

## Il rifiuto di emanazione del decreto legge

*Giovanni Serges*

1. Non rappresenta certo una novità la constatazione che dietro l'attribuzione al governo del potere di adozione di decreti legge sul presupposto della straordinaria necessità ed urgenza si annidi uno degli strumenti più insidiosi per mettere a dura prova l'equilibrio dei poteri e per sottoporre a tensioni o a vere e proprie torsioni la forma di governo parlamentare<sup>1</sup>. Già all'inizio degli anni '80 una crisi di governo si era aperta proprio in seguito all'uso della decretazione d'urgenza da parte del governo, uso (o abuso) che, in una occasione, aveva indotto l'allora Presidente della Repubblica, Sandro Pertini, a non emanare un decreto legge<sup>2</sup>. L'episodio aveva suscitato, naturalmente, le attenzioni della dottrina, ed il tema della legittimità e della correttezza dei poteri presidenziali di emanazione era stato oggetto di un rinnovato interesse e della prima, più sistematica, analisi<sup>3</sup>.

Sul finire degli anni '80, tuttavia, la Corte costituzionale, con una sentenza<sup>4</sup> certamente più nota perché essa concludeva un aspro conflitto di attribuzioni sollevato dalla Corte dei Conti contro il Governo e il Parlamento a proposito della sottoposizione degli atti governativi con forza di legge al controllo della magistratura contabile, aveva posto l'accento sul potere di controllo spettante al Presidente della Repubblica in sede di emanazione degli atti governativi di normazione primaria.

La Corte, in quell'occasione, nel ribadire che l'esercizio della funzione legislativa da parte del Governo vede, in primo luogo, nel Parlamento il titolare dei controlli costituzionalmente necessari aveva però sottolineato con molta chiarezza come tra quei controlli andasse *«annoverato anche quello spettante al Presidente della Repubblica in sede di emanazione degli atti del Governo*

---

<sup>1</sup> E' sufficiente ricordare, al riguardo, le riflessioni di A. BALDASSARRE-C. MEZZANOTTE, *Gli uomini del Quirinale*, Bari, 1985, p. 257, i quali osservavano come «a partire dal quarto governo Andreotti (in piena “solidarietà nazionale”) si è verificata una costante e patologica crescita dell'adozione dei decreti legge, che con gli ultimi governi ha raggiunto punte tali da far apparire la “decretazione d'urgenza” come la forma ordinaria di normazione e quella legislativa come la forma eccezionale. In breve, i principi tuttora scritti in Costituzione su questa materia, che non hanno un valore in sé conchiuso, ma si riflettono sulla stessa forma di governo parlamentare e sulla responsabilità politica, sono stati di fatto stravolti e addirittura rovesciati»; in termini in larga misura coincidenti L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, p. 264, il quale, a conclusione dell'analisi degli aspetti problematici della decretazione rileva come «la disciplina costituzionale dei decreti legge risulta altamente problematica e viene messa in crisi tanto dalla prassi quanto dal complessivo ordinamento giuridico»

<sup>2</sup> Lo ricorda A. CELOTTO, *L'abuso del decreto legge*, Padova, 1997, p. 259 il quale rileva come da quegli episodi presero l'avvio iniziative specifiche di disciplina legislativa del fenomeno e di modifica dei regolamenti parlamentari.

<sup>3</sup> Mi riferisco al noto saggio di S.M. CICONETTI, *Decreti legge e poteri del Presidente della Repubblica*, in *Dir. e soc.*, 1980, p. 559 ss.

<sup>4</sup> La sentenza richiamata è la n. 406 del 1989.

*aventi valore di legge ai sensi dell'art. 87, quinto comma della Costituzione» controllo che – aggiungeva la Corte – «è ritenuto di intensità almeno pari a quello spettante allo stesso Presidente sulle leggi ai sensi dell'art. 87, terzo comma, della Costituzione». Affermazione, questa, che non solo scioglie ogni dubbio sulla esistenza e, dunque, sulla piena legittimità del potere di controllo sull'emanazione di un decreto legge, ma lascia altresì chiaramente intendere come l'intensità di questo potere possa essere certamente più profonda ed estesa di quella concernente l'autorizzazione alla presentazione dei disegni di legge di origine governativa.*

D'altra parte la quasi coeva legge n. 400 del 1988, nel tentativo di razionalizzare l'uso del decreto legge, disciplinandone anche il procedimento di emanazione, aveva previsto, all'art. 15, primo comma, che il decreto approvato dal Governo fosse *presentato per l'emanazione al Presidente della Repubblica*, con una formula che ben lasciava intendere l'autonomia del momento dell'emanazione ed il correlativo potere presidenziale di controllo<sup>5</sup>.

E' da questo incontestabile riconoscimento della spettanza al Presidente della Repubblica di un potere di controllo che, a mio avviso, è necessario partire per riflettere intorno alla vicenda della mancata emanazione dello stringatissimo decreto legge, confezionato ed approvato in tutta fretta (sembrerebbe sul finire di un Consiglio dei ministri convocato ad altro scopo) dal Governo, per mezzo del quale veniva disposto 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»*. Una mancata emanazione che a me pare doversi ricondurre ( per le ragioni di cui, di qui a tra poco, si dirà) più ad un rifiuto assoluto di emanazione<sup>6</sup> piuttosto che ad un rinvio al Governo e che può essere l'occasione per misurare l'intensità dei poteri presidenziali di controllo, alla luce del complessivo quadro costituzionale, e per fissarne con maggiore precisione limiti e confini.

2. La sequenza di atti e vicende è fin troppo nota ed è stata oggetto di attente ricostruzioni<sup>7</sup> per cui è sufficiente richiamarne i suoi più essenziali aspetti.

