle “perplexità etiche-giuridiche” e del “contesto di incertezza scientifica” registrati sul tema, oltreché del conseguente “dibattito ancora aperto in ambito medico e giuridico”<sup>(115)</sup>. Resta insoluto, del resto, il tragico interrogativo sollevato con lucido realismo in dottrina, sul fatto se sia “più grave il rischio insito nel tenere in vita una persona a dispetto delle presunte ‘verità’ scientifiche che oggi possediamo, ovvero quello che si ha sacrificando la vita stessa in nome di quelle ‘verità’ che potrebbero un domani rivelarsi non più tali”<sup>(116)</sup>. D’altro canto,

---

richiedere l’autorizzazione alla sospensione d’idratazione e nutrizione artificiali atiene ai c.d. atti personalissimi, implicando “valutazioni della vita e della morte, che trovano il loro fondamento in concezioni di natura etica o religiosa, e comunque (anche) extragiuridiche, quindi squisitamente soggettive”.

<sup>(113)</sup> C. cass., n. 21748/2007, § 7 della decisione.

<sup>(114)</sup> Su tali istituti si v. fra gli altri: G. GENNARI, *La Suprema Corte scopre il substituted judgement*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 5, 1119 ss.; A. SANTOSUOSSO, *Novità e remore sullo “stato vegetativo persistente”*, in *Foro it.*, 2000, I, 2029.

<sup>(115)</sup> C. app. Milano, decr. 31 dicembre 1999.

<sup>(116)</sup> Così A. RUGGERI, *Il testamento biologico e la cornice costituzionale (prime notazioni)*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), il quale opportunamente rileva che “il

nemmeno può sfuggire come l'opposizione nei riguardi del carattere vincolante delle direttive anticipate (o testamento biologico) muova da ragioni di precauzione a tutela della reale volontà dell'incapace; e ciò considerato il carattere astratto, generale ed ipotetico delle determinazioni volitive ivi rappresentate, tale da ignorare la discontinuità personale provocata nell'individuo tra il momento in cui la dichiarazione è resa e quello della malattia reale <sup>(117)</sup>. Per contro, il modello statunitense del *substituted judgement*, assai più opinabile ed incerto con riguardo alle modalità di ricostruzione volitiva, è stato recepito dalla Suprema Corte indipendentemente dai termini (e dai dubbi) del dibattito politico-parlamentare in corso.

Analogo approccio la Cassazione ha manifestato a proposito della qualificazione giuridica da riconoscere al trattamento di nutrizione artificiale. Se la Corte d'appello di Milano aveva sottolineato già nel primo procedimento l'incertezza scientifica sul tema, richiamando il parere del gruppo di studio "Bioetica e neurologia" della società italiana di neurologia, orientato nel senso di attribuire a detto trattamento il carattere di "un normale mezzo di sostentamento" <sup>(118)</sup>, diversi sono stati i presupposti decisori del giudice di legittimità. Negando ogni incertezza scientifica sul tema, quest'ultimo ha sentenziato in modo categorico che "Non v'è dubbio che l'idrata-

---

campo di esperienza attraversato dalla normativa in parola è uno di quelli in cui né la coscienza né la scienza possono superbamente vantare l'insano proposito di fare da soli, *tutto* da soli, ciascuna delle due piuttosto avendo un disperato bisogno dell'altra; e così è pure per i rapporti che esse intrattengono col diritto, che sempre di più si mostra dipendente dal progresso scientifico e tecnologico. La qual cosa porterebbe, forse, a dire, che sia comunque prematuro intervenire oggi con legge (persino con legge costituzionale, dunque), in presenza di acclamate divisioni e non meno vistose e gravi incertezze ed oscillazioni esistenti nel mondo scientifico". Si v. inoltre A. STEFANI, *Il caso Englaro: le due Corti a confronto*, in *Quad. cost.*, 2008, 95 ss.

