

Seminario di ASTRID

Il potere, le regole, i controlli: la Costituzione e la vicenda Englaro

Roma, 5 marzo 2009

L’emanazione presidenziale dei decreti-legge (spunti a partire dal caso E.)*

Massimo Luciani

INDICE

1.- *Premessa.*

2.- *Se sia possibile applicare all’emanazione dei decreti-legge i principi stabiliti per la promulgazione dall’art. 74 Cost.*

3.- *L’emanazione presidenziale nel contesto della disciplina costituzionale della decretazione d’urgenza.*

4.- *Di quali siano i possibili ostacoli all’emanazione e di quali siano le possibili reazioni del capo dello Stato alla loro sussistenza.*

5.- *Qualche cenno alla prassi.*

6.- *Lo specifico del caso E.*

7.- *A mo’ di conclusione.*

* Questo scritto è destinato alla Raccolta di Studi in onore di A.A. Cervati.

1.- *Premessa.* La questione dei poteri presidenziali in sede di emanazione degli atti con forza di legge e in particolare dei decreti-legge non era certo sconosciuta alla dottrina. Ancor meno sconosciuta - ovviamente - era alla prassi. Lo era, intendo, ben prima del “caso E.”, e cioè del singolare caso di un decreto-legge dichiaratamente adottato dal Governo non solo e non tanto per disciplinare in via generale alcune fattispecie della problematica del “fine vita”, bensì per impedire l’interruzione dell’alimentazione e dell’idratazione artificiale di un paziente in stato vegetativo permanente (questa formula è, testualmente, quella che si legge nell’ord. Corte cost., n. 334 del 2008, relativa ad un conflitto tra poteri dello Stato originato proprio dal caso E.). Tutti sanno quale sia la concreta vicenda umana che si nasconde dietro quella iniziale, ma spero d’essere compreso se (nel contesto di una fredda riflessione giuridica che deve assumere quella vicenda come evento ormai dis-umanizzato, disincarnato e paradigmatico) ometto il preciso riferimento: si ha ritengo a fare altrimenti, infatti, per rispetto delle persone direttamente coinvolte, per le quali - tutte - sarebbe stato doveroso che si manifestasse - tutti - un sentimento di umana pietà.

Come frequentemente accade, tuttavia, in occasione della vicenda concreta, l’astratta questione di diritto costituzionale è stata affrontata, nella discussione pubblica, come se la dottrina e la prassi non esistessero, come se si dovesse partire da zero. Così, ovviamente, non era e così non è. Vediamo, dunque, in sintesi, le principali posizioni sostenute in dottrina.

I problemi interpretativi della disposizione costituzionale attributiva al Presidente della Repubblica del potere di emanare i decreti-legge nascono anzitutto, lo si sa bene, dall’estrema laconicità del suo testo. L’art. 87, comma 5, in effetti, si limita a prevedere che il Presidente “[...] *emana i decreti aventi valore di legge* [...]” e non contiene alcun altra previsione sostanziale o procedimentale che delimiti il potere presidenziale¹. E’ evidente, dunque, la differenza con la disciplina della promulgazione dettata dall’art. 74, che, sebbene resti silente sui profili sostanziali del potere, almeno ne regola modalità e procedimento di esercizio. Il problema interpretativo dell’art. 87, comma 5, è dunque assai più vasto di quello posto dall’art. 74². Si può ben dire che tutte le ipotesi di soluzione sono state prospettate e caldegiate in dottrina. Tanto, sia in riferimento ai confini del potere presidenziale di non emanare il decreto-legge, sia in riferimento agli effetti dell’esercizio di tale

¹ La normazione di rango primario, a sua volta, non offre indicazioni particolarmente rilevanti. In definitiva, il dato più significativo è quello che si desume dall’art. 15 della l. n. 400 del 1988, a tenor del quale “*I provvedimenti provvisori con forza di legge ordinaria adottati ai sensi dell’articolo 77 della Costituzione sono presentati per l’emanazione al Presidente della Repubblica [...]*”, il che (“presentati” non equivale a “trasmessi”) sembra suggerire l’esistenza di un non formale potere di controllo del Presidente della Repubblica sui decreti-legge.

² L’osservazione è comune in dottrina. Da ultimo, G. CAPORALI, *Il Presidente della Repubblica e l’emanazione degli atti con forza di legge*, Torino, Giappichelli, 2000, 95.

potere (all’applicabilità, in particolare, del meccanismo della doppia approvazione di cui all’art. 74 e – quindi – alla qualificabilità della mancata emanazione come veto meramente sospensivo ovvero assoluto)³.

2.- *Se sia possibile applicare all’emanazione dei decreti-legge i principi stabiliti per la promulgazione dall’art. 74 Cost.*

E’ bene prendere le mosse dalla tesi che modella il potere di emanazione su quello di promulgazione, sia perché da tempo ha avuto modo di essere frequentemente sostenuta⁴, sia perché è stata recentemente riaffermata in termini assai netti da un’autorevole dottrina. Ha scritto, in particolare, Valerio Onida, che anche in “considerazione del ruolo rispettivo del Governo e del Presidente in un regime parlamentare come il nostro”, vi sarebbe una “analogia fra la funzione della «promulgazione» della legge e quella della «emanazione» dei decreti-legge”, mentre anche “lo stesso richiamo congiunto che all’una e all’altra fa l’art. 87 Cost.” indurrebbe a “ritenere che nei due casi il Presidente eserciti una funzione analoga di controllo”⁵.

Queste argomentazioni, a mio avviso, non sono convincenti.

Non mi sembra necessario soffermarsi eccessivamente sul richiamo “congiunto” dell’art. 87, comma 5, alla promulgazione e all’emanazione. Anche il comma 8 menziona congiuntamente l’accredito dei rappresentanti diplomatici e la ratifica dei trattati, ma non per questo il trattamento giuridico delle due fattispecie è assimilabile, così come non può ritenersi assimilabile il trattamento del potere di comando delle Forze armate e del potere di dichiarare lo stato di guerra deliberato dalle Camere, sebbene entrambi siano menzionati “congiuntamente” dal comma 9. Senza contare che le

³ E’ questa seconda, evidentemente, la questione realmente decisiva (analogamente, in riferimento al potere previsto dall’art. 87, comma 4, Cost., G. GUIGLIA, *L’autorizzazione alla presentazione dei disegni di legge governativi*, Torino, Giappichelli, 1991, 51): conta più che un rilievo presidenziale - quale ch’esso sia - sia insuperabile, piuttosto che sia connesso a ragioni di forma o di sostanza, di legittimità o di merito.

⁴ Cfr., ad es., P. BARILE, *I poteri del Presidente della Repubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, 323; E. CHELI, *Deliberazione, emanazione, pubblicazione ed esercizio della funzione legislativa delegata entro il termine della delega*, in *Giur. cost.*, 1959, 1014 sgg.; C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, in *Enc. dir.*, vol. XI, Milano, Giuffrè, 1962, 855; G. VIESTI, *Il decreto-legge*, Napoli, Jovene, 1967, 141; S.M. CICONETTI, *Decreti-legge e poteri del Presidente della Repubblica*, in *Dir. soc.*, 1980, 564 (il quale, peraltro, a sostegno della tesi dell’esistenza di un potere presidenziale di rinvio dei decreti-legge con richiesta di riesame, invoca anche l’ulteriore argomento del principio della collaborazione personale di Presidente della Repubblica e Ministro, “certificata dalla firma del primo e dalla controfirma del secondo”); A. PIZZORUSSO, *I controlli sul decreto-legge in rapporto al problema della forma di governo*, in *Pol. dir.*, 1981, 306 sg.; L. PALADIN, *Presidente della Repubblica*, in *Enc. dir.*, vol. XXXV, Milano, Giuffrè, 1986, 216 sg.; G. PITRUZZELLA, *La legge di conversione del decreto-legge*, Padova, Cedam, 1989, 229.

⁵ V. ONIDA, *Il controllo del Presidente della Repubblica sulla costituzionalità dei decreti-legge*, in www.astrid.eu, alla pagina web <http://www.astrid-online.it/FORUM--II/>, 1 (lo stesso A., peraltro, afferma che “un «veto assoluto» del Presidente potrebbe probabilmente essere opposto solo nei casi limite di decreti-legge «eversivi» o che fossero suscettibili di produrre, durante il loro provvisorio vigore, effetti irreversibili”). L’accoglimento della tesi dell’analogia tra promulgazione ed emanazione ha condotto altri, sempre in sede di commento proprio al caso E., ad esiti diametralmente opposti (cfr. L. PEDULLÀ, *Perché il Capo dello Stato avrebbe dovuto firmare il decreto-legge “salva-Eluana”*, in www.forumcostituzionale.it, 4 sg.).

stesse qualificazioni generali del primo comma, che congiuntamente vede nel Presidente della Repubblica il capo dello Stato e il rappresentante dell’unità nazionale, hanno significati – e conseguenze – completamente diversi.

E’ più importante, semmai, ricordare che da tempo le differenze che intercorrono tra emanazione e promulgazione sono state poste efficacemente in luce.