A distanza di oltre sei mesi dal deposito del decreto della prima sezione civile della Corte d'Appello di Milano che aveva accolto l'istanza di autorizzazione a disporre l'interruzione del trattamento di sostegno vitale artificiale della Englaro, realizzato mediante alimentazione e

<sup>5</sup> Sul punto v. le notazioni di G.PITRUZZELLA, *La legge di conversione del decreto legge*, Padova, 1989, p. 231, il quale sottolinea come, dietro siffatta formulazione, vi fosse il preciso intendimento, chiaramente emergente dai lavori preparatori, di confermare il potere di controllo del Presidente in sede di emanazione.

<sup>6</sup> Nel senso del rifiuto assoluto si vedano le considerazioni di U. ALLEGRETTI, *Un rifiuto presidenziale ben fondato*, in ASTRID Rassegna n. 86, 13 febbraio 2009 e di S. STAMMATI, *Breve nota sui problemi costituzionali suscitati dal caso Englaro*, in ASTRID Rassegna n. 87, 25 febbraio 2009.

<sup>7</sup> Mi riferisco al recentissimo saggio di C. SALAZAR, *Riflessioni sul «caso Englaro»*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) del febbraio 2009, che contiene una minuziosa ricostruzione della vicenda, con attente notazioni critiche, e del davvero singolare ed inquietante susseguirsi di atti giurisdizionali, legislativi e di indirizzo che hanno accompagnato, fino alla naturale conclusione, la vita della povera Eluana Englaro.

idratazione con sondino naso-gastrico, ed aveva altresì dettato disposizioni per l'attuazione in concreto di siffatta misura, il Governo, proprio in concomitanza con l'inizio della procedura di distacco dell'alimentazione, decideva di adottare l'atto con forza di legge invocando a presupposto giustificativo la straordinaria necessità ed urgenza di «salvare una vita».

La disposizione contenuta nell'atto governativo, racchiusa in un unico articolo di poche righe, imponeva, indistintamente – come si è già ricordato - a qualunque soggetto che si fosse trovato nella condizione di alimentazione artificiale il divieto di rifiutare il trattamento ed analogo divieto imponeva a chi avesse dovuto legalmente provvedere alla assistenza di un soggetto non più in grado di provvedere a sé stesso.

Poco prima della decisione governativa il Presidente della Repubblica affidava ad una lettera riservata, indirizzata al Presidente del Consiglio l'espressione delle ragioni di ordine costituzionale che non avrebbero consentito la firma di un simile atto e che possono così sintetizzarsi: a) la radicale inesistenza dei presupposti della straordinaria necessità ed urgenza, sia in ragione della circostanza che nessun «fatto nuovo» era intervenuto rispetto alla discussione parlamentare di un progetto di legge già avviato sul tema del c.d. «testamento biologico», sia in relazione al fatto che esso sembrava dettato dalla, pur comprensibile, drammaticità di un singolo caso già noto da tempo; b) l'esigenza di garantire la distinzione ed il reciproco rispetto dei poteri che non consentiva di disattendere per quel caso la soluzione individuata in una decisione giudiziaria definitiva ed ormai irretrattabile, adottata in seguito ad un pronunciamento della Corte di Cassazione in sede di ricorso a norma dell'art. 111 della Cost.; c) l'incidenza generale di una disciplina dichiaratamente provvisoria ma, in realtà, a tempo indeterminato su diritti costituzionalmente garantiti da una pluralità di disposizioni costituzionali (il principio di eguaglianza, la libertà personale, la tutela della salute ed il rispetto della persona umana). La lettera si concludeva con un richiamo ai numerosi precedenti casi (puntualmente elencati) in cui un presidente della Repubblica aveva ritenuto di non poter procedere alla emanazione di un decreto legge.

A questa lettera, di cui veniva data lettura nel corso del Consiglio dei Ministri, seguiva l'adozione del decreto e, poco dopo, la comunicazione dello stesso Presidente della Repubblica il quale, in linea con il convincimento precedentemente espresso, rendeva noto di non poter procedere alla emanazione del decreto, avendo verificato che il testo approvato non superava le obiezioni di incostituzionalità già espresse.

Da questa sequenza di atti appare plausibile ricavare come unica, ragionevole, conclusione quella di un vero e proprio rifiuto di emanazione, sia perché in questi termini sembra averlo inteso lo stesso Governo il quale, dinanzi alla decisa posizione del capo dello Stato, abbandonava subito la via della decretazione d'urgenza per trasformare il testo in un disegno di legge governativo con l'intenzione di trasformarlo in legge in appena pochi giorni, sia perché la stessa, lapidaria formula usata dal Presidente della Repubblica non sembrava lasciare spazio per essere intesa nel senso di una richiesta di invito (anche solo implicito) ad un ripensamento da parte del Governo.

Muovendo, allora, dal presupposto non più contestabile di un potere di controllo del Presidente della Repubblica in sede di emanazione dei decreti legge e della correlativa esclusione di una funzione, per così dire, meramente notarile in quella sede, resta da affrontare il problema della ammissibilità di quello che a me pare un rifiuto assoluto di emanazione, valutazione questa che deve necessariamente esser condotta, in primo luogo, proprio alla luce delle ragioni o, per usare la stessa espressione del Capo dello Stato, delle obiezioni di incostituzionalità espresse nei confronti del decreto legge.

3. Il primo profilo da esaminare è quello della esclusione radicale della esistenza dei presupposti costituzionali della straordinaria necessità ed urgenza, profilo che, come di qui a poco si vedrà, appare, in questo caso, fatalmente intrecciato con quello del rispetto della sfera del potere giudiziario cristallizzato in una decisione incidente su diritti ormai definitiva.

