

Emanare, promulgare e rifiutare. In margine alla vicenda Englaro.*

di Paolo Carnevale

SOMMARIO: 1. *Emanazione degli atti governativi e promulgazione delle leggi: le ragioni del parallelismo* – 2. *Fondamento e limiti del potere presidenziale di rifiuto assoluto di emanazione* – 3. *Il rifiuto di emanazione del decreto-legge nel caso Englaro: eccesso o esercizio delle prerogative presidenziali?*

1. Il mio intervento vuole soffermarsi esclusivamente sulla questione del fondamento e dei limiti del potere di rifiutare l’emanazione di un decreto-legge da parte del Capo dello Stato. A tal fine, prenderò spunto dalle molte considerazioni addotte nella riccamente e solidamente argomentata relazione di Massimo Luciani che, con il consueto rigore, ci ha esposto le ragioni che conducono a giustificare un ampliamento del potere di veto assoluto del Presidente della Repubblica rispetto a quanto comunemente ritenuto. Si tratterà, quindi, in buona misura di una trattazione un po’ gregaria, contrassegnata, per buona parte, da un argomentare “di riflesso”, come in un “gioco di sponda”. Per questo il mio debito nei confronti di (e conseguentemente il mio ringraziamento a) Massimo Luciani è duplice: per le molte cose interessanti che ha detto e per gli originali sviluppi prefigurati, da un lato, nonché per gli stimoli alla riflessione fornitimi, dall’altro.

Parto dal piano dogmatico e, segnatamente, dalla asserita impossibilità di ricorrere, in materia di emanazione presidenziale degli atti normativi del Governo, alla disciplina dell’art. 74 della Costituzione in tema di promulgazione delle leggi, onde integrare, attraverso l’*argumennum a simili*, la laconica previsione dell’art. 87, quinto comma, Cost. che si limita, come noto, ad ascrivere al Presidente il compito di emanare «i decreti aventi valore di legge».

Si tratta di una posizione – quella favorevole al ricorso all’interpretazione analogica – assai diffusa in dottrina, ma che – alla stregua degli argomenti addotti nella relazione di Massimo Luciani – risulta largamente revocata in dubbio.

Quali – almeno le principali – obiezioni formulate alla possibile lettura in parallelo fra art. 74 e art. 87, quinto comma, Cost.?

Innanzitutto, lo scarso valore dell’argomento testuale tratto da quest’ultima previsione, che richiama congiuntamente il potere di promulgare le leggi e quello di emanare i decreti con forza di legge, su cui non di rado ha fatto leva la dottrina favorevole alla “prospettiva analogica”. Si osserva, in proposito, che nello stesso art. 87 si riscontrano una serie di richiami congiunti – l’accreditamento dei rappresentanti diplomatici e la ratifica dei trattati internazionali (comma 8); il comando delle forze armate e la dichiarazione dello stato di guerra (comma 9) – dai quali, tuttavia, risulterebbe all’evidenza assolutamente indebito ricavare la possibilità di pervenire ad una assimilazione, quanto a regime, dei rispettivi poteri.

Giova, tuttavia, notare che, mentre nei casi di comune richiamo appena ricordati il collegamento operato fra i due poteri “associati” è, per dir così, *ratione materiae* – la gestione dei rapporti internazionali, la situazione bellica – nel nostro il collegamento è operato sul piano funzionale, in quanto riferito al compito assegnato al Presidente nel tratto conclusivo del percorso che porta gli atti normativi primari, parlamentari o governativi che siano, ad acquisire efficacia. Onde, mi pare si debba in questo caso assegnare alla lettera dell’art. 87 Cost. un peso ermeneutico un po’ diverso, anche in considerazione del fatto che una delle comuni *rationes* funzionali è data proprio dalla attribuzione di un ruolo di garanzia costituzionale, assolto dal Presidente mediante

* Intervento al seminario di ASTRID “Il potere, le regole, i controlli: la Costituzione e la vicenda Englaro” - Roma, 5 marzo 2009

l'esercizio di un potere di controllo preventivo di conformità a Costituzione sull'atto a lui sottoposto.