<sup>(117)</sup> Si v. le osservazioni critiche di G. GENNARI, *La via giurisprudenziale al testamento biologico?*, in *Resp. civ. e prev.*, 9/2008, 1828, il quale, pur sostenendo l'opportunità del testamento biologico con ampi richiami alla dottrina statunitense, ammette come non sia "affatto detto che quel che si pensa quando si è in perfetta salute sia lo stesso che si vuole una volta che lo stato ottimale sia perduto".

<sup>(118)</sup> Precisa la Corte d'appello, decr. 31 dicembre 1999: "il gruppo di studio 'Bioetica e neurologia' della società italiana di neurologia ritiene che 'l'equiparazione della nutrizione artificiale alle altre terapie sia assai problematica', in quanto la nutrizione, per sua natura, in qualunque modo praticata, è 'un normale mezzo di sostentamento', una cura sempre 'proporzionata' e quindi 'moralmente doverosa'. È interessante riferire che nelle conclusioni il gruppo italiano 'Bioetica e neurologia' contesta l'atteggiamento 'pragmatico' dell'Accademia americana, che – come già si è detto – definisce l'alimentazione artificiale 'trattamento terapeutico', ma si pone una domanda fondamentale: la persona in SVP è ancora viva o non è invece già morta?".

zione e l'alimentazione artificiali con sondino nasogastrico costituiscono un trattamento sanitario”, aggiungendo poi che l'asserzione “trova il sostegno della giurisprudenza nel caso Cruzan e nel caso Bland” <sup>(119)</sup>.

Significativo di tale inversione metodologica è quanto rilevato a commento della decisione della Cassazione. Muovendo dal rinvio della sentenza ai precedenti giurisprudenziali statunitensi, tedeschi ed inglesi confusamente richiamati <sup>(120)</sup>, si è sostenuto che, a “fronte dei problemi etici sui quali è difficile trovare un bilanciamento *erga omnes* in via legislativa, esiste una tendenza delle Corti a creare un dialogo transnazionale, sia verticale, con le corti sovranazionali, che orizzontale, con altre Corti costituzionali” <sup>(121)</sup>. E ciò, quasi che la via giurisdizionale sia più libera e capace di quella legislativa, ovvero, peggio ancora, quasi che la rappresentanza popolare sia un fastidioso ingombro per la definizione della regola da approntare, da demandare pertanto alla competenza dei soli organi giurisdizionali anche nel caso di materie soggette a riserva assoluta di legge <sup>(122)</sup>.

## 5.2. Segue: *il parossismo asimmetrico del sistema dei controlli*

A fronte della dirompente iniziativa di politica del diritto realizzata dalla Suprema Corte, vani sono risultati gli opposti tentativi di vanificarne gli effetti, se non proprio d'inficiarne l'efficacia o la validità. Formalmente rivolta al caso singolo, la regola *erga omnes* formulata dalla Cassazione ha potuto godere dello scudo di protezio-

---

<sup>(119)</sup> C. cass., n. 21748/2007, § 7.6 della decisione.

<sup>(120)</sup> Corte Suprema del New Jersey (sent. del 31 marzo 1976, in re Quinlan, e sent. del 24 giugno 1987, in re Nancy Ellen Jobes), Corte Suprema degli Stati Uniti (sent. 25 giugno 1990, nel caso Cruzan), Bundesgerichtshof (sent. del 17 marzo 2003), House of Lords (4 febbraio 1993, nel caso Bland).

<sup>(121)</sup> T. GROPPÌ, *Il “caso Englaro”: un viaggio alle origini dello Stato di diritto e ritorno*, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it), 5 marzo 2009 (corsivo testuale); *contra*, C. TRIPODI-NA, *A chi spettano le decisioni politiche fondamentali*, cit., 4098.