Senza voler qui ripercorrere gli itinerari della riflessione intorno al significato da attribuire alla locuzione «casi straordinari di necessità ed urgenza» è sufficiente ricordare come, superata l'idea che la straordinarietà possa risiedere esclusivamente nelle situazioni di grave o eccezionale emergenza, si è sempre più riconosciuto come essa rappresenti in realtà una qualità, un attributo della necessità e dell'urgenza<sup>8</sup>. L'urgenza e la necessità del provvedere debbono insomma correlarsi alla straordinarietà delle circostanze che la determinano e che, secondo la valutazione del governo, giustificano l'intervento legislativo provvisorio. Ora se è pur vero che, così considerate, sia la necessità che l'urgenza finiscono inevitabilmente per essere intese non già in senso assoluto ed oggettivo bensì in senso relativo e soggettivo<sup>9</sup>, è anche vero che la straordinarietà, quale qualità della condizione di necessità ed urgenza, debba pur sempre assumere la consistenza di una circostanza se non imprevedibile quanto meno difficilmente prevedibile di un caso rispetto al quale non appariva oggettivamente possibile altro intervento se non quello del provvedimento provvisorio con forza di legge. A ben vedere, nella vicenda in questione, la straordinarietà non assume, sotto alcun profilo, una simile connotazione, risiedendo tutta, per esplicita ammissione dello stesso Governo, nel caso specifico della interruzione dell'alimentazione e dell'idratazione disposta giudizialmente per quella sola persona, in una circostanza, in altri termini, ben nota da tempo e rispetto alla quale, dunque, un intervento legislativo avrebbe potuto essere da tempo approntato (sempre che fosse possibile concretamente intervenire scardinando le decisioni giudiziali). La straordinarietà della circostanza sarebbe, allora, frutto, della inerzia del potere legislativo, ma anche, e soprattutto, dello stesso esecutivo che per lungo tempo aveva, di fatto, ignorato la questione e non si era neanche attivato sul piano dell'iniziativa legislativa. Una straordinarietà dunque, indotta dallo stesso Governo che la avrebbe assunta, dopo averla in qualche modo determinata, a sostegno della ritenuta necessità ed urgenza del provvedere.

<sup>8</sup> V., sul punto, L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, cit., p. 242 ss.

<sup>9</sup> In questi termini, F. MODUGNO, *Le fonti del diritto*, in F. MODUGNO (a cura di), *Lineamenti di diritto pubblico*, Torino, 2008, p. 132

Ma la conferma definitiva della carenza, potrebbe dirsi, assoluta della straordinaria necessità ed urgenza nell'adozione di quel decreto si comprende ancor meglio in relazione alla questione del rapporto tra il decreto legge approvato e le decisioni giudiziali che avevano definitivamente sancito il diritto del tutore ad interrompere gli interventi di sostentamento artificiali.

Il decreto infatti, per esplicita ammissione dello stesso Presidente del Consiglio, sarebbe stato determinato dall'esigenza di «salvare una vita», di incidere su quella persona imponendo forzatamente la riattivazione dei protocolli di sostentamento artificiale sospesi in forza del diritto, riconosciuto dai giudici, alla interruzione del trattamento medico in quanto contrario alla concezione di «dignità della vita» così come accertata nella sede del giudizio.

Senonchè, l'avvenuto accertamento giudiziale definitivo non avrebbe potuto in alcun modo essere scalfito dall'atto legislativo adottato dal governo i cui effetti, come è noto, si sarebbero prodotti soltanto «*pro futuro*». Da qui, come è stato esattamente osservato<sup>10</sup>, la sostanziale inutilità del decreto al perseguimento dell'obbiettivo di «salvare una vita» che rappresentava, in realtà, l'unica ragione che aveva indotto il Governo alla sua adozione. E da qui, ancora, la conferma, a me pare, della radicale e manifesta insussistenza dei presupposti costituzionali della straordinaria necessità ed urgenza.

4. La questione del rapporto tra il decreto legge ed il rispetto della sfera di azione del potere giudiziario merita ancora qualche riflessione, assumendo anche un rilievo autonomo nella vicenda del rifiuto di emanazione.

Tra le ragioni addotte a sostegno della inconsistenza di questo profilo rilievo preminente sembra aver assunto quella secondo cui il decreto della Corte d'appello milanese (emesso in sede di giudizio di rinvio a seguito della decisione della Suprema Corte che aveva enucleato il principio di diritto), mettendo capo ad un procedimento di volontaria giurisdizione, sarebbe insuscettibile di produrre il giudicato su diritti e gli effetti irretrattabili da esso discendenti.

Una prima risposta ad un simile ordine di argomentazioni la si può rintracciare nella stessa decisione dei giudici milanesi. La Corte d'Appello, soffermandosi sulla questione dello «stato vegetativo permanente» aveva sottolineato come su questo profilo si fosse formato il c.d. giudicato interno ed aveva poi aggiunto come l'effetto del «giudicato o di una preclusione ad esso equivalente» doveva ritenersi compatibile con la struttura formale di quel procedimento fondata sul modello c.d. «camerale». Un modello, quest'ultimo che ha pur sempre come scopo ultimo quello di una «pronuncia terminativa» su diritti soggettivi, diritti, in questo caso, tutti costituzionalmente garantiti, come il diritto alla vita, all'autodeterminazione terapeutica, alla libertà personale; una pronuncia, in altri termini, idonea ad assumere – precisa la Corte d'appello – efficacia definitiva sia in ragione della impossibilità di una ulteriore impugnazione,

---

<sup>10</sup> Mi riferisco all'intervento di A. PACE, *L'inutilità pratica della legge «per Eluana»*, pubblicato su *La Repubblica* dell'11 febbraio 2009 e poi in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), 12 febbraio 2009; sostanzialmente negli stessi termini A. RUGGERI, *Il caso Englaro e il controllo contestato*, in *ASTRID Rassegna* n. 86, 13 febbraio 2009.

sia in conseguenza del fatto che la impugnazione mediante il rimedio straordinario del ricorso ex art. 111 Cost. (contro la precedente decisione) era stata ritenuta ammissibile e che siffatta ammissibilità poteva predicarsi solo rispetto ad una pronunzia concernente diritti ed idonea a divenire definitiva<sup>11</sup>.