Ha giustamente osservato Ugo Rescigno⁶ che l’emanazione, al contrario della promulgazione, non si risolve in una “formula sacramentale fissa e tipica”⁷, ma assume “la forma del decreto”⁸. Conseguentemente, mentre la promulgazione (che resta estranea alla fase costitutiva della legge e si colloca in quella integrativa dell’efficacia)⁹ identifica con certezza l’appartenenza dell’atto promulgato al tipo di atto “legge”, non altrettanto può dirsi per l’emanazione, che non è riservata ai decreti-legge, ma si estende a tutti i decreti aventi valore di legge ordinaria, così come ai regolamenti. D’altro canto, come dimostra l’art. 74, comma 2, Cost., che parla di nuova approvazione della “legge” dopo l’eventuale rinvio presidenziale, la legge possiede la propria identità di legge già pel solo fatto dell’approvazione¹⁰, laddove - come rilevato da Paladin e da Esposito, il decreto-legge può dirsi effettivamente “adottato” solo dopo l’emanazione (se non, addirittura, dopo la pubblicazione)¹¹. La cosa è rilevante anche sul piano pratico, perché, per quanto riguarda la legge, se il testo approvato dalle Camere è difforme da quello promulgato, non v’è dubbio che debba prevalere il primo¹², mentre nel caso del decreto-legge il testo trasmesso dal Governo non possiede alcuna identità giuridica distinta e differenziata da quella del testo emanato¹³,

⁶ Il quale - pure - sostiene che, di fronte all’insistenza del Governo, il Presidente, dopo aver rinviato una prima volta, dovrebbe poi piegarsi ed essere tenuto ad emanare (G.U. RESCIGNO, *Articolo 87*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, *Il Presidente della Repubblica*, Bologna-Roma, Zanichelli – Il Foro Italiano, 1978, 207).

⁷ G.U. RESCIGNO, *Articolo 87*, cit., 205 sg.

⁸ V., in effetti, l’art. 3 del d.P.R. 28 dicembre 1985, n. 1092.

⁹ S. GALEOTTI, *Contributo alla teoria del procedimento legislativo*, Milano, Giuffrè, 1957, 241 sgg.; 322 sgg.; 390 sgg.

¹⁰ In questo senso, G. CAPORALI, *Il Presidente della Repubblica*, cit., 110.

¹¹ L. PALADIN, *Decreto-legge*, in *N.ss.D.I.*, vol. V, Torino, UTET, 1960, 291; C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, cit., 855, con la conseguenza che “il giorno stesso” della presentazione alle Camere, previsto dall’art. 77 Cost., è quello della pubblicazione (già prima, comunque, A. BERIO, *Il decreto-legge nella nuova Costituzione*, in *Nuova Rass.*, 1948, 679, peraltro invocando un argomento non più attuale, quale l’inefficacia del decreto-legge non pubblicato, in ragione della mancanza del visto della Corte dei conti). Adesivamente, C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, Cedam, 1976, 706; S.M. CICCONE, *Decreti-legge*, cit., 565. Come è noto, questa opinione ha avuto una traduzione normativa nell’art. 15, comma 4, della l. n. 400 del 1988, ove si prevede la pubblicazione del decreto-legge immediatamente dopo l’emanazione e si stabilisce che il decreto-legge (pubblicato, dunque) “*deve contenere la clausola di presentazione al Parlamento per la conversione in legge*”.

¹² G. CAPORALI, *Il Presidente della Repubblica*, cit., 111.

¹³ Si è correttamente osservato (da E. CHELI, *Deliberazione, emanazione, pubblicazione*, cit., 1016) che “la delibera del Consiglio dei ministri, anche se documentata nel verbale della seduta, non acquista allo stato attuale della legislazione e della prassi un preciso rilievo esterno”.

che è quello del decreto-legge¹⁴.

Non basta. La promulgazione interviene su un atto irrevocabile, mentre non altrettanto può dirsi per il testo approvato dal Consiglio dei Ministri e sottoposto al capo dello Stato per l’emanazione¹⁵. Aggiungo che, in prospettiva più generale, la diversità del rapporto fra emanazione dei decreti con forza di legge e promulgazione delle leggi è dimostrata anche dal fatto che, per quanto riguarda i decreti legislativi, è l’emanazione (e non l’adozione) che fissa il *dies ad quem* per calcolare il rispetto del termine fissato dalla legge di delegazione¹⁶. Il che è possibile solo a causa della peculiare struttura dell’emanazione, che abbiamo appena ricordato.

Già sul piano dommatico, dunque, la situazione dell’emanazione e quella della promulgazione non coincidono, sicché il fatto che tanto la legge (ovviamente) quanto il decreto-legge abbiano forza di legge non offre alcuna indicazione sul loro trattamento da parte del capo dello Stato¹⁷, mentre - anzi - la loro diversa natura sollecita la riflessione sulla possibile diversità anche del loro regime.

Quel che più conta, poiché il potere di emanazione trova il proprio fondamento in una disposizione diversa dall’art. 74, l’applicazione della disciplina contenuta in quest’ultimo potrebbe essere argomentata solo ricorrendo all’analogia. Tuttavia, non solo il necessariamente diverso inquadramento dommatico dell’emanazione e della promulgazione già costituisce un ostacolo a tale esito interpretativo, ma esso appare precluso anche da più generali considerazioni di ordine sistemico.

Sotto il meccanismo disegnato dall’art. 74 (approvazione parlamentare / rinvio presidenziale / nuova approvazione parlamentare / obbligo presidenziale di promulgare) giace la concezione “forte” (e forse ottimistica) del parlamentarismo abbracciata dai nostri Costituenti. Nella prospettiva della Costituzione, il secondo intervento parlamentare è visto esso stesso come un meccanismo – sia pure politico – di tutela dei principi costituzionali che reggono la normazione primaria. Per un verso, la pubblicità della discussione parlamentare impone a chi voglia superare il veto sospensivo presidenziale di motivare la propria posizione aprendola al giudizio dell’opinione pubblica; per l’altro, la presenza in Parlamento delle opposizioni fa sì che il giuoco politico sia in qualche modo riaperto dal rinvio, che proprio dalle opposizioni, anzi, sollecita una risposta e una reazione, che esse

¹⁴ La condizione del decreto-legge non emanato e quella della legge non promulgata, pertanto, non sono identiche (come ritiene, invece, S.M. CICCONE, *Decreti-legge*, cit., 565).

¹⁵ V. ancora G.U. RESCIGNO, *Articolo 87*, cit., 207

¹⁶ Come ha ripetutamente affermato la Corte costituzionale, nella delegazione legislativa, “il «tempo limitato», che deve essere prestabilito, concerne precisamente l’esercizio di tale funzione; non comprende invece adempimenti successivi a quell’esercizio, che si è esaurito con la emanazione del provvedimento legislativo, posto che gli adempimenti stessi competono ad altri organi, di natura amministrativa” (così la sent. n. 39 del 1959, cui adde sentt. nn. 34 del 1960; 91 del 1962; 148 del 1981).

¹⁷ E’ quanto è sostenuto, invece, da S.M. CICCONE, *Decreti-legge*, cit., 564.

possono dare con tutti gli strumenti messi a loro disposizione dalla normativa regolamentare¹⁸. Il rinvio presidenziale, in altri termini, apre una fase di confronto, se non di vera e propria battaglia politica, che, in realtà, non vede contrapposti il Presidente e il Parlamento, bensì la maggioranza parlamentare e le opposizioni, ovvero la maggioranza parlamentare e l’opinione pubblica (al limite, il ruolo di quest’ultima potrebbe essere avvicinato a quello – arbitrare – cui secondo una risalente dottrina assolverebbe in talune ipotesi il *referendum*)¹⁹. Nulla di tutto questo avviene nella fattispecie dell’emanazione dell’atto con forza di legge e in particolare del decreto-legge: nessuna pubblicità vi è delle sedute del Consiglio dei Ministri, né in quella sede v’è alcun possibile confronto tra la maggioranza e le opposizioni, che possa essere gestito secondo le regole del diritto parlamentare.

Se l’applicazione analogica dell’art. 74 Cost. alla fattispecie dell’emanazione non è suggerita da dati testuali²⁰ e – anzi – è preclusa dalle differenze dottrinarie e sistemiche che ora si sono messe in luce, le regole dell’emanazione del decreto-legge debbono essere rinvenute nella disciplina normativa e nella logica *della decretazione d’urgenza*. E’ questo - della considerazione della disciplina e della logica *specifiche* dei singoli istituti - un metodo di indagine e di interpretazione che deve essere osservato con grande attenzione soprattutto nel dominio dei poteri presidenziali, che, altrimenti, correrebbero il rischio d’essere confusi in una indistinta e indifferenziata omogeneità. E’ proprio applicando questo metodo, in particolare, che possono e debbono essere adeguatamente inquadrare le prerogative presidenziali evocate dalla vicenda dei decreti-legge, sulla quale il capo dello Stato interviene ben tre volte: in sede di emanazione; in sede di autorizzazione alla presentazione del disegno di legge di conversione; in sede di promulgazione della legge di conversione. Se non si compie un’indagine specifica su ogni fase e su ogni tipo di potere, non si comprende nemmeno la *ratio* di questa sovrapposizione di interventi²¹.

In particolare, se non si procedesse in questo senso, il potere di autorizzazione alla presentazione dei disegni di legge governativi finirebbe per essere confuso con (e sovrapposto a) quelli connessi

¹⁸ Considerazioni parzialmente simili in E. CHELI, *Deliberazione, emanazione, pubblicazione*, cit., 1014; G. CAPORALI, *Il Presidente della Repubblica*, cit., 112 sg.

¹⁹ R. CARRÉ DE MALBERG, *Considérations théoriques sur la question de la combinaison du référendum avec le parlementarisme*, in *Annuaire de l’Institut international de droit public*, 1931, II, spec. 262 sgg.

²⁰ Proprio il silenzio degli artt. 77 e 87 Cost., anzi, è stato richiamato quale ulteriore dimostrazione dell’impossibilità di estendere all’emanazione le regole (invece) testualmente ed espressamente stabilite per la promulgazione (così, G. CAPORALI, *Il Presidente della Repubblica*, cit., 97).

