

Seminario di ASTRID
Il potere, le regole, i controlli: la Costituzione e la vicenda Englaro
Roma, 5 marzo 2009

In margine al caso E.: sui limiti della funzione legislativa

Vincenzo Cerulli Irelli

1. Il caso E. di cui ci stiamo occupando, nei suoi aspetti istituzionali, solleva una serie di questioni, di grande interesse, in ordine ai limiti del potere legislativo nell'ambito di un ordinamento, come il nostro, fondato su una Costituzione rigida e sul controllo di costituzionalità delle leggi.

Al di là dei limiti che il potere legislativo, sia dello Stato che delle Regioni, incontra nelle norme costituzionali nonché nei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario o dai trattati internazionali ai sensi dell'art. 117, 1° comma, si pone la questione dei limiti che il potere legislativo incontra laddove esso intende fuoriuscire dal suo ambito naturale, che è quello della emanazione di norme giuridiche applicabili alla generalità delle fattispecie individuate dalle norme stesse; e verificatesi nell'ordine della realtà, successivamente all'entrata in vigore della legge relativa.

Si tratta della questione ben nota, relativa al divieto di retroattività della legge, salve eccezioni da valutarsi in base ad uno stretto scrutinio di costituzionalità, e perciò delle leggi c.d. interpretative; nonché delle questioni, più direttamente attinenti all'oggetto delle nostre riflessioni, della c.d. riserva di amministrazione e della c.d. riserva di giurisdizione. Laddove il legislatore si trasforma in amministratore o in giudice, emana cioè atti che hanno la forma della legge ma hanno il contenuto di atti amministrativi ovvero sono chiamati a produrre effetti che incidono su materie già definite in sede giurisdizionale o che sono in corso di definizione attraverso un procedimento giurisdizionale.

Su questi punti, come è noto, la giurisprudenza costituzionale è assai oscillante, spesso perplessa, e non sempre è orientata a porre argini precisi allo strabordare del potere legislativo al di là della funzione sua propria, che è quella appunto di produrre norme giuridiche.

E così, in ordine alle leggi interpretative aventi carattere retroattivo la giurisprudenza della Corte si limita a vincolare il legislatore al rispetto stretto del principio di ragionevolezza, dell'affidamento del cittadino, cui si aggiunge l'ulteriore criterio che con la legge interpretativa e perciò retroattiva, sia fissata una delle possibili interpretazioni già consentite dalla norma interpretata, senza possibilità quindi di innovare attraverso questo strumento l'ordinamento positivo (Corte cost., n. 397/94).

E in ordine alla c.d. riserva di amministrazione, è ben noto che la giurisprudenza della Corte è stata sempre larga nell'ammettere la legittimità di leggi provvedimento, addirittura di leggi che prendono il luogo di atti amministrativi, la cui adozione sarebbe stata possibile da parte della pubblica amministrazione mediante l'applicazione di leggi generali. Ma su questo punto la posizione della dottrina è assai più rigida, e critica verso quella giurisprudenza; che sembra tuttavia

di recente orientata, anch'essa, verso posizioni più rigide: “sostituire con un atto legislativo quanto può essere realizzato dalla Regione mediante un apposito provvedimento amministrativo”, espressamente disciplinato da legge statale, è contrario al dettato costituzionale, secondo la Corte, anche per la violazione delle garanzie rappresentate dagli “ordinari strumenti di tutela giurisdizionale” (Corte cost., n. 271/08).

Mentre in ordine alla cd. riserva di giurisdizione la posizione della Corte sembra essere, pur con oscillazioni soprattutto nella giurisprudenza meno recente, assai più rigida, laddove afferma essere “*comunque precluso al legislatore di intervenire, con norme aventi portata retroattiva, per annullare gli effetti del giudicato*” (Corte cost. n. 282/05); e al di là dell'incidenza sul giudicato, laddove sanziona il potere legislativo laddove espresso in una legge “*intenzionalmente diretta ad incidere su concrete fattispecie sub iudice*” (Corte. cost. n. 397/94).