D'altra parte anche chi<sup>12</sup>, nella dottrina processualcivilistica, aveva avanzato consistenti riserve sulla c.d. «cameralizzazione dei diritti», vale a dire sulla scelta del legislatore di affidare a procedimenti camerali anche quei provvedimenti che statuiscono su diritti soggettivi e *status*, aveva poi riconosciuto che, quando nell'ambito dello stesso procedimento camerale avessero trovato pienamente ingresso le garanzie del giusto processo e fosse soprattutto garantita l'esperibilità del ricorso per cassazione, la decisione finale doveva ritenersi idonea ad assumere l'autorità del giudicato. Prospettiva, questa, che muoveva dal presupposto che fosse proprio l'autorità del giudicato il bene protetto dall'art. 111 Cost., che questa disposizione, insomma, collegandosi, in una indissolubile trama, con il principio della domanda ed il diritto di difesa, racchiudesse in sé il valore costituzionale del «giudicato della sentenza ovvero della pronunzia su diritti e *status*»<sup>13</sup>.

Non pare discutibile allora che nella vicenda in questione si fosse formato il giudicato<sup>14</sup>, per di più su diritti costituzionalmente garantiti, sia perché a seguito della prima decisione della Cassazione (la sentenza n. 21748 del 2007) era divenuto definitivo l'accertamento sullo stato vegetativo permanente, sia perché la decisione che, in sede di giudizio di rinvio, aveva accertato, nel contraddittorio con il curatore speciale e con il procuratore generale, il diritto del tutore di Eluana ad interrompere i trattamenti di assistenza artificiale, era, a sua volta, divenuta irretrattabile dopo l'infruttuoso esperimento della ulteriore impugnazione in cassazione da parte del Procuratore generale della Repubblica (concluso con la sentenza delle Sezioni Unite civili n. 27145 del 2008 che ne aveva dichiarato l'inammissibilità).

<sup>11</sup> V. Corte d'Appello di Milano, Sezione prima civile, G. PATRONE PRES., F. LAMANNA, REL. ed estensore, p. 20 ss della motivazione

<sup>12</sup> Mi riferisco al noto saggio di A. CERINO CANOVA, *Per la chiarezza delle idee in tema di procedimento camerale e di giurisdizione volontaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, p. 431 ss. e spec. pp. 476-477. Ma, già in precedenza, dello stesso Autore, si veda *La garanzia costituzionale del giudicato civile (meditazioni sull'art. 111, comma 2°)* in *Riv. dir. civ.*, 1977, p. 395 ss.

<sup>13</sup> Così, letteralmente, CERINO CANOVA, op. cit., p. 476-477, il quale sottolinea poi che «la nozione di sentenza concepita nel testo costituzionale, ha dimensione sostanziale e designa il provvedimento che statuisce su diritti soggettivi e *status*. Perciò è la materia oggetto del processo che condiziona la struttura di questo ovvero sono le situazioni sostantive tutelate che, se soggettivate in diritti e *status*, impongono la impugnativa di legittimità con conseguente giudicato. Appunto la materia – lo si ripete per meglio rimarcarlo – impregna di sé le forme eminenti del processo, senza esserne a sua volta condizionata».

<sup>14</sup> Osservano ora, su questo punto, R. CAPONI – A. PROTO PISANI, *Il caso Englaro: brevi riflessioni dalla prospettiva del processo civile*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), 24 febbraio 2009, p.2, in corso di pubblicazione sul *Foro it.*, 2009, V, riguardo al decreto in questione ch «il provvedimento finale ha statuito su un diritto, non ha gestito un interesse. Come tale, esso non è un provvedimento di giurisdizione volontaria sempre revocabile o modificabile ex art. 742 c.p.c., bensì è un provvedimento di giurisdizione contenziosa con attitudine al giudicato sostanziale, cioè a dettare una disciplina immutabile del diritto che ne costituisce l'oggetto».

In altri termini, il decreto legge in questione, pur contenendo una disciplina formulata in termini generali e astratti finiva per avere come suo unico, dichiarato scopo quello di scalzare un giudicato su diritti (tutti costituzionalmente tutelati)<sup>15</sup>; o forse, più correttamente, la previsione di un generale obbligo per tutti di non rifiutare più il trattamento di sostegno artificiale era tesa a dissimulare (potrebbe dirsi, fraudolentemente) l'intento di introdurre nell'ordinamento disposizioni mirate ad incidere su di un solo caso.

Ma se, per le ragioni che si sono dette, il giudicato rappresenta un valore costituzionale intimamente connesso con la garanzia della difesa e, dunque, con la stessa garanzia dei diritti rispetto al quale il diritto di difesa – cui è riconosciuto, giova ricordarlo, il rango di principio supremo dell'ordinamento costituzionale – costituisce lo strumento per la loro effettiva realizzazione, l'immissione di quel decreto nell'ordinamento avrebbe rappresentato, ad una, un inammissibile *vulnus* per il rispetto alla sfera di azione del potere giudiziario ed un vero e proprio tentativo di scardinamento dei diritti definitivamente e concretamente riconosciuti al singolo dalla decisione giudiziaria.