Non solo, a rafforzare la particolare valenza della previsione congiunta sta anche un'altra considerazione: la separata ascrizione – nel comma precedente – del potere di autorizzazione alla presentazione alle Camere dei disegni di legge governativi, il quale, pur suscettibile di essere attratto nell'alveo di quei poteri in cui il Capo dello Stato è chiamato ad esercitare un controllo sull'esercizio dell'attività legislativa, si distacca nettamente, quanto a intensità, da quello esercitabile in occasione della promulgazione e della emanazione delle leggi e degli atti equiparati. Così che, sia pur per converso, la comune collocazione nel quinto comma dell'art. 87 Cost. parrebbe assumere, per la promulgazione e per l'emanazione, l'ulteriore profilo della simmetria, quanto a misura, dei poteri di controllo espletabili dal Presidente.

Secondariamente, si osserva – e a ragione – che l'emanazione, a differenza della promulgazione, oltre a non risolversi in una formula sacramentale tipica, assegna all'atto decreto-legge la "sua" forma – che oltretutto non è propria, rivestendo una molteplicità di atti governativi – la quale consente all'atto di dirsi esistente, non avendo la deliberazione da parte del Consiglio dei Ministri alcuna autonoma valenza e identità distinta rispetto all'atto emanato.

A questo riguardo, si dovrebbe però tener conto che la maggiore compenetrazione tra potere di emanazione del Capo dello Stato e decisione governativa rispetto al parallelo intervento in sede di promulgazione della legge parlamentare, se, da un alto, si spiega come un chiaro residuo dell'impianto proprio della forma di governo statutaria che vedeva, come noto, il Capo dello Stato strutturalmente integrato nel potere esecutivo; dall'altro, non può portare, nella forma di governo parlamentare disegnata dalla Costituzione, ad una forma di compartecipazione presidenziale all'azione normativa del Governo.

Ma soprattutto mi pare non si possa dimenticare – per rimanere qui sul medesimo piano identitario – che, sia l'emanazione che la promulgazione costituiscono, per i rispettivi atti, l'adempimento attraverso il quale questi ultimi ricevono le proprie generalità, da un punto di vista giuridico, consistenti nella data e, consequenzialmente, nel numero annuale progressivo, che non dipendono, come noto, né per la legge, né per i decreti aventi forza di legge, dalla approvazione/adozione da parte dell'organo esercente la potestà normativa di cui sono espressione.

Del resto, neppure potrebbe del tutto trascurarsi il fatto che, a stare ad una tesi abbastanza accreditata in dottrina, la promulgazione, così come l'emanazione, sarebbero *ugualmente* chiamate a segnare il momento di passaggio dell'imputazione dell'atto, dall'organo che l'ha approvato/adottato allo Stato (alla comunità nazionale), attraverso il (necessario) intervento del rappresentante dell'unità nazionale. Per cui, pur scontando la legge un profilo identitario già all'atto della sua avvenuta approvazione definitiva ad opera delle Camere, nondimeno sotto l'aspetto appena considerato non sembrerebbe presentare un'apprezzabile differenza rispetto al decreto-legge o al decreto legislativo; emanazione e promulgazione rispondendo, rispettivamente, alla medesima funzione ascrivibile.

Quanto, poi, all'argomento per cui, ad ulteriore dimostrazione dell'irriducibile differenza fra promulgazione delle leggi ed emanazione dei decreti, bisognerebbe tener conto del fatto «che, per quanto riguarda i decreti legislativi, è l'emanazione (e non l'adozione) che fissa il *dies a quo* per calcolare il rispetto del termine fissato dalla legge di delegazione», ritengo possa osservarsi che proprio la decretazione d'urgenza e, segnatamente, il procedimento di conversione dei decreti-legge offre un argomento di replica. Difatti, quest'ultimo si considera ultimato (e quindi avvenuta la conversione), non al momento dell'approvazione della legge, bensì all'atto della sua promulgazione, di modo che il rinvio alle Camere *ex art. 74 Cost.*, ogniqualvolta esso è stato operato, ha generato, data la strettezza dei tempi prescritti dall'*art. 77 Cost.*, l'inesorabile decadenza del decreto.

Peraltro, spostando a questo punto il discorso dalla prospettiva dogmatica a quella – per dirla ancora con lo stesso Luciani – sistemica, si potrebbe osservare che le due grandi virtualità