<sup>(122)</sup> Sulla questione, che da sola merita ben altri approfondimenti, nella prospettiva della valorizzazione del ruolo degli organi rappresentativi ai fini della decisione politica sui diritti fondamentali, si v. fra gli altri: E. LAMARQUE, *L'attuazione giudiziaria dei diritti costituzionali*, in *Quad. cost.*, 2008, 269 ss.; M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2006, 1661 ss.; P.F. GROSSI, *Principio democratico e giurisdizione. Il giudice tra etica, diritto e legge*, Roma 1998, 3 ss.; G. ROLLA, *Le prospettive dei diritti della persona alla luce delle recenti tendenze costituzionali*, in *Quad. cost.*, 1997, 440 ss.

ne che l'impianto formale della separazione dei poteri assicura alla decisione giurisprudenziale. Essa è così uscita indenne dal *fuoco di fila* di controlli, impugnazioni e dinieghi vari <sup>(123)</sup>, inutilmente attivati dagli altri poteri, al fine di contrastare l'introduzione nel circuito precettivo dello Stato di diritto di una prescrizione senza pari nel tessuto normativo, giurisprudenziale e culturale del Paese.

In tal modo trova conferma quanto prima rilevato a proposito della crescente inadeguatezza del modo rigido e formale, con cui è solitamente intesa la separazione tra potere legislativo e giudiziario; per meglio dire, risulta ancor più eclatante la riscontrata incapacità del tradizionale strumentario giuridico a riconoscere e fronteggiare il profilo sostanziale (e non più solo formale) delle eventuali degenerazioni normative per via giudiziaria.

Nel caso Englaro l'insistenza unidimensionale nei riguardi del solo profilo formale della regola giurisdizionale ha innescato una reazione, per così dire, *parossistica ed asimmetrica* del sistema dei controlli. Ciascuno dei diversi organi a vario titolo coinvolti, è intervenuto a garanzia della legittimità formale e dell'efficacia della regola, senza tener conto delle motivazioni adottate nel frattempo dagli altri organi. Nella contrapposizione fra le diverse motivazioni rese è così rimasto inalterato il profilo sostanziale della regola medesima e, di rimando, si è ulteriormente accresciuta l'incertezza costituzionale sul discrimine tra potere legislativo e giudiziario.

---

<sup>(123)</sup> Nel settembre del 2008 la Camera dei Deputati e il Senato della Repubblica hanno sollevato con due distinti ricorsi un conflitto di attribuzione nei confronti della Cassazione (I Sez. Civ., n. 21748 del 2007) e della Corte d'Appello di Milano (decreto del 9 luglio 2008), per *vindicatio potestatis* e per cattivo uso del potere, respinto poi dalla Corte costituzionale con ord. n. 334/2008. Avverso l'atto del direttore generale della Direzione generale sanità della Giunta regionale della Lombardia, datato 3 settembre 2008, che negava la disponibilità di una struttura del Servizio sanitario regionale ove dare attuazione al decreto del giudice del rinvio, è stato proposto ricorso al TAR lombardo, deciso con sent. n. 214/2009, che ha annullato l'atto contestato e riaffermato "il diritto costituzionale di rifiutare le cure". Infine, il 16 dicembre 2008 il Ministro del *Welfare* Sacconi ha emanato un atto di indirizzo in materia di "Stati vegetativi, nutrizione e idratazione", volto ad impedire che nelle strutture sanitarie pubbliche e private si dia corso alla sospensione di nutrizione e idratazione artificiali. A fronte di tale provvedimento alcune regioni, come il Piemonte, hanno dichiarato la propria disponibilità, in caso di richiesta, ad accogliere l'interdetta nei propri presidi pubblici. Al contempo il Governo ha cercato di intervenire prima con un decreto legge ("Disposizioni urgenti in materia di alimentazione ed idratazione") approvato dal Consiglio dei Ministri il 6 febbraio 2009 e non emanato da Presidente della Repubblica, avendo questi opposto il diniego della firma, e poi con un successivo disegno di legge ("Disposizioni in materia di alimentazione ed idratazione", n. 1369) presentato nella medesima giornata alle Camere, all'occorrenza invitate ad un'immediata convocazione in sessione straordinaria.