Se, insomma, il compito dei giudici nello Stato costituzionale è quello dell'inveramento dell'ordinamento nel singolo caso e se tale attività si svolge in assoluta distinzione di ruolo con quella del legislatore, come sembra da lungo tempo indiscutibile<sup>16</sup>, ciò non può «significare altro che immunizzare i giudizi pendenti e a maggior ragione quelli conclusi dal contrario ripensamento del legislatore, ove sia chiaramente rivolto a danneggiare i diritti azionati e/o riconosciuti nel procedimento giurisdizionale»<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> A sostegno della legittimità del decreto, in questo caso, L.PEDULLÀ, *Perché il Capo dello Stato avrebbe dovuto firmare il decreto-legge «salva Eluana»*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), del 18.02.2009, ricorda il precedente del decreto legge di interpretazione autentica dell'art. 297 del Cod. di Procedura penale emanato dal Presidente Cossiga. Può osservarsi al riguardo che, non solo la mancata attivazione dei poteri presidenziali di controllo nulla può significare in ordine alla ammissibilità o legittimità di simili poteri, ma soprattutto che quel caso è assai poco produttivo come esempio. Infatti la legge di conversione del decreto fu costretta a far salvi proprio i «giudicati» già formati per la evidente lesione dei diritti costituzionali e delle prerogative del potere giudiziario (Lo ricorda bene A. PUGIOTTO, *La legge interpretativa e i suoi giudici*, Milano, 2003, pp. 49-50). E' vero che, anche nel caso del recente decreto, la legge di conversione avrebbe potuto contenere una analoga previsione, ma ciò avrebbe comportato la radicale inutilità dell'atto legislativo allo scopo di «salvare quella vita».

<sup>16</sup> Si veda sul punto, con riferimento alle leggi di interpretazione autentica, la [sentenza della Corte costituzionale 15 luglio 2005 n. 282](#), secondo cui «*al legislatore è precluso intervenire, con norme aventi portata retroattiva, per annullare gli effetti del giudicato: se vi fosse un'incidenza sul giudicato, la legge di interpretazione autentica non si limiterebbe a muovere, come ad essa è consentito, sul piano delle fonti normative, attraverso la precisazione della regola e del modello di decisione cui l'esercizio della potestà di giudicare deve attenersi, ma lederebbe i principi relativi ai rapporti tra potere legislativo e potere giurisdizionale e le disposizioni relative alla tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi*»; con riferimento alle leggi provvedimento, la [sentenza de 13 luglio 2007 n. 267](#), secondo cui le «*leggi-provvedimento*», sotto il profilo costituzionale, sono ammissibili entro limiti sia specifici (qual è, ad esempio, quello del rispetto della funzione giurisdizionale in ordine alla decisione delle cause in corso), sia di carattere generale (e cioè del principio della ragionevolezza e non arbitrarietà).

<sup>17</sup> Così letteralmente, M. MANETTI, *I vizi (reali e immaginari) delle leggi di interpretazione autentica*, in A. ANZON (a cura di) *Le leggi di interpretazione autentica tra Corte costituzionale e legislatore*, Torino, 2001, p. 48, alla quale si deve una acuta analisi sui rapporti tra il potere legislativo e la tutela dei diritti affidata al potere giudiziario che, se pur riferita, in primo luogo, al noto fenomeno delle leggi di interpretazione autentica, affronta in una prospettiva più ampia, condotta con particolare riferimento al ruolo che assume il diritto costituzionale di difesa, il tema della garanzia dei diritti coperti dal giudicato rispetto ai tentativi di interferenza del legislatore.

5. Se la carenza assoluta dei presupposti di necessità ed urgenza, coniugata con la evidente violazione del giudicato, rappresenta certamente la ragione di maggior rilievo tra quelle poste a fondamento del rifiuto presidenziale di emanazione, non meno consistenti si rivelano, in realtà, le obiezioni rivolte al decreto in relazione alla diretta incidenza su diritti costituzionali, quali quello della tutela della salute e del rispetto della persona umana.

Anzi, sotto questo aspetto, emergono elementi persino più gravi di quelli adombrati nella lettera inviata al Presidente del Consiglio. Mi riferisco alla questione dei possibili effetti irreversibili del decreto-legge il quale, imponendo indiscriminatamente l'obbligo per tutti di non rifiutare l'idratazione e l'alimentazione artificiale non consentiva, in realtà, di derogare ad una simile, imperativa prescrizione neanche in quelle situazioni che, talvolta temporaneamente, impongono al paziente di astenersi ed a chi presta le cure di sospenderle.

Una simile evenienza, infatti, non solo non può essere esclusa a priori per via delle sempre possibili evoluzioni degli stati morbosi (magari poco conosciuti o scarsamente esplorati dalle scienze mediche) ma era perfino richiamata – a testimonianza della sua perdurante (seppur remota) potenzialità di concreta verifica – nelle stesse decisioni dei giudici che avevano riconosciuto il diritto all'interruzione del trattamento. Sia la Corte d'appello che la Corte di Cassazione avevano fatto esplicito riferimento, anche sulla scorta della relazione elaborata dal Gruppo di esperti del Ministero della Sanità, almeno a due ipotesi nelle quali la idratazione-alimentazione artificiale avrebbe potuto assumere la connotazione di un vero e proprio accanimento terapeutico, come tale idoneo a dar luogo ad un provvedimento di autorizzazione all'interruzione anche al di là di ogni possibile ricostruzione della volontà dell'incapace. Una simile evenienza si riteneva potesse ricorrere sia nell'ipotesi in cui l'organismo non fosse più in grado di assimilare le sostanze somministrate, sia nell'ipotesi del sopraggiungere di uno stato di intolleranza che avrebbe trasformato quella terapia in una inammissibile, quanto degradante, sottoposizione del paziente ad un trattamento oggettivamente inutile e, dunque, contrario a quel rispetto della persona umana inciso a chiare lettere nel testo dell'art. 32 della Costituzione. E' evidente che l'entrata in vigore del decreto legge, con la immediata, generale e indiscriminata prescrizione dell'obbligo di somministrare sempre la alimentazione-idratazione artificiale avrebbe invece posto chiunque, tutori, giudici, e, soprattutto, medici, di fronte all'alternativa anche drammatica tra il prestare ossequio alla disposizione legislativa che non ammetteva deroghe o eccezioni ed i diritti dei pazienti. E' vero che di fronte ad un testo nel quale, così evidentemente, affiorava l'approssimativa elaborazione e la scarsa riflessione su temi di grande rilievo, avrebbe potuto prospettarsi la questione di legittimità costituzionale, quanto meno proprio per la mancata esclusione delle ipotesi in cui la interruzione dei trattamenti avrebbe dovuto essere ammessa, ma è evidente che tutto ciò avrebbe urtato con l'immediata efficacia e la conseguente, concreta possibilità della produzione di effetti irreversibili proprio su diritti fondamentali (la salute, è utile qui ricordarlo, è l'unico tra i diritti costituzionali che riceve espressamente la qualificazione di «fondamentale»).