funzionali correlate al rinvio delle leggi in sede di promulgazione – lo scopo sollecitatorio del dibattito fra maggioranza e opposizioni, da un verso, e, dall’altro, l’assunzione di responsabilità dinanzi all’opinione pubblica per le forze parlamentari che intendessero riapprovare la legge senza adeguarsi ai rilievi presidenziali, assicurata dal regime di pubblicità dell’*iter* parlamentare – non sarebbero del tutto escluse anche nel caso qui in esame. Ciò in quanto, in ipotesi di veto sospensivo alla emanazione del decreto-legge e di successiva riapprovazione ad opera del Consiglio dei Ministri, è verosimile che i rilievi del Capo dello Stato costretto a procedere all’emanazione del decreto dalla reiterata volontà governativa entrino a far parte del dibattito parlamentare in occasione della conversione in legge. Certo, rispetto alla legge formale la differenza rimarrebbe, giacché la riapertura del “gioco politico” avverrebbe in costanza di vigenza del decreto-legge, con la conseguente possibilità che si producano effetti irreversibili. Senonché, come è stato per tempo dimostrato, la produzione di effetti non rimosibili *a posteriori*, in seguito alla cessazione di efficacia «sin dall’inizio» connessa alla mancata conversione, risulta evenienza tutt’altro che patologica od eventuale, quanto invece quasi ordinaria e inestricabilmente collegata all’adozione stessa dello strumento della decretazione d’urgenza. Così che, la questione finisce per assumere un rilievo che eccede largamente la questione qui in esame, investendo di per sé la problematica dell’uso del decreto-legge nel nostro sistema.

Ma, al di là dei singoli aspetti, a me pare che ad indurre ad una certa cautela nel configurare un significativo potere di rifiuto dell’emanazione di decreti-legge da parte del Presidente della Repubblica, a fronte di un potere di mera sospensione in sede di promulgazione delle leggi, dovrebbe spingere la considerazione della conseguenza che si produrrebbe sul piano della forma di governo. Invero, il riconoscimento di un simile potere interdittivo del Presidente, comportando un’evidente implicazione di quest’ultimo nell’attività normativa del Governo, dovuta alla vincolatività della posizione presidenziale, finirebbe per alterare la simmetria delle relazioni che il Capo dello Stato intrattiene, rispettivamente, con il Parlamento da un canto e il Governo dall’altro. Insomma, una fonte di squilibrio che parrebbe – per questo aspetto – prefigurare una riedizione dell’idea di un coinvolgimento forte, sul piano della normazione, fra Capo dello Stato e Governo e, in definitiva, di una sorta di compartecipazione sostanziale del primo nell’attività del secondo che pure lo stesso Luciani chiaramente respinge.

Resta, infine, un’ultima considerazione.

In una prospettiva ricostruttiva del potere di emanazione presidenziale degli atti governativi, far leva eccessivamente sulle particolarità della disciplina costituzionale della decretazione d’urgenza, mi sembra una operazione non priva di controindicazione. Ciò, in quanto c’è il rischio di accreditare una visione parcellizzata e frammentata di un potere – quello, appunto, di emanazione *ex art.* 87, quinto comma, Cost. – che emerge dal disegno costituzionale come unitario e che, invece, a seguire l’ottica «della considerazione della disciplina e della logica *specifiche* dei singoli istituti», dovrebbe presentarsi e modellarsi in maniera diversa in relazione alle singole tipologie di atti cui il decreto del Presidente della Repubblica è chiamato a dare veste formale esterna. Insomma, non vi sarebbe *un* potere di emanazione, ma *tanti* poteri *quante* sono quelle tipologie.

2. Pur senza poter pervenire a nessuna conclusione, quanto sopra osservato vuole semplicemente recuperare una certa credibilità alla tesi della lettura congiunta del potere di promulgazione delle leggi e di emanazione degli atti governativi ad opera del Presidente della Repubblica.

D’altronde – lo si noti incidentalmente – una certa convergenza fra le due rispettive fattispecie si è già nel tempo realizzata in quello che è uno dei profili più *opachi* del potere di intervento presidenziale in sede di emanazione degli atti governativi con forza di legge e che, invece, è chiaramente definito per la promulgazione: quello procedurale.

E’ lo stesso Presidente Napolitano ad aver confermato, in un recente comunicato, l’esistenza di una prassi ormai consolidata (e già, peraltro, a suo tempo testimoniata dal Presidente Einaudi)

della «consultazione informale [...] tra il Governo e la Presidenza della Repubblica in ordine» all'adozione di un decreto-legge, attraverso la quale il Presidente, non diversamente da quanto compiuto per la promulgazione delle leggi, è chiamato «a verificarne i profili di costituzionalità», senza ovviamente alcun intervento sulle «scelte di indirizzo e di contenuto del provvedimento d'urgenza» che restano sotto «l'autonoma ed esclusiva responsabilità del Governo».