²¹ E’ opportuno segnalare che una parte della dottrina ha ridotto ad un apporto meramente formale gli ultimi due interventi di cui si dice nel testo, in considerazione del fatto che anche un semplice rinvio presidenziale determinerebbe un ritardo nell’approvazione della legge di conversione che sarebbe idoneo, di fatto, a trasformare il veto sospensivo in veto assoluto (in questo senso, e per ulteriori indicazioni, P. FALZEA, *Il rinvio delle leggi nel sistema degli atti presidenziali*, Milano, Giuffrè, 2000, 362 sg.). Le ragioni che inducono a respingere questa posizione sono desumibili, *passim*, dal testo.

all’emanazione o alla promulgazione²². Invece, come è stato esattamente osservato proprio prendendo spunto dal caso E. e dall’apparente contraddizione tra la mancata emanazione di un decreto-legge e l’autorizzazione alla presentazione di un disegno di legge di identico contenuto, “la minore incisività dell’intervento presidenziale di autorizzazione alla presentazione del disegno di legge” si spiega perfettamente in ragione della “minore invasività costituzionale dello strumento che il Governo si è rassegnato ad adottare”²³. Il tutto, senza considerare che in sede di autorizzazione i poteri del Presidente sembrano finalizzati soprattutto a difendere la funzionalità del Parlamento, non a rimediare *ex ante* a vizi che il Parlamento stesso potrebbe eliminare per conto proprio (tanto che, se non lo facesse, sarebbe possibile un intervento presidenziale in sede di promulgazione)²⁴.

Vediamo, dunque, quali sono le indicazioni che possiamo trarre dalla disciplina e dalla logica della decretazione d’urgenza.

3.- *L’emanazione presidenziale nel contesto della disciplina costituzionale della decretazione d’urgenza.*

Qualunque potere presidenziale di controllo dei decreti-legge in sede di emanazione sembra escluso dalla previsione, dell’art. 77 Cost., che il Governo adotta tali atti “*sotto la sua responsabilità*”. Il monopolio della responsabilità in favore del Governo parrebbe implicare il monopolio del potere, escludendo – specularmente – potere e responsabilità del capo dello Stato. Questa ricostruzione (che – pure – potrebbe anche sembrare, a un primo sguardo, ben fondata) è, però, eccessivamente semplicistica.

E’ addirittura banale, infatti, osservare che il Governo ha il monopolio della responsabilità e del potere nella *adozione* dei decreti-legge, e cioè nella decisione politica sul se e come intervenire con la decretazione d’urgenza. Cosa diversa, però, è la loro *emanazione*. L’emanazione è atto presidenziale (e, come detto, si manifesta pel tramite dell’atto presidenziale tipico, e cioè di un decreto), sicché presidenziale è e deve essere (ovviamente, nei limiti desumibili dagli artt. 89 e 90

²² In effetti, la dottrina ha sovente affrontato la questione del potere di autorizzazione applicando i medesimi paradigmi che l’avevano guidata (specialmente quello dell’applicabilità analogica dell’art. 74 Cost.) nella ricostruzione dei poteri di promulgazione e di emanazione. V., sul punto, le indicazioni di G. GUIGLIA, *L’autorizzazione*, cit., 42 sgg.

²³ S. STAMMATI, *Breve nota sui problemi costituzionali suscitati dal caso Englaro*, in www.astrid.eu, alla pagina web <http://www.astrid-online.it/FORUM--Il-/>, 6. In senso contrario, e per l’affermazione della contraddizione in cui sarebbe incorso il capo dello Stato, A. RUGGERI, *Il caso Englaro e il controllo contestato*, ivi, 3; L. PEDULLÀ, *Perché il Capo dello Stato avrebbe dovuto firmare*, cit., 6.

²⁴ Se così non fosse, se - cioè - il Presidente davvero potesse e dovesse negare l’autorizzazione alla presentazione dei disegni di legge governativi in tutti i casi di contrasto con i principi fondamentali della Costituzione (come vuole A. RUGGERI, *Op. cit.*, 5), assisteremmo ad un aggiramento dei limiti del diniego assoluto di promulgazione fissati dal combinato disposto degli artt. 74 e 90 Cost., ottenendo il Presidente il risultato di bloccare del tutto la produzione legislativa parlamentare già in anticipo e ben al di là dei limiti in questione. Oppure, assisteremmo ad una vera e propria farsa, ben potendo il Governo far presentare il medesimo progetto di legge da un parlamentare della maggioranza, che non ha bisogno di alcuna autorizzazione presidenziale per esercitare, ai sensi dell’art. 71 Cost., il diritto di iniziativa.

Cost.) anche la responsabilità che l’accompagna²⁵. E poiché, come è presupposto proprio dai sostenitori della tesi qui contestata, alla responsabilità si accompagna il potere, è appunto nell’esercizio di questo potere che il capo dello Stato può decidere quale atteggiamento tenere nei confronti dell’atto che gli si chiede di emanare.

Questo non significa, è bene ribadire, che l’emanazione consenta al capo dello Stato la compartecipazione sostanziale e di merito al decreto-legge, quasi ch’esso fosse un atto complesso. Questa tesi, è noto, è stata prospettata da Ballardore Pallieri, secondo il quale proprio per il tramite dell’emanazione sarebbe assicurata “una partecipazione del Capo dello Stato alla formazione medesima dell’atto”²⁶, e da Sandulli, il quale ha sostenuto che la stessa promulgazione manifesterebbe il “consenso” del Presidente della Repubblica²⁷ all’atto legislativo. Non appare, tuttavia, una tesi convincente.

Certo, non si può trascurare l’osservazione, acutamente proposta proprio da Sandulli, che negli atti firmati dal capo dello Stato e controfirmati dal Governo vi è una pari efficacia formale della manifestazione della volontà del primo, ciò che determina l’equiordinazione (formale) della volontà del Presidente a quella del Governo, esternata attraverso la controfirma di quegli stessi atti. L’intervento del Presidente, infatti, è “necessario ed efficiente” quanto quello del Governo medesimo, sicché non v’è spazio per una concezione meramente decorativa dell’intervento presidenziale nelle funzioni amministrative e politiche spettanti all’Esecutivo²⁸. Presidente e Governo sono “compartecipi pariordinati della potestà” che esercitano²⁹, perché questo è esattamente ciò che logicamente consegue alla pari efficacia formale delle loro manifestazioni di volontà. Ne viene che nella classificazione degli atti presidenziali la soluzione - diciamo così - standard dovrebbe essere quella della loro natura di atti *complessi* anche nella *sostanza*, a meno che non sia altrimenti dimostrabile la loro natura di atti “ministeriali” ovvero “propriamente presidenziali”. La dottrina della monofunzionalità della controfirma³⁰, a mio avviso, è opinabile, ma solo robuste e documentate ragioni di sistema possono far escludere che la sequenza firma presidenziale / controfirma ministeriale esprima una sostanziale collaborazione *di volontà* dei due

²⁵ Anche la dottrina che, nella ricostruzione dei limiti del potere presidenziale di (non) emanazione sottolinea l’importanza della previsione dell’esclusiva responsabilità governativa nell’adozione del decreto-legge (V. DI CIULO, *Questioni in tema di decreti-legge*, I, Milano, Giuffrè, 1970, 51) non può non riconoscere che l’emanazione è attività propria del capo dello Stato, che di questi coinvolge la responsabilità (*ivi*, 52).

²⁶ G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto costituzionale*, 11^a ed., Milano, Giuffrè, 1976, 209.

²⁷ A.M. SANDULLI, *Il Presidente della Repubblica e la funzione amministrativa*, in *Scritti in onore di Francesco Carnelutti*, Padova, Cedam, 1950, IV, 217 sgg., ora in *Scritti giuridici*, Napoli, Jovene, 1990, I, 239.

²⁸ *Il Presidente della Repubblica*, cit., 232.

²⁹ *Il Presidente della Repubblica*, cit., 239.

³⁰ Sostenuta, come è ben noto, in particolare da C. ESPOSITO, *Controfirma ministeriale*, in *Enc. dir.*, vol. X, Milano, Giuffrè, 1962, 285 sg.

organi.

Si deve ricordare, tuttavia, che lo stesso Sandulli distingueva accuratamente, negli atti a fattispecie complessa, l’atto *determinante* (del contenuto dell’atto) e quello *costitutivo* (del venire in essere dell’effetto)³¹ e che l’intervento del capo dello Stato negli atti del potere esecutivo era interpretato come un “intervento di forza operante pari a quella dell’azione del Governo sulla quale viene a esercitarsi”, ma “privo di ogni forza determinante” perché, “essendo il Presidente sprovvisto di un potere di iniziativa, la forza di determinare il contenuto del provvedimento appartiene esclusivamente al Governo”, mentre la funzione dell’intervento del capo dello Stato “consiste nel consentire che soltanto l’azione governativa in conformità con le leggi della Repubblica e con l’interesse della Nazione venga portata a effetto”³².

Precisati, dunque, quali sono i veri (e non sempre puntualmente ricordati) confini di questa posizione, è comunque agevole rilevare come non sia dubbio che di ragioni robuste e documentate per escludere che il decreto-legge sia un atto complesso ce ne sono parecchie. Come interpretare diversamente l’assenza di qualunque previsione costituzionale che affidi al capo dello Stato anche una minima frazione dell’indirizzo politico, mentre tutto il contrario avviene per il Governo (art. 95 Cost.)? Come interpretare il monopolio del Governo³³ quanto alla delegabilità dell’esercizio della funzione legislativa (art. 76)? Come non tenere presente che il Presidente è del tutto estraneo al sub-procedimento che conduce all’approvazione del testo del decreto da parte del Consiglio dei Ministri³⁴? Come non considerare il dato storico, che ha visto i Costituenti optare con chiarezza per una forma di governo parlamentare che affidasse il circuito della politica al raccordo Parlamento-Governo, tenendone fuori il capo dello Stato (non il *fainéant* sul quale ironizzava Vittorio Emanuele Orlando, certo, ma nemmeno il protagonista della scena politica)³⁵?