Significativa, al riguardo, è stata la questione dell'ammissibilità di un intervento normativo del Governo con decreto legge, ovvero del Parlamento con legge ordinaria, volto a colmare, sia pure parzialmente e temporaneamente, la lacuna normativa creata dalla Suprema Corte; ciò in modo da integrare la stessa in senso più consona al dibattito parlamentare ed alle incertezze scientifiche sul tema. Secondo le intenzioni dei promotori, accordando al trattamento nutrizionale artificiale una qualificazione non già sanitaria (ai sensi del disposto dei casi Cruzan e Bland richiamati dalla Cassazione), bensì di mero sostentamento alimentare (ai sensi della conclusione della società italiana di neurologia richiamata dalla Corte d'appello milanese), la nuova regola legislativa <sup>(124)</sup> avrebbe potuto sostituire quella precedente, sino a privarla d'efficacia per i casi pendenti e per quelli già conclusi. Di talché – deve ritenersi – la regola giurisdizionale, anche se dotata della forza del giudicato (per essere stata adottata in via definitiva dal giudice del rinvio), non avrebbe potuto resistere all'intervento legislativo in questione, questo comunque interessando il solo piano delle fonti del diritto e non invece quello della tutela giurisdizionale.

Di qui, il sorgere di un traumatico scontro politico-giuridico, che ha sfiorato il conflitto istituzionale fra Governo e Presidente della Repubblica e che ha lacerato l'opinione pubblica in parti contrapposte <sup>(125)</sup>; scontro, tuttavia, favorito – è inutile negare – dall'incerto e settoriale procedere dimostrato al riguardo dagli organi di controllo.

Ed invero la Corte costituzionale, nel respingere i ricorsi per conflitto d'attribuzione sollevati dalle Camere avverso le Autorità giurisdizionali con riguardo alla regola in questione, ha fondato la propria determinazione su un presupposto che poi è stato sostanzialmente smentito dal Presidente della Repubblica. Non merita tanto ripercorrere le motivazioni impiegate nella pronuncia d'inammissibilità, tanto più che le stesse rimarcano sostanzialmente la necessaria continuità d'indirizzo giurisprudenziale in tema di conflitti aventi

---

<sup>(124)</sup> La regola, contenuta nel decreto legge non emanato e nel successivo disegno di legge governativo (v. nota *supra*), così disponeva "1. 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 sospese da chi assiste soggetti non in grado di provvedere a se stessi. 2. La presente legge entra in vigore il giorno stesso della sua pubblicazione nella *Gazzetta Ufficiale*".

<sup>(125)</sup> R. MANNHEIMER, *Il sì e il no al 47%. Italia divisa in due*, in *Corriere della Sera*, 8 febbraio 2009, 8.

ad oggetto un atto giurisdizionale. Interessa piuttosto rilevare come le considerazioni espresse nell'ordinanza a proposito dei possibili rimedi alternativi al conflitto, non abbiano retto alla prova dei fatti, così accrescendo lo stato d'incertezza giuridica e di scontro politico; ciò anche per l'inevitabile "eccessivo significato politico" riconosciuto al conflitto, inserito gioco forza "nello scontro esistente da tempo nel nostro paese fra il potere politico e quello giudiziario" <sup>(126)</sup>.

La via legislativa, quale modalità per sostituire la regola giurisdizionale ed arrestarne gli effetti, trova un significativo riferimento nell'ordinanza della Corte costituzionale. L'affermazione resa nella pronuncia d'inammissibilità sembra inequivocabile, tanto più in considerazione degli elementi conoscitivi a disposizione della stessa Corte in merito ai profili processuali e costituzionali caratterizzanti l'intera vicenda. Precisando "che la vicenda processuale che ha originato il presente giudizio non appare ancora esaurita e che il Parlamento può in qualsiasi momento adottare una specifica normativa della materia (...)" <sup>(127)</sup>, il Giudice costituzionale ha aperto la via ad un intervento legislativo inesorabilmente idoneo a travolgere anche i limiti del giudicato; rilievo, quest'ultimo, inevitabile, solo a considerare, da un lato, che da un punto di vista strettamente processualciviltistico l'intera vicenda si è poi definitivamente conclusa dopo appena un mese dal deposito dell'ordinanza <sup>(128)</sup> e, dall'altro lato, che il vero giudicato soggetto all'interferenza dell'intervento legislativo sarebbe stato comunque quello della sentenza della Corte di cassa-