Non solo, a stare ai pochissimi indizi a disposizione (ancor meno, invero, che per la decretazione d'urgenza), una prassi di negoziazione non parrebbe estranea neppure ai rapporti fra Presidente e Governo in occasione dell'emanazione di decreti legislativi

Ebbene, a ben vedere, tale interlocuzione preventiva fra Capo dello Stato ed Esecutivo innesca un processo dialettico molto simile a quello che si realizza fra lo stesso e il Parlamento a seguito del rinvio alle Camere della legge sottoposta alla promulgazione, onde l'eventuale approvazione del decreto-legge da parte del Consiglio dei Ministri, in contrario avviso rispetto ai rilievi preventivamente avanzati dal Presidente, pone quest'ultimo nella necessità di provvedere alla emanazione (salva l'eventualità – laddove consentita – di opporre rifiuto), analogamente a quanto avviene in caso di riapprovazione della legge rinviata alle Camere.

Alla “libertà delle forme”, che caratterizza il dialogo Capo dello Stato-Governo in occasione dell'emanazione e che si contrappone, invece, alla formalizzazione imposta dall'art. 74 Cost., corrisponde in definitiva una equivalenza sostanziale fondata sulla comune dinamica dialettica: volizione dell'organo legislativo/esame del Presidente della Repubblica con (eventuale) richiesta di riesame/(eventuale) persistenza della volontà del primo/obbligo del secondo di procedere.

Si tratta a questo punto – nella recuperata logica del parallelismo – di capire, ai fini del problema che qui ci occupa, se ed in che misura si possa immaginare un potere di rifiuto definitivo di promulgazione della legge.

E' abbastanza diffuso il convincimento che alla base della decisione presidenziale di rifiutare la promulgazione vi debba essere, innanzitutto, un problema di qualificabilità della legge *in quanto tale*, cioè di sua *riconoscibilità*, la quale può essere messa in dubbio dalla presenza di un vizio capace di minarne la riconducibilità al tipo di appartenenza. In sostanza, l'assenza di requisiti formali minimi o, comunque, la violazione di norme essenziali sulla normazione in grado di pregiudicare la qualificazione dell'atto – si pensi all'ipotesi della legge approvata da una sola Camera o da entrambe, ma in testi irriducibilmente difformi – prefigurando un vizio che, più che di illegittimità, sarebbe da declinare in termini di nullità-inesistenza dell'atto, costituirebbe, per il Presidente, un ostacolo obiettivo alla promulgazione, a causa della situazione di “carenza di oggetto” che si determinerebbe. Ipotesi, quest'ultima, verosimilmente da estendere dal piano formale-procedimentale a quello contenutistico-sostanziale, ogniqualvolta la legge disponga in così patente spregio della Costituzione da violare essenziali regole competenziali o aggirare limiti neppure superabili con legge costituzionale.

Accanto a questa prima eventualità, a riscuotere un ampio consenso è l'ipotesi di rifiuto di promulgazione per leggi che, in ragione di quanto in esse disposto, possano far incorrere il Capo dello Stato in una delle due fattispecie di reato previste dall'art. 90 Cost., per le quali non vale il generale principio dell'irresponsabilità presidenziale: vale a dire, l'attentato alla Costituzione e l'alto tradimento.

Ebbene, quelle medesime ragioni di assenza di oggetto e di coinvolgimento della responsabilità penale evocate a sostegno della possibilità di un diniego assoluto di promulgazione mi sembra debbano spingere a riconoscere al Presidente della Repubblica un analogo potere di rifiuto di emanazione dei decreti governativi aventi forza di legge.

Si è di fronte, come è evidente, ad ipotesi un po' scolastiche e, quindi, tutto sommato marginali, conformemente, del resto, alla condizione di estraneità cui la nostra Costituzione costringe il Capo dello Stato circa la determinazione della volontà normativa da parte degli organi dell'indirizzo politico.

Sorge allora il quesito se, in specie in sede di emanazione di decreti-legge, debba riconoscersi al Capo dello Stato un ventaglio di possibilità di ricorrere ad una decisione di blocco assoluto maggiore di quello sopra delineato.

E' quanto sostenuto nella relazione di Massimo Luciani, là ove si afferma che, anche a voler concordare con la tesi secondo cui «le *rationes* di un eventuale controllo negativo da parte del Presidente dovrebbero essere meno incisive di quelle invocabili per il rinvio delle leggi, quel che conta è che, comunque, la casistica del veto assoluto deve essere più ampia di quella tradizionalmente ipotizzata in sede di promulgazione». In pratica, secondo la felice formula di sintesi proposta dallo stesso, si tratterebbe di disegnare un «sindacato [...] quantitativamente meno esteso, ma qualitativamente più incisivo di quello esercitabile in sede di promulgazione».