6. Due penetranti ragioni di ordine costituzionale stanno, dunque, alla base del rifiuto presidenziale di emanazione o, almeno, di quello che appare verosimilmente il primo, vero e proprio, rifiuto nella storia repubblicana, considerato che, anche la vicenda della mancata emanazione da parte del Presidente Pertini del decreto legge mirante a sottrarre alla Corte di Cassazione le operazioni di controllo delle richieste referendarie – richiamata in apertura - fu diversamente interpretata, lasciando così il dubbio sulla sua possibile riconduzione ad una ipotesi di rifiuto assoluto<sup>18</sup>.

E' pur vero che, anche in questo caso, un margine di dubbio può residuare, per via della circostanza che la formula adottata nel comunicato dalla Presidenza della Repubblica non fa esplicito riferimento al rifiuto bensì si limita a sottolineare la conferma delle ragioni che avevano indotto il Presidente, nello spirito di leale collaborazione, ad esprimere anticipatamente le ragioni che non consentivano l'emanazione. In realtà, la pluralità ed il tenore delle obiezioni esprimono una presa di posizione netta e decisa, ed appaiono un chiaro sintomo della precisa volontà di non poter, comunque, procedere all'emanazione.

Pochi dubbi, tuttavia, residuano, a mio avviso, di fronte a questa vicenda, in ordine alla delimitazione della intensità del potere presidenziale o, quanto meno, in ordine ad una plausibile, rinnovata definizione dei poteri in sede di emanazione dei decreti legge.

Se una conseguenza, sembra potersi trarre, allora, essa risiede nella piena compatibilità, se non nella doverosità, di un potere di rifiuto assoluto che, seppur ancorato a presupposti rigorosi, esula da quelle ipotesi fin ad oggi riconosciute in dottrina e che relegavano a casi estremi, ad ipotesi-limite la legittimità del potere di rifiuto.

E' noto, infatti, come, secondo la prevalente ricostruzione, la possibilità per il Presidente della Repubblica di rifiutare l'emanazione di un decreto legge dovesse riconoscersi solo di fronte all'ipotesi della radicale mancanza dei requisiti essenziali per la esistenza dell'atto, ovvero quando l'emanazione rischiasse di configurare le ipotesi di alto tradimento o di attentato alla Costituzione<sup>19</sup>. Nel primo caso, si sosteneva che, piuttosto che di rifiuto di emanazione, dovrebbe più esattamente parlarsi di carenza del presupposto per l'esercizio del potere di emanazione, configurabile ad esempio di fronte ad atti non deliberati dal Governo nella sua collegialità, mentre nel secondo caso, al di là della questione concernete la qualificazione della emanazione come facoltà o come atto dovuto, il rifiuto avrebbe dovuto considerarsi, sempre, come pienamente ammissibile.

Ma, di là da queste ipotesi, l'opinione prevalente è quella che costruisce un potere presidenziale di controllo, in questa sede, in stretta analogia con la previsione dell'art. 74 Cost. e, tende ad ammettere, pertanto, negli stessi termini del rinvio presidenziale delle leggi, la

<sup>18</sup> In termini di rifiuto assoluto si espresse, in quel caso, BARILE, *La prassi di Pertini*, in *Quad. cost.*, 1981, p. 368

<sup>19</sup> In questi termini, soprattutto, le riflessioni di CICCONE, *op. cit.*, p. 560 ss.

possibilità di un veto sospensivo nel quale la differenza con il veto diretto ad interferire con l'esercizio della funzione legislativa risiederebbe soltanto nella concreta possibilità di manifestarsi «nelle forme più diverse, sia riservate, sia rese manifeste»<sup>20</sup> a seconda che il Presidente sia indotto o meno a render palese il proprio intendimento, ovvero a manifestarlo attraverso strumenti meno formali e riservati.

Un controllo, dunque, che non solo non trova alcun ostacolo nella assenza in Costituzione di una previsione simile a quella contenuta nell'art. 74 Cost., ma che deve ricondursi implicitamente al potere di subordinare l'emanazione alla ricorrenza di certe condizioni, perché, altrimenti, ne uscirebbe compromessa la stessa posizione di garanzia che la Costituzione affida al Presidente<sup>21</sup>. Da qui la possibilità che nella sede dell'emanazione si possano utilizzare i medesimi poteri che si riconoscono nella sede del rinvio delle leggi, poteri che, pur avendo subito una graduale estensione sono stati, tuttavia, sempre saldamente ancorati, anche nella concreta prassi, a profili di legittimità costituzionale<sup>22</sup>. E' pur vero che si è discusso della estensione anche a profili di merito, quanto meno del c.d. «merito costituzionale»<sup>23</sup>, ma è anche vero che se la dottrina ha ritenuto di non poter distinguere tra ragioni di merito e ragioni di legittimità costituzionale la prassi, costante, si è incaricata di confermare come, nei casi in cui si sono adombrate ragioni di merito, queste non sono state mai disgiunte da robusti ancoraggi alla legittimità costituzionale.