---

<sup>(126)</sup> R. ROMBOLI, *Il conflitto tra poteri dello Stato sulla vicenda Englaro: un caso di evidente inammissibilità*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it); ID., *Il caso Englaro: la Costituzione come fonte immediatamente applicabile dal giudice*, in *Quad. cost.*, 2008, 91. Esemplificativo, al riguardo, è il tono delle argomentazioni svolte da R. BIN, *Se non sale in cielo non sarà forse un taglio d'asino? (a proposito dell'ord. 334/2008)*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it). E così il conflitto sollevato dalle Camere è stato variamente definito come "sconsiderato" (L. CARLASSARE, *Relazione introduttiva*, cit., 7), "temerario" (G. GEMMA, *Parlamento contro giudici: un temerario conflitto di attribuzioni sul "caso Eluana"*, in *Giur. cost.*, 2008, 3723 ss.), "fantomatico" (C. TRIPODINA, *A chi spettano le decisioni politiche fondamentali*, cit., 4100). Diversamente si v. S. SPINELLI, *Re giudice o Re legislatore? Sul conflitto di attribuzione tra potere legislativo e giurisdizionale. A margine dell'ordinanza 334 del 2008 della Corte costituzionale*, in *Dir. fam.*, 2009, 1488 e ss.

<sup>(127)</sup> C. cost., n. 334, 8 ottobre 2008.

<sup>(128)</sup> Considerato che la sentenza con cui le Sezioni Unite della Cassazione hanno dichiarato l'inammissibilità del ricorso presentato dalla Procura generale di Milano avverso il decreto della Corte d'appello è datata 11-13 novembre 2008 (n. 27145), deve ritenersi che difficilmente il Parlamento avrebbe potuto adottare la specifica normativa prospettata dalla Corte entro un termine così ristretto.

zione (n. 21748 del 2007) già sottoposta al giudizio, questa avendo costituito la base del decreto della Corte d'appello milanese <sup>(129)</sup>.

Del resto, analoga prospettazione è rinvenibile nelle motivazioni rese dal TAR Lombardia, a margine della questione riguardante l'esecuzione del decreto di sospensione del trattamento di nutrizione ed idratazione artificiale dell'interessata. Indipendentemente dal contenuto delle argomentazioni <sup>(130)</sup> – peraltro sostanzialmente anticipate, con prassi quantomeno insolita, in uno scritto sulla vicenda Englaro, pubblicato dal relatore della medesima sentenza appena l'anno precedente <sup>(131)</sup> – è significativo rilevare il favore mostrato nella pronuncia per l'ipotesi della retroattività della regola legislativa destinata a travalicare i limiti del giudicato. Con grande chiarezza si legge nella sentenza quanto segue: “La regola di diritto, ermeneuticamente desunta dall'ordinamento giuridico ed applicata nel caso concreto della giurisprudenza, non ha minore effetto conformativo dell'ordinamento generale di quella promanante dalle fonti scritte, almeno sino a quando essa non sia sconfessata dal Legislatore al quale, chiaramente, non è precluso introdurre una eventuale diversa esplicita previsione, ove ritenuta maggiormente espressiva della sensibilità del popolo italiano, finanche intesa a travolgere i giudicati già formati, contenendo quest'ultimi norme giuridiche aventi lo stesso rango delle norme di legge recanti interpretazione autentica (Cass. 7 aprile 1978 n. 1598; Cass. 11 aprile 2000, n. 4630)” <sup>(132)</sup>.

Per contro, opposto è stato l'orientamento formulato dal Presidente della Repubblica. Esso è stato manifestato in occasione della rappresentazione al Governo delle obiezioni d'incostituzionalità in merito al decreto legge riguardante il caso Englaro; il tenore delle argomentazioni, tuttavia, è tale da ritenere le stesse estensibili an-

---

<sup>(129)</sup> M. LUCIANI, *L'emanazione presidenziale dei decreti-legge (spunti a partire dal caso E.)* (5 marzo 2009), in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it), 20.