Il motivo è presto detto: starebbe nella veste – propria del solo potere di veto assoluto – di rimedio esclusivo «ad una distorsione del monopolio parlamentare della funzione legislativa voluto dall'art. 70 Cost.», con il quale impedire «che venga aggirata l'evidente diffidenza della Costituzione per la produzione normativa primaria del Governo, palesata dalle doppie negazioni rinvenibili negli artt. 76 e 77». Se ne conclude che la maggior quota di potere che il Presidente della Repubblica può rivendicare in sede di emanazione andrebbe giustificata, ancorandola «al peculiare disegno della forma di governo parlamentare tracciato dalla Costituzione e alla posizione che, in esso, occupa il Governo, in particolare per quanto riguarda l'esercizio della funzione legislativa».

A questo andrebbero, poi, aggiunte considerazioni più specificamente legate al regime del decreto-legge, che rappresenta «la sola ipotesi in cui il Governo, sia pure provvisoriamente, per la durata massima di sessanta giorni, può mettere in discussione *motu proprio* il monopolio della funzione legislativa conferito alle Camere dall'art. 70 Cost.», costituendo «una forma di produzione normativa svincolata da qualunque controllo dell'opposizione parlamentare e dell'opinione pubblica», i cui esigui termini temporali di vigenza «rendono il controllo presidenziale esercitato in sede di emanazione l'unico controllo efficace sino all'intervento parlamentare in sede di conversione».

Si tratta, evidentemente, di robuste ragioni di sistema, sulle quali si può anche convenire, che tuttavia inducono a qualche ulteriore riflessione.

Da un lato, viene da osservare che metodologicamente, se l'esigenza da presidiare è l'assetto costituzionale delle attribuzioni normative primarie e, in specie, la centralità del Parlamento nell'esercizio della funzione legislativa, la scelta di prefigurare il rafforzamento del potere di interdizione presidenziale in sede di emanazione degli atti di decretazione d'urgenza rischia di palesare una sorta di paradosso. Bisogna, infatti, tener conto che l'espansione del ruolo del Capo dello Stato, a conti fatti, altro non si traduce se non in un'operazione di erosione della funzione di controllo che le Camere sono chiamate a svolgere in sede di conversione in legge del decreto. In pratica, alla crescita del Presidente corrisponde una correlativa *deminutio* delle Camere.

Osservare, in proposito, che tale controllo non risulta effettivamente esercitato, peculiarmente in regime (anzi, nel nostro regime) maggioritario, ove il *continuum* maggioranza-Governo è fortissimo, significa certo dire il vero, ma non aiuta perché, se, da una parte, dovrebbe comportare la conseguenza di condizionare e congiunturalizzare la proposta di espansione dei poteri del Presidente; dall'altro, non consentirebbe di sfuggire all'interrogativo: è possibile condurre un'azione di difesa del Parlamento proponendo, in fatto, una sua, sia pur parziale, esautorazione?

Per altro verso, poi – anche a prescindere da quanto appena osservato – bisogna tener conto del fatto che quella medesima esigenza dovrebbe portare l'*enlargement* del potere di rifiuto di emanazione orientarsi:

- a) o nel senso di una (potenziale) estensione del sindacato ad ogni vizio di costituzionalità del decreto, e non soltanto a vizi macroscopici, giacché qualsiasi forma di incostituzionalità dello stesso ridonderebbe in illegittima alterazione del regime di monopolio delle Camere, tanto più laddove si volesse far riferimento al problema degli effetti irreversibili prodotti dal decreto-legge che – come è evidente e ove non si consideri

esso stesso un autonomo profilo di illegittimità – prescinde assolutamente dalla asserita gravità del vizio di incostituzionalità ascritto al decreto;

- b) oppure, per converso, nel senso di una espansione circoscritta ai soli vizi in grado di effettivamente perpetrare l'abuso usurpativo – vale a dire, nel caso specifico del decreto-legge, l'assenza dei presupposti legittimanti o la reiterazione – piuttosto che interessare le ipotesi della «evidente incostituzionalità» o della «sospetta violazione dei principi fondamentali della Costituzione», come invece proposto.