4.- *Di quali siano i possibili ostacoli all’emanazione e di quali siano le possibili reazioni del capo dello Stato alla loro sussistenza.*

Se nessun automatismo connota l’emanazione, si aprono, a questo punto, due ordini di problemi: cosa può ostacolare l’emanazione; quali sono le conseguenze della sussistenza di tali ostacoli.

Si tratta, è evidente, di due problemi strettamente connessi, visto che la diversità dell’ostacolo

³¹ A. M. SANDULLI, *In tema di provvedimenti ministeriali su delibera del consiglio dei ministri*, in *Giur. compl. Corte Supr. di Cass. Sez. civ.*, 1949, I, 894 sgg., ora in *Scritti giuridici*, cit., 96 sg.

³² A.M. SANDULLI, *Il Presidente della Repubblica*, cit., 240.

³³ Inteso, ovviamente, in senso proprio, per come definito dall’art. 92 Cost.: E. CHELI, *Deliberazione, emanazione, pubblicazione*, cit., 1015.

³⁴ A. PIZZORUSSO, *I controlli sul decreto-legge*, cit., 306. Altra questione, ovviamente, è quella dell’ambito di “negoiazione” tra Presidente e Governo che si apre proprio in sede di emanazione. Di questo si dirà più avanti, quando si farà cenno al tema della c. d. *moral suasion*.

³⁵ Per Orlando, come è noto, il capo dello Stato avrebbe fatalmente maturato la pretesa a non restare estraneo agli atti legislativi, a meno che - appunto - non fosse un *fainéant* (*Atti Ass. Cost.*, seduta del 23 ottobre 1947, 1478).

può determinare anche la diversità della reazione del Presidente della Repubblica (che può essere più o meno netta e radicale a seconda dell’altezza del primo). Pur essendo meritevoli di una trattazione congiunta, tuttavia, è bene sin d’ora precisare, quanto al secondo, che è possibile ipotizzare almeno questi ordini di reazioni del capo dello Stato di fronte al testo del decreto trasmesso dal Governo (e fermo restando che - come la stessa prassi indica - il Presidente può anche anticipare il Governo e formulare rilievi o richieste di chiarimenti sulle semplici intenzioni del Governo, di cui sia venuto a conoscenza)³⁶: a) il rinvio del decreto-legge al Governo, per sollecitare una nuova determinazione che elimini l’ostacolo ravvisato dal Presidente. Il rinvio, a sua volta, potrebbe preludere: a1) al definitivo rifiuto di emanare, nell’ipotesi in cui il Governo non abbia eliminato l’ostacolo; a2) all’emanazione obbligata, ove si ritengano applicabili le stesse regole dell’art. 74 Cost.; b) il rifiuto immediato e assoluto di emanare; c) la mera segnalazione informale al Governo dell’esistenza di perplessità, che, a sua volta, nell’ipotesi di insistenza dell’Esecutivo sul testo contestato dal capo dello Stato, può: c1) preludere ad un rinvio formale; c2) restare fine a se stessa, qualora si ritenga non esercitabile un potere di rinvio o - a maggior ragione - di rifiuto di emanazione.

Non menziono, tra le possibili reazioni del capo dello Stato al decreto-legge ch’egli ritenga censurabile, le dimissioni. Anche se una parte della dottrina vi ha fatto cenno³⁷, mi sembra che sia tutto sommato inutile tenerne specifico conto, visto che la minaccia delle dimissioni è sempre nelle mani di qualunque titolare di una carica costituzionale (o semplicemente pubblica), quale strumento di pressione o di realizzazione, per altre vie, dei propri obiettivi.

Tralascerei senz’altro anche l’ipotesi segnalata *sub c)*. Anzitutto, perché la facoltà del Presidente di segnalare informalmente dei problemi al Governo (nell’esercizio di quelli che, con formula alquanto abusata, vengono chiamati poteri di *moral suasion*) non sembra contestabile (e, del resto, è prassi assolutamente consolidata). In secondo luogo, perché l’ipotesi che, nonostante l’insistenza del Governo, alla segnalazione possa - anzi debba - non conseguire alcun atto formale, non sembra convincente. Certo, è stato sostenuto che il Presidente della Repubblica sarebbe una “magistratura d’influenza”, che quindi avrebbe un “ampio potere di persuasione” esplicantesi “in una serie di attività, per lo più informali, dirette a far conoscere le proprie valutazioni al Governo circa la legittimità e l’opportunità (anche politica) di adottare o di non adottare un determinato

³⁶ Sul punto, la dottrina è praticamente unanime. Cfr., da ultimo, G. CAPORALI, *Il Presidente della Repubblica*, cit., 144.

³⁷ Ricordo, in particolare, A. PIZZORUSSO, *I controlli sul decreto-legge*, cit.; G. CAPORALI, *Il Presidente della Repubblica*, cit., 88.

provvedimento”³⁸. Ma questa tesi non spiega cosa accada se la persuasione non funziona e sembra idonea a governare la fisiologia, non le patologie del sistema.

Qualche considerazione supplementare, semmai, si deve spendere per il riconoscimento al Presidente della Repubblica del potere di rinvio dei decreti-legge. Una volta che si sia respinta la prospettiva dell’applicabilità analogica dell’art. 74 Cost., infatti, parrebbe venir meno anche il potere di rinvio, che è previsto per la promulgazione, ma non per l’emanazione. Credo, però, che il dubbio non abbia ragione d’essere. Anzitutto, perché - come segnalato dalla dottrina più risalente - l’alternativa tra l’assenza di qualunque potere presidenziale in sede di emanazione e il riconoscimento del solo potere di diniego assoluto di emanazione è troppo secca per essere logica. In secondo luogo, perché, come osservato di recente, lo stesso principio di leale collaborazione sollecita l’applicabilità del meccanismo (dialogico) del rinvio³⁹. Da ultimo - ma mi sembra il rilievo più importante - nessuno può negare che il Presidente possa prendere contatti informali con il Governo, anche per segnalare i propri dubbi o il proprio dissenso. Né si può negare l’assenza di termini perentori per l’emanazione, sicché ben potrebbe il Presidente restare in attesa di un riscontro alle proprie informali sollecitazioni⁴⁰. E, francamente, qualora ciò avvenisse, non si comprende quale mai differenza vi sarebbe - se non nominalistica e forse limitata ai soli profili pubblicitari⁴¹ - con quella di un formale rinvio.

Ora, precisato tutto questo in ordine alle possibili modalità della reazione presidenziale, occorre subito dire che, quanto alla sostanza del controllo esercitato dal Presidente in sede di emanazione, abbiamo una significativa (ancorché sovente trascurata) indicazione nella giurisprudenza costituzionale.

La sent. n. 406 del 1989, infatti, pronunciandosi sulla soppressione del visto della Corte dei conti sugli atti con forza di legge, ha affermato che fra i controlli su tali atti deve essere “*annoverato anche quello spettante al Presidente della Repubblica in sede di emanazione degli atti del Governo aventi valore di legge ai sensi dell’art. 87, quinto comma, della Costituzione, che è ritenuto di intensità almeno pari a quello spettante allo stesso Presidente sulle leggi ai sensi dell’art. 87, terzo*

³⁸ Così (ma - se bene interpreto - in forma dubitativa, che non esclude l’ipotesi del rinvio) F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto amministrativo*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. Santaniello, Padova, Cedam, 2004, 158; F. SORRENTINO - G. CAPORALI, *Legge (atti con forza di)*, in *Digesto*, IV Ed., *Discipline pubblicistiche*, vol. IX, Torino, UTET, 1994, 117.

³⁹ A. RUGGERI, *Il caso Englaro e il controllo contestato*, cit., 3.

⁴⁰ Questa strategia, anzi, era addirittura suggerita come prassi normale da V. DI CIOLO, *Questioni in tema di decreti-legge*, cit., 53.

⁴¹ Anche questo, del resto, è dubbio, poiché non è pacifico che il rinvio del decreto-legge debba necessariamente essere accompagnato da un messaggio scritto, né che questo debba essere necessariamente pubblicizzato (per questa osservazione, A. PIZZORUSSO, *I controlli sul decreto-legge*, cit., 307; v. anche quanto si dirà più avanti, alla fine del par. 6).

comma, della Costituzione”. Come si vede, la Corte non ha preso posizione sulla questione dell’applicabilità analogica delle regole sulla promulgazione al controllo in sede di emanazione. Ha, però, sostenuto che il secondo deve avere una “intensità” *almeno* “pari” al primo. Ha lasciato aperta la porta, dunque, non solo per l’equiparazione del potere di emanazione a quello di promulgazione, ma anche per l’identificazione di margini ancora più ampi per il suo esercizio.

In dottrina, per converso, non vi è unità di opinione.

Si può subito dire che non sembrano esserci molti dubbi sul fatto che il capo dello Stato possa rifiutarsi definitivamente di emanare (non importa qui dire, ribadisco, se direttamente o solo a seguito di un rinvio) qualora il decreto-legge sia carente dei “requisiti essenziali alla sua perfezione”⁴², ovvero nella “ipotesi di un’assoluta incertezza sulla natura dell’atto per mancanza dei requisiti di riconoscibilità”⁴³. Qui, in effetti, si dovrebbero applicare i comuni principi in materia di *autoqualificazione* e di *apparenza*: non basta che un atto (sottoposto al capo dello Stato) si autoqualifichi decreto-legge perché lo sia veramente; non basta che un atto appaia come decreto-legge perché sia - appunto - tale. Poiché il Presidente della Repubblica è chiamato ad emanare decreti-legge, ne consegue che non può e non deve emanare ciò che (al di là del nome o dell’apparenza) decreto-legge non sia. Del resto, è vero che “nel potere di emanare o di firmare questa o quella specie di decreti è implicito il potere di subordinarne l’emanazione o la firma alla ricorrenza di determinate condizioni”⁴⁴, sicché non sembra davvero possibile nutrire dubbi su questa prima conclusione.