<sup>(130)</sup> Su cui, fra gli altri: V. MOLASCHI, *Riflessioni sul caso Englaro. Diritto di rifiutare idratazione ed alimentazione artificiali e doveri dell'amministrazione sanitaria*, in *Foro amm.*, TAR, 2009, 4, 981 ss.; A. PIOGGIA, *Consenso informato e rifiuto di cure: dal riconoscimento alla soddisfazione del diritto*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 267 ss.

<sup>(131)</sup> D. SIMEOLI, *Il rifiuto di cure: la volontà presunta o ipotetica del soggetto incapace*, in *Giust. civ.*, 2008, 7-8.

<sup>(132)</sup> TAR Lombardia, Sez. III, sent. 29 gennaio 2009, n. 214, § 5.1 in diritto.

che all'ipotesi dell'intervento legislativo retroattivo<sup>(133)</sup>, prospettato dalla Corte costituzionale e dal giudice amministrativo.

In relazione alla "drammaticità del singolo caso" concretamente interessato dal decreto legge, il Capo dello Stato ha precisato che "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. Decisione definitiva, sotto il profilo dei presupposti di diritto, deve infatti 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"<sup>(134)</sup>.

E così, nella contrapposizione d'orientamento delineata, si è definitivamente realizzata l'*invincibilità* della regola "globalizzata" formulata dalla Suprema Corte. Poco incide nell'economia del discorso la questione della mancata emanazione presidenziale del richiamato decreto legge<sup>(135)</sup>. Prescindendo – se possibile – dai molteplici

---

<sup>(133)</sup> G. AZZARITI, *Era ipotizzabile un rinvio alle Camere della legge che il Parlamento si apprestava ad approvare per bloccare l'esecuzione della decisione "Englaro"?*, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it); R. CAPONI, A. PROTO PISANI, *Il caso Englaro: brevi riflessioni dalla prospettiva del processo civile*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it).; V. CERULLI IRELLI, *In margine al caso E.: sui limiti della funzione legislativa*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it).; M. LUCIANI, *L'emanazione presidenziale dei decreti-legge*, cit., 18; A. PACE, *L'inutilità pratica della legge "per Eluana"*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it).; A. RUGGERI, *Il caso Englaro e il controllo contestato*, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it), 4.

<sup>(134)</sup> Lettera che il Presidente della Repubblica, Giorgio Napolitano, ha inviato al Presidente del Consiglio dei Ministri, Silvio Berlusconi, precedentemente alla approvazione da parte del Consiglio dei ministri di un decreto legge in relazione al caso Englaro, Roma, 6 febbraio 2009, <http://www.quirinale.it/elementi/Continua.aspx?tipo=Comunicato&key=8112>.

<sup>(135)</sup> Su cui, in senso adesivo, si v. fra gli altri: U. ALLEGRETTI, *Un rifiuto presidenziale ben fondato*, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it); M. LUCIANI, *L'emanazione presidenziale dei decreti-legge*, cit.; P. CARNEVALE, *Emanare, promulgare e rifiutare. In margine a talune considerazioni svolte dal Massimo Luciani*, ivi; F.G. PIZZETTI, *In margine ai profili costituzionali degli ultimi sviluppi del caso Englaro: limiti di legge e "progetto di vita"*, ivi; C. SALAZAR, *Riflessioni sul "caso Englaro"*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

profili di costituzionalità coinvolti, giova soffermare l'attenzione sui presupposti di politica normativa alla base dell'intervento regolativo del Governo (proseguito poi in via ordinaria con la presentazione alle Camere di un disegno di legge contenente la medesima regola già sancita dal provvedimento d'urgenza). Sono tali presupposti, infatti, a rendere ragione di un'iniziativa per il resto variamente reputata sul piano dell'opportunità politica e della legittimità costituzionale<sup>(136)</sup>; un'iniziativa la cui (eventuale) inadeguatezza formale e strumentale, non può far perdere di vista l'esigenza da cui è derivata: sovvenire alle conseguenze del ritardo della politica e della tempestività della giurisdizione, facendo fronte agli effetti di una regola che il Parlamento avrebbe diversamente disciplinato.