Peraltro, addurre a giustificazione dell'ampliamento "vigilato" del potere di rifiuto, per come riguardante le ipotesi da ultimo ricordate, la situazione di necessità ed urgenza che motiva (deve [dovrebbe] motivare) l'adozione del decreto-legge non mi pare operazione pienamente convincente. Tale situazione, infatti, costituisce il presupposto legittimante l'esercizio della potestà normativa governativa "in deroga" alla ordinaria attribuzione alle Camere, onde far leva su di essa per avallare la limitazione del veto assoluto presidenziale ai soli casi *de quibus*, ancorché quel veto sia presentato come presidio del principio di primazia parlamentare su cui si fonda *in parte qua* la nostra forma di governo, non sembra davvero persuasivo. Difatti, delle due l'una: o il caso straordinario di necessità ed urgenza ricorre ed allora la deroga all'ordinario assetto delle competenze normative primarie tra Parlamento e Governo è giustificata e con essa fatto salvo l'assetto medesimo, di talché il veto presidenziale che si appuntasse su altri profili di incostituzionalità sembrerebbe atteggiarsi a tutela del principio di legittimità costituzionale non più nella sua esclusiva declinazione in termini di equilibrio istituzionale fra gli organi dell'indirizzo politico; oppure, ove così fosse, non si comprenderebbe la ragione per non estendere il controllo presidenziale a qualsivoglia profilo di incostituzionalità, senza alcuna significativa distinzione in termini di gravità del vizio da accertare.

Del resto, se è vero che il sindacato presidenziale in sede di emanazione si presenta come il principale e più efficace strumento di controllo sul decreto-legge vigente, la prefigurata trasformazione del veto opponibile al Governo da sospensivo ad assoluto, non appare poi così necessaria al fine di garantire efficacia all'intervento censorio del Capo dello Stato. Non può, infatti, dimenticarsi che i rilievi di legittimità costituzionale formulati da quest'ultimo in occasione della emanazione dell'atto di decretazione d'urgenza, pur se superabili dal Governo attraverso una reiterata volontà di adottarlo, costituirebbero altrettanti "nodi" destinati a "tornare al pettine" al momento in cui la legge di conversione si presentasse sullo scrittoio presidenziale per la promulgazione. In questo caso, come già accennato, il rinvio alle Camere della legge, diversamente da quanto normalmente avviene per le leggi in generale, si trasforma di fatto – come l'esperienza largamente insegna – da veto temporaneo a definitivo, per la impossibilità di giungere a riapprovare la legge prima dello spirare del termine di sessanta giorni *ex art. 77 u.c. Cost.* Questo dà all'opposizione presidenziale espressa preventivamente in sede di emanazione un *effetto deterrente* e una capacità di convincimento decisamente robusti.

Quel che si è sin qui osservato, peraltro, non porta necessariamente a marginalizzare del tutto, quanto a portata, il potere di rifiuto della emanazione del decreto-legge da parte del Presidente della Repubblica.

Difatti, se si ricostruisce la carenza di necessità ed urgenza, non come vizio da incompetenza, ma – come sembra decisamente preferibile a chi scrive – quale vizio del presupposto e, segnatamente, come vizio del presupposto funzionale, allora non pare una eccessiva forzatura far rientrare anch'essa fra quelle violazioni a norme essenziali sulla normazione in grado di riflettersi sulla stessa formale qualificazione dell'atto, che tradizionalmente giustificano la prefigurazione di un potere presidenziale di rifiutare la promulgazione della legge.

Invero, a differenza dei presupposti in senso materiale od obiettivo – così definiti in relazione alla capacità condizionante che atti determinati possono esercitare, giusta la previsione di una espressa norma sulla normazione, sopra il contenuto di una legge che deve supportarli come già esistenti (si pensi, ad esempio, al caso delle intese fra lo Stato e i culti acattolici e delle relative

leggi disciplinanti la relazione fra i singoli culti e lo Stato italiano; ovvero anche ai concordati ed alle leggi regolanti i rapporti fra Stato e Chiesa cattolica; come pure ai *referendum* richiesti dagli artt. 132 e 133 della Costituzione per la creazione o modificazione delle circoscrizioni territoriali [Regioni, Province e Comuni] – quelli c.d. funzionali si caratterizzano per il fatto che la (pre)esistenza dell'atto (o fatto) è posta dall'ordinamento, non già come condizione dell'adozione di un certo atto legislativo, bensì dell'esercizio dell'azione legislativa *in sé e per sé considerata*, senza, tuttavia, afferire alla condizione subiettiva del soggetto legislatore (c.d. vizio del presupposto soggettivo).