Vicina a questa concettualmente, ma assai diversa dal punto di vista della sua pratica operatività, è l’ipotesi del rifiuto di emanazione per “assoluta inesistenza” dei presupposti di necessità e di urgenza⁴⁵, che, a ben vedere, prospetta un caso di incompetenza del Governo (che può adottare i decreti-legge solo in presenza di quei presupposti)⁴⁶. In astratto, appunto, il vizio di incompetenza dovrebbe essere agevolmente rilevato (si può e si deve emanare solo se si è di fronte ad un decreto “del Governo”, non di fronte ad un atto che al Governo non potrebbe essere imputabile), ma nella pratica la reazione del capo dello Stato dovrebbe essere assai prudente, considerato l’elemento di

⁴² Così G. VIESTI, *Il decreto-legge*, cit., 139; V. DI CIOLO, *Questioni in tema di decreti-legge*, cit., 52; S.M. CICONETTI, *Decreti-legge*, cit., 560; G.F. CIAURRO, *Decreto-legge*, in *Enc. giur.*, vol. X, Roma, Istituto dell’Enciclopedia Italiana, 1988, 7; V. LIPPOLIS, *Presidente della Repubblica e controllo in sede di emanazione dei decreti-legge*, in *Quad. cost.*, 1989, 538; G. CAPORALI, *Il Presidente della Repubblica*, cit., 154; L. PEDULLÀ, *Perché il Capo dello Stato avrebbe dovuto firmare*, cit., 6.

⁴³ Così F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto amministrativo*, cit., 157.

⁴⁴ Così L. PALADIN, *Presidente della Repubblica*, cit., 215.

⁴⁵ C. MORTATI, *Istituzioni*, cit., II, 705; A. BALDASSARRE, *Il capo dello Stato*, in *Manuale di diritto pubblico*, II, *L’organizzazione costituzionale*, a cura di G. Amato - A. Barbera, Bologna, il Mulino, 5^a ed., 1997, 238 (che aggiunge anche l’ipotesi del rinvio del decreto-legge nell’ipotesi della riproposizione di altro già bocciato dalle Camere).

⁴⁶ Analogamente, G. CAPORALI, *Il Presidente della Repubblica*, cit., 118; 154.

politicità comunemente (anche se - come ricorda la giurisprudenza costituzionale - non sempre) insito nell’apprezzamento della necessità e dell’urgenza.

Diffusa è anche l’opinione che - essendo l’emanazione un atto del Presidente, che ne implica la responsabilità - il capo dello Stato possa rifiutarsi di emanare quando, agendo diversamente, si esporrebbe alla responsabilità prevista dall’art. 90 Cost. nelle ipotesi di altro tradimento e di attentato alla Costituzione⁴⁷.

Vi è, poi, chi afferma che l’emanazione potrebbe non conseguire all’adozione “per gravissime cause d’illegittimità”⁴⁸, o anche, semplicemente, all’esito negativo del controllo “in merito alla sussistenza dei requisiti di legittimità”⁴⁹ o, addirittura, anche semplicemente di merito⁵⁰. Nel primo caso, però, la dottrina che sostiene queste posizioni ammette che il Presidente possa opporre un rifiuto definitivo, mentre nel secondo esclude che si possa andare oltre un rinvio, dovendo il Presidente cedere di fronte all’insistenza del Governo.

Ora, a mio parere, se seguiamo il metodo - già indicato - della considerazione della logica specifica della decretazione di urgenza, la soluzione da preferire appare piuttosto semplice.

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

⁴⁷ C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, cit., 856 (con la precisazione del dovere del Presidente di informare le Camere, con apposito messaggio, del grave vizio del decreto); V. DI CIOLO, *Questioni in tema di decreti-legge*, loc. cit.; G. VIESTI, *Il decreto-legge*, cit., 139; S.M. CICCONE, *Decreti-legge*, cit., 561; G.U. RESCIGNO, *Articolo 87*, cit., 208; L. PALADIN, *Presidente della Repubblica*, cit., 217; C. MORTATI, *Istituzioni*, cit., II, 705; V. LIPPOLIS, *Presidente della Repubblica*, cit., 538 sg.; A. BALDASSARRE, *Il capo dello Stato*, loc. cit.; G. CAPORALI, *Il Presidente della Repubblica*, cit., 154; L. PEDULLÀ, *Perché il Capo dello Stato avrebbe dovuto firmare*, cit., 5. Mi sembra che la tesi, pur “avanzata in termini necessariamente dubitativi” dallo stesso G. CAPORALI, *Il Presidente della Repubblica*, cit., 132 sg., che il Presidente della Repubblica possa opporre un rifiuto definitivo di emanazione ai decreti-legge che siano indebitamente anticipatori dello stato di guerra si possa inserire in questo filone (ravvisandosi, a mio avviso, in quel caso, l’ipotesi dell’alto tradimento e dell’attentato alla Costituzione).

⁴⁸ L. PALADIN, *Articolo 77*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, *Il Presidente della Repubblica*, Bologna-Roma, Zanichelli – Il Foro Italiano, 1979, 70.

Della possibilità per il capo dello Stato di opporre il veto (anche assoluto) a decreti-legge non semplicemente incostituzionali, ma anticostituzionali, A. SPADARO, *Prime considerazioni sul Presidente della Repubblica quale garante preventivo della Costituzione ed eventuale parte passiva in un conflitto per interposto potere*, in *Pol. dir.*, 1993, 222.

⁴⁹ M. FIORILLO, *Il capo dello Stato*, Roma - Bari, Laterza, 2002, 51.

⁵⁰ E’, questa, la già ricordata (ancorché differenziata) posizione di Balladore Pallieri e di Sandulli. V. anche la peculiare posizione di G. GUARINO, *Il Presidente della Repubblica Italiana (Note preliminari)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, 903 sgg., ora in *Dalla Costituzione all’Unione europea (Del fare diritto per cinquant’anni)*, Napoli, Jovene, 1994, I, 353, il quale configura il controllo presidenziale in sede di promulgazione come “controllo di merito a carattere consultivo”, mentre, a proposito dei poteri in sede di emanazione dei decreti-legge, afferma che la partecipazione del Presidente “si riduce ad un ruolo del tutto secondario”.

effettivamente *pro tempore*, essendo destinati a svanire per la mancata conversione (o a consolidarsi, ma solo grazie alla conversione in legge), gli effetti di fatto costituiscono un dato - appunto - di fatto e possono anche essere irreversibili: l’art. 77 Cost. congegnava una splendida macchina del tempo, ma è nel tempo del diritto ch’essa sa viaggiare, non in quello della vita reale delle persone⁵¹. Il tutto, senza contare che, come esattamente segnalato da Cheli, il controllo presidenziale sul decreto-legge deve essere particolarmente incisivo anche perché agisce su una forma di produzione normativa svincolata da qualunque controllo dell’opposizione parlamentare e dell’opinione pubblica⁵².

Questi ben noti tratti caratteristici del decreto-legge, in una con l’esiguità dei termini (è evidente la difficoltà di un intervento della Corte costituzionale nei sessanta giorni antecedenti l’eventuale conversione), rendono il controllo presidenziale esercitato in sede di emanazione l’unico controllo efficace sino all’intervento parlamentare in sede di conversione. Anche a condividere l’opinione, ad esempio, di Paladin, secondo la quale le *rationes* di un eventuale controllo negativo da parte del Presidente dovrebbero essere meno incisive di quelle invocabili per il rinvio delle leggi⁵³, quel che conta è che, comunque, la casistica del veto assoluto deve essere più ampia di quella tradizionalmente ipotizzata in sede di promulgazione. Proprio l’assolutezza del veto, infatti, costituisce il solo rimedio ad una distorsione del monopolio parlamentare della funzione legislativa voluto dall’art. 70 Cost. e impedisce 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 il Presidente della Repubblica può esercitare in sede di emanazione poteri tipologicamente più forti di quelli che la Costituzione gli conferisce in sede di promulgazione, pertanto, non lo si deve al silenzio dell’art. 87⁵⁴ bensì 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.

In definitiva, mi sembra si possa dire questo: il rispetto delle esigenze di necessità e di urgenza sottese al decreto-legge⁵⁵ suggerisce di limitare il veto presidenziale ai soli casi di evidente

⁵¹ E’ condivisibile, pertanto, l’affermazione di R. ROMBOLI, *Il controllo presidenziale e quello della Corte costituzionale: qualche osservazione in merito al rifiuto di emanazione del decreto-legge per il caso Englaro*, in www.astrid.eu, alla pagina web <http://www.astrid-online.it/FORUM--II/>, 2: “solo il Presidente ha la possibilità di una verifica preventiva e tale quindi, almeno nei casi di decreti aventi un contenuto eversivo, da impedire l’entrata in vigore del decreto ed il determinarsi di effetti irreversibili anche nei riguardi di diritti fondamentali della persona”.

⁵² E. CHELI, *Deliberazione, emanazione, pubblicazione*, cit., 1014.

⁵³ L. PALADIN, *Presidente della Repubblica*, cit. 217.

⁵⁴ Che andrebbe interpretato, secondo alcuni, come legittimante - appunto - tali poteri: E. CHELI, *Deliberazione, emanazione, pubblicazione*, cit., 1013 sg.

⁵⁵ Che sono, poi, quelle che hanno spinto i Costituenti a conferire a questo atto la forza della legge, rendendolo fungibile con la legge in senso proprio. A tal proposito, tranne casi specifici di insostituibilità della legge con il decreto-

incostituzionalità e a quelli di sospetta violazione dei principi fondamentali della Costituzione (oltre che, ovviamente, alla fattispecie, tipica del solo decreto-legge ed estranea alla legge, della carenza dei presupposti di necessità e di urgenza). Suggestiscono anche, però, di estendere il raggio del veto assoluto ben oltre il limite (dell’inesistenza dell’atto e del coinvolgimento delle responsabilità penali presidenziali) comunemente tracciato a questa ipotesi in sede di promulgazione. Un sindacato in sede di emanazione, insomma, quantitativamente meno esteso, ma qualitativamente più incisivo di quello esercitabile in sede di promulgazione.