Innanzitutto al drammatico concretizzarsi degli esiti dell'esecuzione della regola giurisdizionale ed all'avvio della procedura irreversibile di "accudimento accompagnatorio" all'*exitus* finale<sup>(137)</sup>, è emerso in modo convulso (rispetto agli strumenti) e nitido (rispetto al contenuto) il tipo di conflitto sotteso alla competizione regolativa tratteggiata: sul piano culturale, un conflitto che rischia di neutralizzare la caratterizzazione culturale (e costituzionale) che ha contrassegnato il sistema valoriale del Paese<sup>(138)</sup>; sul piano istituzionale, un conflitto che l'approccio formale della divisione dei poteri non riesce a riconoscere, così sacrificando il profilo sostanziale coinvolto e, di rimando, risollevando passati (e sempre attuali) terribili in-

---

it; G. SERGES, *Il rifiuto assoluto di emanazione del decreto legge*, in *Giur. cost.*, 2009, 469 ss.; G. SORRENTI, *La decisione e la regola. Prime note su alcune tendenze in atto nel sistema politico (a margine del caso Englaro)*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); A. SPADARO, *Può il Presidente della Repubblica rifiutarsi di emanare un decreto legge? Le "ragioni" di Napolitano*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); S. STAMMATI, *Breve nota sui problemi costituzionali suscitati dal caso Englaro*, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it).

<sup>(136)</sup> In senso favorevole al provvedimento governativo, si v. fra gli altri: C. CHIOLA, *Il rifiuto dell'emanazione del decreto-legge*, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it); M. ESPOSITO, *Note minime*, cit., 9; L. PEDULLÀ, *Perché il Capo dello Stato avrebbe dovuto firmare il decreto legge "salva-Eluana"*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); S. SPINELLI, *Un nuovo conflitto costituzionale tra Presidente della Repubblica e Governo*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); N. ZANON, *Scelto il principio di precauzione*, in *Sole 24 ore*, 7 febbraio 2009.

<sup>(137)</sup> TAR Lombardia, n. 214/2009, § 5.5 in diritto; C. app. Milano, decr. del 9 luglio 2008, § 5 in diritto.

<sup>(138)</sup> Sulla contrapposizione nei diritti fondamentali fra *aspirazione all'universalità* e *dimensione storica*, v. M. CARTABIA, *L'universalità dei diritti umani*, cit., 555 ss., che richiama la lezione di P. Alston: "universalismo non equivale ad omogeneità: l'universalità dei principi e dei valori è ben compatibile con le differenze negli approcci ai vari problemi".

terrogativi sul senso dello Stato in relazione alla centralità della persona umana.

Da tale punto di vista, prendendo a prestito categorie d'altro genere, ben potrebbe rivolgersi all'iniziativa governativa il giudizio riservato da Dante alla decisione di Ulisse di oltrepassare le Colonne d'Ercole: una decisione ritenuta "folle", non già per l'intenzione di travalicare i confini sperimentali positivamente intesi, bensì per l'inadeguatezza dello strumento approntato alla specie<sup>(139)</sup>. Una decisione "folle", dunque, che tuttavia fece emergere le contraddizioni di un sistema non più a misura d'uomo.

---

<sup>(139)</sup> "Considerate la vostra semenza: / fatti non foste a viver come bruti, / ma per seguir virtute e canoscenza'. / Li miei compagni fec'io sì aguti, / con questa orazion picciola, al cammino, / che a pena poscia li avrei ritenuti; / e volta nostra poppa nel mattino, / de' remi facemmo ali al folle volo, / sempre acquistando dal lato mancino". DANTE ALIGHIERI, *Commedia. Inferno*, canto XXVI, vv. 117 ss.