2. In ordine a questi aspetti (delicati e complessi, che ovviamente qui non possono essere esaminati), emerge la consapevolezza che il potere legislativo nell'ordinamento costituzionale incontra dei limiti (che, se travalicati, producono l'illegittimità dei relativi atti) dati dal carattere proprio della funzione (quella della predisposizione normativa) che a detto potere è riservata.

Invero, al di là delle oscillazioni giurisprudenziali, spesso giustificate da esigenze di salvare scelte legislative irreversibili, ritengo si possa affermare che, nell'ambito dei nostri principi costituzionali, sia precluso al legislatore adottare nelle forme della legge, atti nel loro contenuto ascrivibili ai meri atti amministrativi (diverso è il caso di una legge singolare o legge provvedimento, che pur non dotata del carattere della generalità può avere valore innovativo dell'ordinamento).

E ciò perché in tal modo vi sarebbe una evidente violazione di principi stabiliti dalla Costituzione, in ordine all'esercizio della funzione amministrativa, che è funzione non libera ma vincolata nei fini, e soggetta al canone della imparzialità, mentre la funzione legislativa è libera e soggetta solo al rispetto delle norme costituzionali; e d'altra parte vi sarebbe evidente violazione degli artt. 103 e 113 Cost., oltre che più in generale dell'art. 24 Cost., perché il soggetto inciso nei suoi diritti o interessi legittimi dall'atto legislativo che prende il luogo dell'atto amministrativo, non avrebbe nelle sue mani gli strumenti della tutela giurisdizionale assicurati dalla Costituzione a “*tutti*”, senza possibilità di eccezione alcuna.

Ma a maggior ragione, come peraltro generalmente riconosciuto, opera come limite alla funzione legislativa la riserva di giurisdizione. Su questo punto la Costituzione è assai più chiara che in riguardo alla riserva di amministrazione, per la quale non vi è una attribuzione esplicita al plesso pubblica amministrazione ma vi è soltanto l'indicazione dei canoni dell'azione e dei termini della tutela.

Mentre, la funzione giurisdizionale è espressamente attribuita in via esclusiva ai “*magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario*” (art. 102 Cost.), nonché ai giudici speciali espressamente previsti dalla Costituzione (art. 100, 103, 113 Cost.).

E allo stesso tempo la Costituzione stabilisce le modalità e i canoni della funzione giurisdizionale nel suo svolgimento (particolarmente art. 111 Cost.), che sono del tutto propri e differenziati da quelli relativi alle altre funzioni di governo e segnatamente dalla funzione legislativa.

3. Questi limiti, propri della funzione legislativa per la sua stessa natura, al di là degli altri posti dalla Costituzione in ordine ai contenuti delle norme e alle materie nelle quali esse intervengono, si estendono ovviamente alla funzione legislativa in ogni forma che essa nel nostro ordinamento costituzionale può assumere. E quindi sia laddove essa si svolge nella forma ordinaria, cioè mediante leggi del Parlamento (art. 70 Cost.), e a maggior ragione, si direbbe, laddove si svolge, eccezionalmente secondo la Costituzione (ma ormai ordinariamente nella prassi), attraverso atti normativi del Governo, decreti legge e decreti legislativi (artt. 76 e 77 Cost.).

In entrambe le forme, l'atto legislativo si perfeziona e perciò entra in vigore attraverso un ulteriore passaggio procedimentale di competenza del Presidente della Repubblica; il quale “*promulga*” le leggi ed “*emana*” gli atti aventi forza di legge di competenza del Governo (art. 87, Cost.).

Il potere presidenziale in questi casi, il potere di promulgare la legge, ovvero di emanare gli atti normativi del Governo, è di dubbia natura e dai contorni non precisi.