5.- *Qualche cenno alla prassi.*

Nella lettera che il Presidente della Repubblica ha indirizzato al Presidente del Consiglio in occasione del caso E. si mette fortemente l’accento sulla prassi dei predecessori dell’attuale capo dello Stato, affermando che “il potere del Presidente della Repubblica di rifiutare la sottoscrizione di provvedimenti di urgenza manifestamente privi dei requisiti di straordinaria necessità e urgenza previsti dall’art. 77 della Costituzione o per altro verso manifestamente lesivi di norme e principi costituzionali discende dalla natura della funzione di garanzia istituzionale che la Costituzione assegna al Capo dello Stato ed è confermata da più precedenti consistenti sia in formali dinieghi di emanazione di decreti-legge sia in espresse dichiarazioni di principio” dei precedenti capi dello Stato.

Nonostante questa autorevole presa di posizione, preferisco dire ben poco della prassi, e questo almeno per due ragioni. La prima è che, come ho avuto modo di osservare in altra occasione⁵⁶, la diffusa prospettiva di analisi delle norme costituzionali sul capo dello Stato attraverso la prassi dovrebbe essere rovesciata, dovendosi - invece - valutare la prassi in ragione delle norme costituzionali, con la conseguenza che una prassi contraria a quelle norme non basta a legittimare il comportamento che le sia conforme. La seconda è che le più note indagini della dottrina sulla specifica prassi in materia di emanazione dei decreti-legge dimostrano la grande difficoltà di ricostruirla, vuoi a causa della notevole riservatezza che in genere l’ha caratterizzata, vuoi a causa di un certo difetto di chiarezza dei dati a nostra disposizione, che sovente non sono in grado di dirci con certezza se ci troviamo di fronte ad un caso di veto sospensivo o ad uno di veto assoluto⁵⁷.

legge, non sembra sostenibile la tesi che le materie coperte da riserva di legge non possano essere disciplinate da alcun atto normativo governativo, ivi compresi i decreti-legge (L. CARLASSARE, *Le fonti del diritto nel rapporto Governo-Parlamento: il decreto-legge*, in AA. VV., *Le fonti del diritto, oggi. Giornate di studio in onore di Alessandro Pizzorusso*, 166 sg.). Se così fosse, infatti, visto il numero e la qualità delle riserve di legge previste in Costituzione, l’art. 77 avrebbe davvero poco senso.

⁵⁶ *Introduzione. Il Presidente della Repubblica: oltre la funzione di garanzia della Costituzione*, in *Il Presidente della Repubblica*, a cura di M. Luciani e M. Volpi, Bologna, Il Mulino, 1997, 11.

⁵⁷ V. LIPPOLIS, *Presidente della Repubblica*, cit., 534 sgg.; G. CAPORALI, *Il Presidente della Repubblica*, cit., spec. 139 sgg.

In effetti, il primo caso di pubblica notizia della mancata emanazione di un atto con forza di legge risale, come ha notato la dottrina⁵⁸, al 1980, allorché il Presidente Pertini non emanò un decreto-legge che modificava le regole sulla verifica delle sottoscrizioni delle richieste di *referendum* proprio nell’imminenza della conclusione delle operazioni di raccolta delle sottoscrizioni necessarie per la consultazione referendaria. Nondimeno, l’interpretazione tutt’altro che formale del ruolo presidenziale in sede di emanazione degli atti con forza di legge e la prassi dei contatti informali con il Governo sono cose risalenti, come dimostrano anche i ricordi di Einaudi⁵⁹. Se, però, i dati in nostro possesso confermano l’esistenza non solo di una semplice prassi, ma addirittura di una vera e propria consuetudine costituzionale quanto all’esercitabilità di un controllo in sede di emanazione, anche tramite apposito rinvio⁶⁰, non mi sembra che (almeno dalla documentazione accessibile agli studiosi) un’analogia, stabile, consuetudine sia attestata senza ombra di dubbio quanto alla possibilità di un veto assoluto e non solo sospensivo. Questo, ripeto, per l’incompletezza e la solo relativa affidabilità dei dati in nostro possesso.

Se questo è vero, però, non è meno vero che è ancor meno attestata una prassi in senso contrario, e - soprattutto - non è meno vero che l’interpretazione delle norme costituzionali che sopra si è proposta non ha affatto bisogno del conforto della prassi per dimostrare la propria fondatezza.

6.- *Lo specifico del caso E.*

Se, adesso, applichiamo le conclusioni ora raggiunte allo specifico del caso E., mi sembra che le cose siano meno complesse di quanto possa apparire a prima vista⁶¹.

Le questioni essenziali messe sul tappeto dal Presidente della Repubblica erano sostanzialmente tre: il carattere “inappropriato” del decreto del Governo; l’assenza della necessità e dell’urgenza; la violazione delle prerogative della giurisdizione e del principio (supremo)⁶² di separazione dei

⁵⁸ Cfr. G. CAPORALI, *Il Presidente della Repubblica*, cit., 69.

⁵⁹ L. EINAUDI, *Lo scrittoio del Presidente*, Torino, Einaudi, 1956, 435 sgg. L’episodio ricordato nel passaggio ora citato riguardava, però, l’emanazione di *decreti legislativi* (precisamente, di quelli attuativi della delega conferita con la l. 28 dicembre 1952, n. 3060, recante “Delega al Governo della facoltà di provvedere alla riforma degli ordinamenti delle professioni di esercente in economia e commercio e di ragioniere”), non l’emanazione di un decreto-legge.

⁶⁰ Così G. CAPORALI, *Il Presidente della Repubblica*, cit., 153.

⁶¹ Questo è stato anche il convincimento di alcuni dei più attenti commentatori della vicenda in sede giornalistica: v., in particolare, M. VILLONE, *Cinque risposte dalla Costituzione*, ne “Il Riformista” del 7 febbraio 2009. Incidentalmente: meno complicato di quanto non sia parso a qualcuno era anche il problema sostanziale sotteso al caso E.: i soli (ancorché delicatissimi) problemi di diritto, infatti, erano quelli delle modalità di manifestazione e delle modalità di accertamento del consenso, visto che altre questioni (la nozione di “trattamento sanitario”; l’esistenza di un diritto a non farsi curare, anche compromettendo la propria esistenza in vita) avevano già trovato precise risposte in giurisprudenza.

⁶² Come opportunamente ricorda, proprio in riferimento al caso E., U. ALLEGRETTI, *Un rifiuto presidenziale ben fondato*, in www.astrid.eu, alla pagina web <http://www.astrid-online.it/FORUM--II-/>, 3. V. anche G. AZZARITI, *Un inquietante schiaffo al Presidente della Repubblica*, ne “Il Manifesto” del 6 febbraio 2009.

poteri⁶³.

Il profilo relativo al carattere non appropriato del decreto sembra stare, per la lettera presidenziale, oltre i confini della legittimità e nel campo del merito costituzionale. Non pare, infatti, che il capo dello Stato abbia inteso seguire la rigorosa dottrina che ritiene riservata alla legislazione propriamente parlamentare la determinazione di alcune scelte “fondamentali” e “di principio”, sottratte - invece - agli atti con forza di legge⁶⁴: la critica mossa al Governo, sembra mostrarlo la stessa terminologia utilizzata, si appunta più su un difetto di correttezza della scelta di ricorrere alla decretazione d’urgenza quando è in corso una serrata discussione parlamentare sui medesimi temi che ne sono oggetto, che non sulla violazione di specifici precetti costituzionali. Solo le altre due questioni, pertanto, si collocano sul terreno specifico della legittimità costituzionale.

Quanto al primo punto, alcuni critici dell’operato del Presidente Napolitano hanno mostrato sorpresa per l’affermazione della carenza dei presupposti previsti dall’art. 77 Cost., perché, a loro avviso, questo sarebbe stato un caso paradigmatico di una loro presenza, in quanto si trattava di salvare una vita umana. Chi sostiene queste posizioni, però, all’evidenza, ha equivocato il ragionamento del capo dello Stato (e nulla dico, visto il taglio di questo scritto, sulla divisibilità o meno dei presupposti etici e scientifici sui quali tali posizioni si fondano). Tale ragionamento, infatti, si muoveva tutto sul terreno delle esigenze generali del sistema, rispetto alle quali debbono essere normalmente misurati i presupposti costituzionali della decretazione d’urgenza. Molto esattamente il capo dello Stato ha constatato che, come dimostrava l’andamento dei lavori parlamentari in materia di fine vita, non esisteva alcuna necessità o urgenza ordinamentale di intervenire nei termini prospettati dal Governo. La drammaticità di un singolo caso, pertanto, non bastava a legittimare un decreto-legge che non sapeva radicarsi in più generali e comuni esigenze, ma che - ciononostante - conteneva precetti che andavano ben al di là del caso singolo che lo aveva sollecitato.

Non si trattava tanto, insomma, di stabilire se fosse o meno legittimo intervenire con un decreto-legge per far fronte all’urgenza di un caso singolo⁶⁵, quanto di stabilire se una disciplina generale e

⁶³ Meno rilevante, invece, e in qualche misura assorbita dalla questione dei presupposti, mi sembra la questione del rapporto Parlamento-Governo e legge-decreto (la cui adozione, in questa prospettiva, il capo dello Stato ha giudicato inopportuna). E’ bene ricordare, però, che la Corte costituzionale, con l’ord. n. 334 del 2008, aveva affermato che “*il Parlamento [e proprio il Parlamento] può in qualsiasi momento adottare una specifica normativa della materia, fondata su adeguati punti di equilibrio fra i fondamentali beni costituzionali coinvolti*”.