Ciò che, insomma, sembra rappresentare la cifra caratteristica del potere di rinvio è il suo essere espressione di un potere di garanzia complessiva ed unificante dell'insieme dei poteri costituzionali, un potere, quello del Capo dello Stato, nel quale la funzione di «controllo non è che un momento, caratterizzante ma non fondamentale, dell'eterogeneo insieme dei suoi compiti e delle sue facoltà<sup>24</sup>». Un potere, peraltro, che anche quando si fonda su rilievi di legittimità costituzionale, è pur sempre rimesso alla prudente discrezionalità del Presidente che può intervenire solo quando si configuri il concreto rischio che un atto, diretto ad essere immesso nell'ordinamento, incida sull'equilibrio delle istituzioni compromettendone, in qualche modo, il funzionamento.

Le valutazioni di legittimità costituzionale connesse all'esercizio di un simile potere non possono, d'altra parte, in alcun modo confondersi, o assimilarsi, a quelle affidate alla Corte costituzionale, ora perché esse sono frutto di un potere esercitato discrezionalmente in casi, in

<sup>20</sup> Così PALADIN, voce *Presidente della Repubblica*, in *Enc. del dir.*, vol., XXXV, Milano, 1986, p. 216

<sup>21</sup> Osserva G.U. RESCIGNO, *Commento all'art. 87, Commentario della Costituzione art. 83-87*, a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma, 1978, p. 206, che il potere di rinvio sarebbe ammissibile, anche se non espressamente previsto, in quanto l'emanazione si configura come atto di volizione.

<sup>22</sup> V., per tutti, PALADIN, *op.ult. cit.*, p. 217; in termini analoghi, PITRUZZELLA, *op. cit.*, p. 228

<sup>23</sup> Secondo la nota espressione di G. GUARINO, *Il Presidente della Repubblica italiana*, in *Riv. trim. di dir. pubbl.*, 1951, 959, ss, che ammette un rinvio per ragioni di opportunità tese a « indicare quali implicazioni negative, anche se indirette, possono derivare al funzionamento della Costituzione dal contenuto della legge o anche per il momento in cui essa è venuta ad esistenza »; in termini analoghi G. FERRARA, *Il rinvio della legge alle Camere prorogate*, Milano, 1964, p. 50 ss.

<sup>24</sup> Così, PALADIN, *op. ult. cit.*, p. 213.

qualche misura, eccezionali e di fronte a rischi di compromissione dell'equilibrio disegnato dalla Costituzione, mentre la Corte esercita istituzionalmente il potere di rimozione degli atti dal tessuto legislativo; ora perché esse si manifestano in via preventiva, mentre la Corte esercita il suo sindacato in via successiva e, prevalentemente, nella concretezza del contatto tra gli atti legislativi e la loro applicazione ai casi concreti<sup>25</sup>.

E' dunque evidente come non possa dubitarsi del riconoscimento di un simile potere anche nella sede di emanazione dei decreti legge e, potrebbe dirsi, più in generale, nella sede di emanazione degli atti con forza di legge, considerato che le ragioni di garanzia del complessivo funzionamento ed equilibrio dei poteri affidate al Presidente possono presentarsi anche di fronte a questi atti.

Ma il nocciolo della questione è un altro.

Dato per scontato un potere di controllo del Presidente della Repubblica, resta da chiarire se sia possibile configurare un potere presidenziale più intenso dinanzi ad atti, quali i decreti-legge, che sono i soli destinati a produrre effetti immediati e dinanzi ai quali anche lo stesso esercizio del potere di rinvio potrebbe rivelarsi del tutto infruttuoso. Dalla loro immediata immissione nell'ordinamento possono, infatti, derivare sia evidenti alterazioni dell'equilibrio dei poteri (e, segnatamente, lesioni al potere giudiziario ed alle garanzie che questo potere rappresenta per i diritti costituzionali), sia effetti irreversibili incidenti su diritti costituzionali.

A me pare che la risposta debba essere positiva, quanto meno, in relazione al profilo della carenza assoluta dei presupposti di straordinaria necessità ed urgenza, quale è quella che si è manifestata in occasione del decreto legge in questione. In questo caso lo strumento del rinvio si sarebbe configurato come un rimedio del tutto inutile. Quando l'assenza dei presupposti costituzionali per l'adozione della misura di urgenza si manifesta con l'intensità e la gravità di quel caso l'invito ad una riflessione o ad un ripensamento, attraverso lo strumento del rinvio, finirebbe per non poter sortire alcun effetto concreto. In altri termini, o i presupposti costituzionali sussistono *ex ante*, ovvero, se essi sono radicalmente assenti, la loro «costruzione» non può certo avvenire successivamente ad opera del Governo. Di fronte ad una simile situazione, l'unico efficace rimedio dinanzi ad un atto che si pone in così evidente contrasto con le condizioni poste dalla Costituzione, altro non può essere che un rifiuto assoluto, sempre preceduto, peraltro, da quegli atti di «leale collaborazione istituzionale» i quali sembrano

---

<sup>25</sup> Osserva, al riguardo, 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-online](http://www.astrid-online), che «il controllo dei due “custodi”, pur mosso dagli stessi scopi e finalizzato ai medesimi risultati, si svolge seguendo forme, criteri e limiti diversi»; in questa direzione anche le osservazioni di A. SPADARO, *Può il Presidente della Repubblica rifiutarsi di emanare un decreto-legge? Le «ragioni» di Napolitano*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), febbraio 2009, il quale vede nella funzione del capo dello Stato quella di un *garante preventivo* dell'equilibrio razionale dei poteri e nella Corte quella di un *custode della Costituzione* attraverso il controllo successivo sugli atti dell'ordinamento di volta in volta ad essa sottoposti.

proprio rappresentare lo strumento privilegiato perché una simile evenienza rimanga relegata ai margini estremi del contesto dei rapporti tra esecutivo e Presidente della Repubblica.