Sicuramente non si estende in nessun caso ad una valutazione nel merito delle scelte normative contenute nell'atto legge adottato dal Parlamento, e neppure nell'atto decreto adottato dal Governo. Le relative scelte restano esclusivamente affidate alla responsabilità politica rispettivamente del Parlamento e del Governo (il quale a sua volta ne risponde in Parlamento).

Sul punto, la posizione del Presidente della Repubblica nell'ordinamento costituzionale, che ha adottato pienamente e senza riserve la forma di governo parlamentare, è assai diversa dalla posizione che aveva il Re nel precedente regime statutario, corresponsabile della funzione legislativa (“*il potere legislativo sarà collettivamente esercitato dal Re e da due Camere*” : art. 3 Statuto Albertino); nonchè Capo del potere esecutivo (che appartiene al “*Re solo*”, secondo l'art. 5 dello Statuto), tuttavia esercitato dal Re attraverso “*il Suo Governo*”, e perciò sicuramente corresponsabile di ogni atto del Governo, anche nel merito delle relative scelte di carattere politico.

Il Presidente della Repubblica nell'ordinamento costituzionale laddove è titolare della adozione di atti che interferiscano con l'esercizio della funzione legislativa, è responsabile, come è noto, soltanto di garantire la legittimità costituzionale, segnatamente nei casi in cui la violazione sia manifesta, rispettivamente degli atti del Parlamento e del Governo; funzione che si esprime, appunto, nella fase, rispettivamente, della promulgazione delle leggi e dell'emanazione dei decreti.

Parlamento e Governo nelle loro diverse attribuzioni, possono adottare con i propri atti, e segnatamente con quelli a carattere legislativo, ogni scelta politica, restandone ad essi piena ed intera responsabilità (rispondendo soltanto di queste scelte di fronte alla sovranità popolare); ma incontrano il limite stabilito dal rispetto delle norme costituzionali. Parlamento e Governo sono titolari dell'indirizzo politico; ma l'indirizzo politico deve essere conforme, o se si vuole non può essere disforme, non può venire in contrasto con quello che possiamo chiamare indirizzo costituzionale: cioè quella linea di azione nell'esercizio della funzione di governo che si muove in conformità alle norme costituzionali.

4. Dell'indirizzo costituzionale è responsabile il Presidente della Repubblica, il quale perciò è tenuto ad esercitare in ordine agli atti, anche di carattere legislativo, che sono sottoposti, nelle differenti forme previste, alla sua firma, una valutazione precisa dell'atto stesso con riferimento ai vincoli posti dalle norme costituzionali; ed è da ritenere che tale valutazione investa non solo i contenuti dell'atto e le materie sulle quali esso va ad impingere, che possono risultare, gli uni, in palese violazione di singole norme costituzionali, e le altre, precluse al tipo di atto di cui si tratta (ad esempio, perché manifestamente riservate alla potestà legislativa regionale); ma anche l'eventuale (manifesto) travalicamento dei limiti propri della funzione legislativa (come nel caso, appunto, di interferenza con l'esercizio della funzione giurisdizionale).

Si badi bene, questo tipo di valutazione di carattere preliminare, cioè anteriore all'entrata in vigore dell'atto, l'unica capace di impedirne la produzione degli effetti laddove esso appaia del tutto difforme da norme costituzionali, nulla ha a che fare con il successivo, eventuale, scrutinio di costituzionalità, affidato alla Corte costituzionale, nelle forme della giurisdizione (scrutinio che in molti casi può rivelarsi del tutto inutile a fronte di effetti irreversibilmente prodotti).

5. Diverse sono le modalità nelle quali si svolge la valutazione del Presidente della Repubblica, rispettivamente in sede di promulgazione della legge e in sede di emanazione dei decreti di carattere legislativo del Governo.