⁶⁴ Nel testo si allude alla posizione finemente argomentata da A.A. CERVATI, *Articolo 70*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, *La formazione delle leggi*, Bologna-Roma, Zanichelli – Il Foro Italiano, 1985, spec. 10 sgg. dell’estr

⁶⁵ In sede di primo commento giornalistico, ha sostenuto l’insufficienza dell’urgenza del caso singolo T. GROPPI, *Incostituzionale un decreto per il caso Eluana*, ne “L’Unità” del 6 febbraio 2009. V. anche C. SALAZAR, *Riflessioni sul “Caso Englaro”*, www.forumcostituzionale.it, 4. Nel senso, invece, che (in astratto, non in riferimento al caso E.) anche

astratta, quale indubbiamente era quella prevista dal Governo⁶⁶, ancorché sollecitata da un caso singolo, potesse trovare nella sollecitazione anche la legittimazione. Il capo dello Stato ha detto di no e - mi sembra addirittura ovvio - aveva perfettamente ragione.

Quanto alla questione delle prerogative della magistratura e del principio di separazione dei poteri, mi sembra che si tratti di quella realmente decisiva.

Premetto che non mi convince la tesi secondo la quale il decreto-legge concepito per il caso E. non avrebbe avuto effetti per il passato e non si sarebbe applicato proprio al caso E.⁶⁷. A mio avviso, infatti, oltre all’intenzione, era esplicita anche la lettera del decreto-legge, che fatalmente avrebbe determinato effetti per tutti i trattamenti di alimentazione e di idratazione artificiale *in corso*, ivi compreso, dunque, il caso E⁶⁸.

Se è così, il compito dell’interprete nel valutare l’operato del capo dello Stato è facilitato da una solida giurisprudenza costituzionale.

La Corte costituzionale, infatti, ha chiaramente imposto alle leggi che incidono nel passato il limite del giudicato. Come si legge nella sent. n. 282 del 2005 (l’ampia citazione, che segue, mi sembra indispensabile per chiarire i termini della questione), *“La riconosciuta natura effettivamente interpretativa di una legge non esclude che da essa possano derivare violazioni costituzionali. Invero, al di fuori della materia penale (dove il divieto di retroattività della legge è stato elevato a dignità costituzionale dall’art. 25 Cost.), l’emanazione di leggi con efficacia retroattiva da parte del legislatore incontra una serie di limiti che questa Corte ha da tempo individuato, e che attengono alla salvaguardia, tra l’altro, di fondamentali valori di civiltà giuridica posti a tutela dei destinatari della norma e dello stesso ordinamento, tra i quali vanno ricompresi il rispetto del principio*

l’urgenza del caso singolo legittimerebbe il ricorso al decreto-legge. A. SPADARO, *Può il Presidente della Repubblica rifiutarsi di emanare un decreto-legge? Le “ragioni” di Napolitano*, in www.forumcostituzionale.it, 5. Con concreto riferimento al caso E., S. SPINELLI, *Un nuovo conflitto costituzionale tra Presidente della Repubblica e Governo*, in www.forumcostituzionale.it, 1.

⁶⁶ Il capo dello Stato non ha contestato al decreto-legge di avere natura provvedimentale, ciò che, come è noto, comportando uno scrutinio stretto di costituzionalità, avrebbe probabilmente autorizzato anche il Presidente ad un controllo particolarmente penetrante. E bene - a mio avviso - ha fatto, perché, pur essendo stato sollecitato da un caso singolo e pur incidendo su quel caso, l’atto del Governo conteneva norme generali e astratte, applicabili a tutti i casi consimili. Era, insomma, un provvedimento nelle intenzioni, non nella sua sostanza normativa.

⁶⁷ In questo senso, A. RUGGERI, *Il caso Englaro e il controllo contestato*, cit., 4; A. PACE, *L’inutilità pratica della legge “per” Eluana*, in *“La Repubblica”* dell’11 febbraio 2009 (osservo che, a mio avviso, è piuttosto contraddittorio affermare che il decreto-legge in questione non si sarebbe applicato al caso E. e sostenere, allo stesso tempo, la correttezza della motivazione del mancato rinvio con la compromissione di un giudicato). Nel senso del testo, invece, S. STAMMATI, *Breve nota*, cit, 3.

⁶⁸ Così come l’intenzione del Governo, ribadisco, il testo del decreto non si prestava all’equivoco. Esso stabiliva, infatti, che *“In attesa dell’approvazione di una completa e organica disciplina legislativa in materia di fine vita l’alimentazione e l’idratazione, in quanto forme di sostegno vitale e fisiologicamente finalizzate ad alleviare le sofferenze, non possono in alcun caso essere rifiutate dai soggetti interessati o sospese da chi assiste soggetti non in grado di provvedere a se stessi”*, il che - mi sembra - disegnava prescrizioni “procedurali” pienamente applicabili, secondo i principi generali, ai casi di alimentazione e idratazione artificiale in corso, ivi compreso il caso E.

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 (da ultimo, [sentenze n. 376 del 2004](#), [n. 291 del 2003](#) e [n. 446 del 2002](#)). In particolare, al legislatore è precluso intervenire, con norme aventi portata retroattiva, «per annullare gli effetti del giudicato» ([sentenza n. 525 del 2000](#)): se vi fosse un’incidenza sul giudicato, la legge di interpretazione autentica non si limiterebbe a muovere, come ad essa è consentito, sul piano delle fonti normative, attraverso la precisazione della regola e del modello di decisione cui l’esercizio della potestà di giudicare deve attenersi, ma lederebbe i principi relativi ai rapporti tra potere legislativo e potere giurisdizionale le disposizioni relative alla tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi (cfr. [sentenze n. 374 del 2000](#) e [n. 15 del 1995](#))”. Nondimeno, prosegue sempre la riferita pronuncia, “Diversamente da quanto ritenuto dal giudice remittente, deve tuttavia escludersi che la portata retroattiva del denunciato art. 50, comma 4, della legge n. 388 del 2000 sia tale da riguardare e da porre nel nulla anche gli effetti di sentenze passate in giudicato basate su un’interpretazione in ordine alla vigenza del nono comma dell’art. 4 della legge n. 425 del 1984 difforme da quella ora imposta dal legislatore. La norma censurata contempla infatti la perdita di efficacia delle «decisioni di autorità giurisdizionali», quindi delle decisioni impugnate o impugnabili, non già delle decisioni irrevocabili o passate in giudicato. Il silenzio del legislatore deve ritenersi significativo di un’implicita salvezza del giudicato; ed in questa direzione orientano sia il canone interpretativo per cui, tra due possibili interpretazioni consentite dalla lettera di una disposizione, è corretta quella conforme alla (o non contrastante con la) Costituzione, sia i lavori preparatori della legge, dai quali emerge che, in sede di dibattito parlamentare (Atti parlamentari – Camera dei deputati, seduta del 22 dicembre 2000), fu escluso che la norma in corso di approvazione riguardasse anche le sentenze coperte dal giudicato”.

Come si vede, sia perché è in giuoco il principio di separazione dei poteri, sia perché altrimenti sarebbe travolto il consolidato diritto all’affidamento (sul quale v., da ultimo, la sent. n. 24 del 2009), il giudicato non può essere toccato. La giurisprudenza che ho ricordato riportandone ampi brani non si presta all’equivoco: ad essere precluse non sono soltanto le leggi che incidano frontalmente sul giudicato, stabilendo, ad esempio, che una certa sentenza passata in giudicato perde i suoi effetti. Questa è un’ipotesi puramente residuale e se la Corte avesse stabilito solo questo avrebbe detto, in realtà, ben poco. Quel che la Corte ha detto, invece, è molto di più (e di più praticamente significativo): sono illegittime tutte le leggi che “interferiscono” con il giudicato, che sul giudicato “incidono” o che del giudicato “annullano gli effetti”.

Ebbene, se è così, venendo al caso E., si deve ritenere sostanzialmente inutile la discussione sulla qualificabilità del decreto della Corte di appello di Milano come pronuncia “passata in giudicato”. Vi è, si sa, chi lo nega⁶⁹ e chi lo afferma⁷⁰. In realtà, quale che sia la soluzione da dare a questo interrogativo squisitamente processualcivilistico, a me sembra evidente che il giudicato con il quale il decreto-legge *interferiva* era comunque rappresentato dalla sentenza della Corte di cassazione in base alla quale il decreto della Corte di appello era stato adottato, e cioè dalla sent. Cass., Sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748 (oltre che dal giudicato interno ormai prodottosi, vincolante nel procedimento innanzi la stessa Corte di appello un funzione di giudice di rinvio)⁷¹. E anche la semplice interferenza con il giudicato, come si è visto, anche il semplice annullamento dei suoi effetti, sono preclusi al legislatore.

Il Presidente della Repubblica, pertanto, rifiutandosi di emanare il decreto sul caso E., si è tenuto ben entro i limiti costituzionali delle sue prerogative, opponendosi ad un intervento normativo d’urgenza che avrebbe comportato la palese violazione di alcuni fondamentali principi costituzionali, connessi ad uno dei pilastri fondativi dello Stato di diritto: la certezza.

Restano due ultime osservazioni, che non si possono non fare, sul modo in cui l’intera vicenda istituzionale si è dipanata.

La prima riguarda l’esercizio dei poteri di c.d. *moral suasion*. Si sa che i Presidenti, in vario modo, hanno interagito con i Governi per convincere e indirizzare, segnalando illegittimità o inopportunità (gravi) di alcuni intenti o di alcune azioni del Governo. Si tratta di un atteggiamento pienamente legittimo, che, tuttavia, non può giungere sino all’affermazione di una pretesa partecipativa del Presidente alla determinazione anche del *contenuto* degli atti “ministeriali” (ciononostante, come è noto, sono stati relativamente frequenti anche i casi di vera e propria negoziazione tra Presidente e Governo sul contenuto degli atti legislativi)⁷². Si tratta, anche, di

⁶⁹ N. ZANON, *Scelto il principio di precauzione*, in “Il Sole 24 Ore” del 7 febbraio 2009.