Orbene, è chiaro che nella predetta configurazione il vizio di carenza di necessità ed urgenza del decreto-legge si presenta come vizio che attiene alla legittimazione a legiferare, prima ancora che alla legittimità dell'atto. E, per questa sua radicalità, che quasi evoca la carenza assoluta di potere, credo che possa vantare qualche diritto ad entrare nel novero dei vizi dell'atto legislativo comunemente ritenuti idonei a cagionare il veto assoluto del Presidente della Repubblica.

Certo – si dirà – nella giurisprudenza costituzionale il trattamento riservato al vizio in parola non sembra discostarsi da quello attribuito ad ogni altro vizio di legittimità costituzionale. La stessa limitazione del sindacato alle ipotesi di palese violazione (l'«evidente mancanza» di cui parla la Corte) non indica – come ci hanno spiegato anche di recente i giudici di Palazzo della Consulta – una qualità particolare del *vulnus*, quanto semmai si atteggia ad immediata conseguenza della necessità di depurare il sindacato dagli elementi di discrezionalità che, in punto di ricorrenza del caso straordinario di necessità ed urgenza, pertengono alla valutazione propria degli organi di indirizzo politico, primo fra tutti lo stesso Esecutivo adottante.

Il fatto è, però, che qualche interessante indizio nel senso qui indicato sembrerebbe utilmente ritrarsi proprio dalla giurisprudenza costituzionale.

Si pensi, ad esempio, alla configurazione della evidente mancanza dei presupposti di necessità ed urgenza, non soltanto come vizio del decreto-legge, bensì pure come vizio (c.d. *in procedendo*) della legge di conversione: passaggio, come si sa, cruciale per assicurare la sindacabilità dell'atto di decretazione d'urgenza. Mi sembra evidente che una simile prospettazione di *causa congiunta* di illegittimità del decreto e della legge, assolutamente inspiegabile alla luce della sua raffigurazione in termini di vizio da incompetenza – non foss'altro perché la legge di conversione si presenta proprio come atto attraverso il quale le Camere si riappropriano della loro attribuzione a legiferare, momentaneamente sottratta loro dal Governo – ben più *chances* giustificatorie può esibire ove, appunto, si attinga alla figura di vizio qui propugnata.

Non solo, la versione qui proposta può dar conto del fatto per cui, nella giurisprudenza costituzionale, la sanabilità del vizio proprio del decreto-legge da parte della conversione in legge, una volta abbandonata ovviamente la tesi della novazione della fonte, sia stata affermata per l'ipotesi del vizio da reiterazione e non per quello di carenza dei presupposti. Come è stato per tempo già osservato, proprio quel suo radicarsi sul piano della legittimazione a legiferare e della esistenza in concreto del potere starebbe all'origine di quel differenziato trattamento.

3. Qualche parola conclusiva sul caso Englaro da cui questo seminario ha preso le mosse.

Innanzitutto, il comunicato del Presidente della Repubblica con cui si dà notizia del diniego di emanazione del decreto-legge adottato dal Governo pare effettivamente alludere ad un vero e proprio veto assoluto. D'altronde, anche la pregressa interlocuzione, innescata dalla lettera presidenziale indirizzata al Presidente del Consiglio, contenente una serie di rilievi di costituzionalità circa la (unica) prescrizione dell'emanando decreto, riguardante il divieto di sospensione di alimentazione ed idratazione da parte di «chi assiste soggetti non in grado di provvedere a se stessi», e la successiva decisione governativa di ugualmente adottare il decreto-legge, mi sembra depongono a favore di questa qualificazione.

Si tratta, quindi, di verificare, alla stregua di quanto si è andato dicendo, se ve ne fossero gli estremi.

Tre essenzialmente le censure evidenziate dal Capo dello Stato.

La prima si basa sul carattere inappropriato della «soluzione» del «ricorso al decreto legge» per intervenire in tema di «diritti fondamentali della persona costituzionalmente garantiti», la cui natura richiederebbe «un rinnovato impegno del Parlamento ad adottare con legge ordinaria una disciplina organica». Ciò, tanto più laddove si tratti «di una disciplina dichiaratamente provvisoria e a tempo indeterminato, delle modalità di tutela di diritti della persona costituzionalmente garantiti dal combinato disposto degli articoli 3, 13 e 32 della Costituzione: disciplina altresì circoscritta alle persone che non siano più in grado di manifestare la propria volontà in ordine ad atti costrittivi di disposizione del loro corpo».