Del resto credo che una ricostruzione nei termini che si sono proposti finisca con l'affiorare anche dalla recente precisazione formulata dallo stesso Capo dello Stato quando ha sottolineato che l'autonoma ed esclusiva responsabilità rimane in capo al Governo in relazione «alle scelte di indirizzo e di contenuto del provvedimento d'urgenza», mentre vanno ricondotti nell'alveo dei rapporti della collaborazione sia i «*profili di costituzionalità*» che quelli della «*coerenza e correttezza legislativa nel rapporto con l'attività parlamentare*»<sup>26</sup>.

Quando poi, come è avvenuto nella vicenda in questione, l'assenza evidente dei presupposti costituzionali a sostegno del decreto si coniughi con un contenuto dell'atto che mira palesemente ad incidere sulle garanzie dei diritti, anche con la potenziale produzione di effetti irreversibili, mi pare che la via del rifiuto finisca per rappresentare una scelta, sempre sofferta, ma obbligata, proprio in considerazione di quella funzione di garanzia complessiva dell'ordinamento che spetta al Presidente<sup>27</sup>. Tanto meno a diverse conclusioni si può giungere ipotizzando come rimedio l'esercizio del doppio potere di rinvio (sia sul decreto-legge che, successivamente, sulla legge di conversione<sup>28</sup>) perché in tal modo, comunque, resterebbe attenuato, se non del tutto vanificato, il profilo del controllo immediato sulla mancanza assoluta dei presupposti costituzionali che, al contrario, rappresenta, per le ragioni che si sono dette, la vera, decisiva ragione che suggerisce il ricorso al rifiuto e che in quel caso, di fronte alla persistenza del governo ed alla decisione parlamentare, rimarrebbe completamente travolto.

Né, d'altra parte, al riconoscimento di siffatto potere, per sua natura destinato ad un esercizio rispetto a casi, comunque, di estrema gravità, sembra possibile opporre il rischio di un coinvolgimento del Presidente nella determinazione dell'indirizzo politico di maggioranza, sia perché esso rimane rigorosamente confinato ad un aggancio puntuale a stringenti ragioni di legittimità costituzionale, filtrate dai meccanismi della leale collaborazione istituzionale, sia perché un governo retto da una compatta maggioranza parlamentare possiede comunque strumenti per realizzare le scelte di indirizzo (come l'esperienza dimostra ampiamente). Quella del Presidente della Repubblica, rimane un'operazione di bilanciamento nella quale, di fronte al rischio di una compromissione, senza rimedio, degli equilibri egli finisce per far prevalere le

<sup>26</sup> Le frasi in corsivo sono tratte dalla nota della Presidenza della Repubblica del 24 febbraio 2009 recante «*Precisazioni sulla leale collaborazione istituzionale tra Governo e Presidenza della Repubblica in materia di decreti legge*».

<sup>27</sup> V., sul punto, le considerazioni di V. ONIDA, *Il controllo del Presidente della Repubblica sulla costituzionalità dei decreti-legge*, in [www.astrid-online](http://www.astrid-online), febbraio 2009, il quale pur individuando nel veto sospensivo mediante rinvio il rimedio più adeguato, riconosce come sia ragionevole «ritenere che il controllo del presidente sulla costituzionalità del provvedimento, relativamente ai presupposti di necessità ed urgenza nonché al contenuto di esso, possa essere più penetrante, anche per difendere le competenze del Parlamento» e finisce poi con l'ammettere che il «veto assoluto» possa essere opposto nei casi limite di decreti legge eversivi o suscettibili di produrre, durante il loro provvisorio vigore, effetti irreversibili.

<sup>28</sup> Sui problemi connessi al rinvio della legge di conversione v., già, le notazioni di C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1985, p. 301; più di recente l'ampia e problematica riflessione di P. CARNEVALE, *La decadenza del decreto-legge a seguito di rinvio alle Camere della relativa legge di conversione: un accadimento proprio ineluttabile?*, in *Rass. parlam.*, 2004, p. 267 ss.

ragioni di garanzia complessiva della Costituzione rispetto alle esigenze di realizzazione dell'indirizzo politico governativo, senza che questo possa comportare una confusione di ruoli o un suo coinvolgimento nelle scelte di politica legislativa.

Forse quello della più esatta comprensione e delimitazione dei poteri presidenziali si rivela come uno dei pochi<sup>29</sup>, positivi aspetti di questa aspra vicenda che affonda le sue radici nella progressiva trasfigurazione del decreto legge e nella distorta, più recente convinzione che esso rappresenti uno strumento utilizzabile, non solo al di là dei limiti costituzionali, ma perfino contro la Costituzione allo scopo di indebolirne la sua forza.

---

<sup>29</sup> Per una serie di considerazioni che mirano a cogliere nella vicenda del conflitto sul decreto legge per il «caso Englaro» una serie di possibili, positivi sviluppi per il diritto costituzionale, v. T.GROPPI, *Il caso Englaro: un viaggio alle origini dello Stato di diritto e ritorno*, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it), febbraio 2009, la quale pone l'accento, soprattutto, sui possibili sviluppi del sistema delle garanzie dei diritti.