⁷⁰ A. PACE, *L’inutilità pratica della legge “per” Eluana*, cit., richiamando Cass., Sez. un., 8 settembre 1983, n. 5521.

⁷¹ Nessun dubbio, invero, sul fatto che si fosse formato il giudicato per il principio di diritto fissato dalla Corte di cassazione. E nessun dubbio nemmeno sul giudicato interno, visto che lo stesso decreto della Corte di appello di Milano del 9 luglio 2008 (par. 2) afferma espressamente l’esistenza di un “*giudicato interno sul carattere «irreversibile» dello stato vegetativo*”, già accertato (nella fase del reclamo avverso il precedente decreto negativo del Tribunale di Lecco) dal decreto della stessa Corte di appello di Milano del 15 novembre - 16 dicembre 2006, o comunque di un “*effetto preclusivo endoprocessuale di stabilità/immodificabilità del tutto equiparabile al giudicato*”. Sempre il decreto della Corte di appello di Milano, poi, afferma che nel procedimento faceva stato anche l’affermazione della Suprema Corte sulla natura di “*trattamento di natura medica*” dell’alimentazione e idratazione artificiale tramite sondino nasogastrico (par 3, *ad finem*). Un vincolo conseguente alla pronuncia della Corte di cassazione e alla mancata impugnazione - per questo profilo - del già menzionato decreto del 2006, infine, è stato ravvisato, da parte del giudice di rinvio, nella natura incontrovertita degli accertamenti di fatto esperiti tramite prove testimoniali, relativi alla personalità del paziente in stato vegetativo permanente dei cui diritti era causa (par. 4).

⁷² Critico su questa che è stata per un certo tempo una vera e propria prassi (ora cancellata dalla particolare forza parlamentare dell’attuale Esecutivo, che non teme lo scontro con il capo dello Stato), A. SIMONCINI, *Tendenze recenti*

un’arma a doppio taglio, perché il Presidente che abbia “persuasivo” non può essere, poi, il Presidente che “demolisce” (e abbiamo casi, anche recenti, in cui la demolizione sarebbe stata ben migliore della persuasione). Qui, il Presidente Napolitano non si è avvalso affatto di questa opportunità, ma ha fatto direttamente conoscere al Governo i gravi ostacoli che si opponevano all’intento di risolvere brutalmente il caso E. Nessuna pretesa compartecipativa, dunque, poteva essergli addebitata, né alcun rimprovero di ingerenza poteva essergli formulato.

La seconda riguarda gli aspetti pubblicitari della vicenda. La dottrina, da tempo, ha segnalato che nei rapporti tra capo dello Stato e Governo in ordine all’emanazione dei decreti-legge la riservatezza è assai opportuna, perché la pubblicità porterebbe ad “irrigidimenti delle rispettive posizioni”⁷³ e, anzi, potrebbe essere indebitamente usata per sollecitare il consenso e l’appoggio dell’opinione pubblica⁷⁴ in vicende che - invece - debbono rimanere interne al mondo delle istituzioni⁷⁵. La pubblicizzazione dello scontro, dunque, dovrebbe rimanere come *ultima ratio*, cui ricorrere quando proprio è impossibile farne a meno (ipotesi tipica, quella della proposizione di un conflitto di attribuzione da parte del Governo che si ritenga leso nelle proprie attribuzioni da un esercizio troppo incisivo dei poteri presidenziali)⁷⁶.

Le cose, stavolta, sono andate molto diversamente, per la precisa scelta del Governo di drammatizzare lo scontro e di trasferirlo sul terreno della comunicazione di massa. Le ragioni tattiche di questa scelta sono molto chiare. In una prospettiva strategica, però, c’è da chiedersi quali saranno i prezzi che, in termini di prestigio e di stabilità, le istituzioni saranno chiamate, prima o poi, a pagare⁷⁷.

della decretazione d’urgenza in Italia e linee per una nuova riflessione, in AA. VV., *L’emergenza infinita. La decretazione d’urgenza in Italia*, a cura dello stesso A., Macerata, eum, 2006, 44. Seri dubbi sul “Presidente co-legislatore” anche in V. LIPPOLIS, *Gli equilibri Colle-Governo*, ne “Il Mattino” del 17 febbraio 2009.

⁷³ V. LIPPOLIS, *Presidente della Repubblica*, cit., 542. Un richiamo all’opportunità della riservatezza è fatto, in ordine alla parzialmente diversa vicenda dell’autorizzazione presidenziale alla presentazione dei disegni di legge del Governo, da G. GUIGLIA, *L’autorizzazione*, cit., 42.

⁷⁴ L. PALADIN, *Presidente della Repubblica*, cit. 216.

⁷⁵ Meno convincente, dunque, appare la tesi di chi ha sollecitato la massima trasparenza degli interventi presidenziali, anche nell’interesse degli altri organi interessati dal procedimento formativo e di controllo dei decreti-legge (Parlamento e Corte costituzionale): così G. GUIGLIA, *Ancora un intervento del Presidente della Repubblica in tema di decreti-legge*, in *Quad. cost.*, 1989, 549. Analogamente, A. SIMONCINI, *Tendenze recenti*, cit., 46.

⁷⁶ La praticabilità della via del conflitto è riconosciuta, ad esempio, da G. CAPORALI, *Il Presidente della Repubblica*, cit., 120; A. RUGGERI, *Il caso Englaro e il controllo contestato*, cit., 3; C. SALAZAR, *Riflessioni sul “Caso Englaro”*, cit., 5. La dottrina meno recente, invece, aveva manifestato perplessità sulla disponibilità del Governo e del Presidente a risolvere le loro controversie facendo intervenire un terzo organo costituzionale (così, ad es., M. MIDIRI, *La controfirma ministeriale nel sistema dei rapporti tra Presidente della Repubblica e Governo*, Padova, Cedam, 1988, 44). Questo dubbio, a mio avviso, resta ancora attuale, ma non si può negare che la forma di governo si sia evoluta in una direzione tale che l’incomponibilità dei conflitti può essere ben più frequente che in passato.

⁷⁷ Opportune considerazioni critiche anche in S. STAMMATI, *Breve nota*, cit., 3: “La vicenda descritta ha dato dunque vita a una fattispecie anomala, quella della comunicazione fra due dei massimi organi costituzionali che, avviatasi lungo la strada ordinaria e duttile del rinvio del decreto-legge al Governo, ha preso successivamente, a causa della

7.- *A mo’ di conclusione.*

Il percorso analitico e interpretativo che abbiamo seguito ci ha condotto a identificare alcuni significativi principi costituzionali che governano la materia dell’emanazione. La loro concreta applicazione, tuttavia, non è interamente predicibile, perché nei rapporti costituzionali l’apprezzamento del caso concreto, entro la complessità del contesto in cui di volta in volta si inserisce, è guidato da criteri assai più elastici di quelli che presiedono, ad esempio, all’attività amministrativa. Questo è ancor più vero quando uno dei soggetti del rapporto è il capo dello Stato, le cui funzioni non sono disegnate dalla Costituzione con nettezza e precisione. Oltretutto, poiché la forma di governo non è identificata solo dal complesso delle norme costituzionali sugli organi “supremi”, ma anche da molti altri fattori, quali il sistema elettorale o il formato (e le polarizzazioni interne) del sistema dei partiti, una certa dose di flessibilità nei rapporti costituzionali è fisiologica.

Non convincono, insomma, le tesi estreme e troppo nette. Non sa convincere, infatti, né chi mette eccessivamente in luce la forza delle ragioni che presiedono (meglio: dovrebbero presiedere) alla decretazione d’urgenza, comprimendo al massimo l’apporto del capo dello Stato, né chi, magari perché preoccupato proprio da alcune vicende recenti, esalta il ruolo del Presidente, facendone - alternativamente - un co-legislatore o il protagonista di un sindacato di costituzionalità anticipato. La chiave per inquadrare la figura del Presidente della Repubblica sta, una volta di più, nel primo comma dell’articolo 87 della Costituzione, che fissa le due qualifiche di rappresentante della Nazione e di capo dello Stato. Come ho cercato di argomentare altrove⁷⁸, nonostante quanto variamente sostenuto dalla dottrina dominante, né l’una né l’altra autorizzano a fare del Presidente il garante della Costituzione nel senso proprio di questa espressione. Non il garante “giuridico” (che possa anticipare la Corte costituzionale o addirittura sostituirsi ad essa); non il garante “politico” (che possa ergersi a reggitore della cosa pubblica negli stati di crisi). Egli, invece, è, né più né meno, ciò che gli dice d’essere il primo comma dell’articolo 87: è il soggetto che deve salvaguardare l’unità nazionale e trasmetterne il senso all’opinione pubblica; è lo strumento del corretto e puntuale funzionamento dei meccanismi istituzionali (in quanto “capo” estremo dei fili che compongono la matassa istituzionale).

Tutte le funzioni (decisorie, di controllo, di certazione, etc.) che la Costituzione assegna al capo dello Stato debbono essere lette, mi sembra, in questa chiave. E in questa chiave debbono essere vagliati i singoli atti presidenziali. Ebbene: il comportamento del Presidente della Repubblica nel

pubblicizzazione ostentata della lettera del Presidente della Repubblica e dall’affermazione altrettanto ostentata dell’avversione unanime del Governo ad essa, la direzione eccezionale e rigida del rifiuto di emanazione di quel decreto”.

⁷⁸ M. LUCIANI, *Introduzione*, cit., spec. 17 sgg.

caso E., in questa prospettiva, non solo non si espone a critica, ma è da considerare addirittura doveroso (e certo non ha oltrepassato i confini identificati dal primo comma dell’articolo 87 della Costituzione).