Ad essa si aggiunge il rilievo circa l'evidente contrasto del decreto con «il fondamentale principio della distinzione e del reciproco rispetto tra poteri e organi dello Stato [che] non consente di disattendere la soluzione che per esso [il caso di specie] è stata individuata da una decisione giudiziaria definitiva sulla base dei principi, anche costituzionali, desumibili dall'ordinamento giuridico vigente».

Per ultimo, il Presidente lamenta la carenza dei presupposti del decreto, posto che, «rispetto allo sviluppo della discussione parlamentare non è intervenuto nessun fatto nuovo che possa configurarsi come caso straordinario di necessità ed urgenza ai sensi dell'art. 77 della Costituzione se non l'impulso pur comprensibilmente suscitato dalla pubblicità e drammaticità di un singolo caso».

A stare a quello che ho sin qui sostenuto, né la prima censura di illegittimità – di meno sicuro fondamento costituzionale – né la seconda – a mio avviso ben fondata, invece – sarebbero state in grado di sorreggere una decisione di definitivo rifiuto di emanazione, stante la loro estraneità alla sfera delle ragioni di incostituzionalità incidenti sulla qualificazione dell'atto o idonee a far scattare la responsabilità penale del Presidente.

Ma neppure la terza, almeno a prima vista. Giacché, se è vero – come ho cercato di dire – che il vizio di carenza dei presupposti potrebbe in astratto pure supportare una decisione del genere, nondimeno, nel caso specifico, la dichiarata necessità di salvare la vita della povera Eluana Englaro dalla morte certa che, di lì a qualche giorno (come poi è stato), sarebbe intervenuta in applicazione delle decisioni giudiziarie, sembrava effettivamente integrare gli estremi del caso straordinario di necessità ed urgenza o, quantomeno, escludere che vi fosse un caso di evidente mancanza.

Dovrei coerentemente concludere che – ovviamente a mio modesto avviso – il Presidente della Repubblica ha in questa vicenda sbagliato, avendo esercitato un potere di veto al di là del costituzionalmente consentito.

Ma le cose non stanno così.

Va, infatti, considerata una peculiarità della vicenda in esame: che, cioè, il caso straordinario di necessità ed urgenza che *dichiaratamente* aveva sollecitato il decreto-legge non si atteggiava nella specie solamente a motivo giustificativo dell'adozione, bensì pure a fattispecie applicativa del provvedimento. Anzi, dati l'assenza di altre situazioni assimilabili ed il carattere dichiaratamente provvisorio della disciplina recata, a titolo di anticipazione della regolazione legislativa organica della materia del fine vita, si presentava come sua “fattispecie esclusiva”. Insomma, presupposto e oggetto del decreto avrebbero finito nella sostanza per coincidere. Se posso rendere l'idea: è come se, in caso di calamità naturale, piuttosto che adottare un decreto-legge contenente misure recanti provvidenze per le popolazioni colpite, si volesse regolare direttamente la calamità!

Ed allora delle due l'una: se il decreto-legge, una volta entrato in vigore, non avesse potuto applicarsi proprio al caso che ne aveva originato l'adozione – come è stato opinato – il Presidente della Repubblica si sarebbe trovato dinanzi ad un decreto-legge privo, al medesimo tempo, dei presupposti di necessità ed urgenza e dell'oggetto o, meglio, privo dei primi perché espropriato del secondo. Di talché, il rifiuto di emanazione sarebbe stato ben solidamente fondato.

Laddove, invece, esso fosse stato applicabile a quella specifica fattispecie concreta, l'eventuale emanazione avrebbe dato vita ad un decreto legittimato, sì, dall'esistenza del caso di

necessità ed urgenza, ma destinato a provvedere a quel medesimo caso (e, quantomeno con certezza, solo a quello) che, secondo Costituzione, non poteva ormai più tollerare di essere regolato *ex lege*. In pratica, si sarebbe stati in presenza di una necessità ed urgenza, in sé, però, *direttamente inficiata da illegittimità costituzionale*: giustificazione ed, al contempo, causa prima dell'incostituzionalità del decreto-legge. A volerla dire in breve: *un decreto legittimato dal vizio!*

Se l'assenza evidente di necessità ed urgenza può costituire motivo per rifiutare l'emanazione del decreto-legge, la evidente illegittimità di quella medesima situazione di necessità ed urgenza non credo sia da meno.