Per quanto riguarda la legge, la funzione presidenziale è limitata, potendosi esprimere, in caso di accertata violazione di norme costituzionali, nel rinvio della legge stessa alle Camere con un messaggio nel quale il Parlamento è chiamato a riflettere sui dubbi di costituzionalità riscontrati. Ma, in caso di seconda approvazione della legge da parte delle Camere, anche nel medesimo testo già sanzionato dalle osservazioni presidenziali, al Presidente non resta alcun ulteriore spazio valutativo ed ha l'obbligo di promulgare la legge (art. 74 Cost.).

Qui prevale evidentemente il principio della sovranità del Parlamento, come organo titolare esclusivo (non, come nel regime statutario, "collettivamente") della funzione legislativa.

Diversa è la funzione del controllo presidenziale in ordine ai decreti del Governo; diversa non quanto ai contenuti perché si tratta sempre ed esclusivamente di un controllo di sola costituzionalità (di manifesta incostituzionalità); ma diversa quanto alla forza e agli effetti. Ciò in considerazione del fatto che la funzione legislativa del Governo è di carattere del tutto eccezionale, nel disegno costituzionale, e quindi il suo concreto esercizio è sottoposto ad un controllo assai più stretto in ordine alla ammissibilità in concreto dei singoli atti nei quali si manifesta. Ma anche perché il Presidente della Repubblica nell'ordinamento costituzionale, pur diversamente impostato rispetto al regime statutario, conserva tuttavia alcuni dei poteri propri di Capo dell'Esecutivo (come l'autorizzazione alla presentazione dei disegni di legge del Governo, la nomina dei più alti funzionari pubblici, il comando delle Forze Armate, etc.: art. 87 Cost.). Ciò consente di ritenere il rapporto tra Presidente e Governo (che pur restano, a differenza che in regime statutario, due diversi Poteri dello Stato) assai più stretto (e le rispettive funzioni assai più compenetranti reciprocamente) di quello intercorrente tra Presidente e Parlamento.

6. Ciò comporta che, in ordine agli atti legislativi del Governo, il compito di valutazione (controllo) del Presidente, a fronte dell'indirizzo costituzionale di cui egli è responsabile, ferma restando la piena responsabilità politica del Governo circa i contenuti dell'atto, deve essere svolto con il massimo scrupolo circa l'eventuale manifesto discostarsi dell'atto stesso, dai limiti costituzionali posti alla relativa funzione.

Ciò in particolare, e con ben maggiore incisività, in ordine ai decreti legge. E la ragione è molto semplice, ché questi atti non hanno alcun fondamento in una previa disposizione di legge (la legge verrà dopo e potrà anche non venire mai); e, d'altro canto, essi entrano in vigore immediatamente, producendo effetti spesso irreversibili, prima ancora che sia possibile effettuare alcun controllo da parte del Parlamento (per non dire del controllo della Corte Costituzionale, del tutto eventuale, successivo e perciò inidoneo ad incidere sugli effetti già prodotti).

E perciò, in particolare sui decreti legge, il controllo di costituzionalità (di palese incostituzionalità) che il Presidente della Repubblica deve svolgere in sede di emanazione, si configura come un controllo puntuale e doveroso, non solo in ordine alla sussistenza dei presupposti di necessità ed urgenza previsti dall'art. 77 Cost., ma anche in ordine alla sussistenza in concreto, con riferimento alla materia di cui si tratta e al contenuto dell'atto, della potestà legislativa (controllo che investirebbe l'atto anche se fosse legge del Parlamento). Deve estendersi cioè, alla valutazione se il contenuto dell'atto non travalichi i limiti che la Costituzione pone alla funzione legislativa, secondo quanto si è detto, e segnatamente, per quanto ci interessa, i limiti posti dalla riserva di giurisdizione; se si tratti perciò di un atto legislativo conforme a Costituzione non solo perché adottato in caso di necessità ed urgenza ma anche perché presenta i contenuti tipici della funzione legislativa e perciò consta di norme applicabili in avvenire, e non di norme che incidono su procedimenti giurisdizionali o addirittura ne travolgono gli esiti (e vorrei aggiungere, per citare l'altro possibile limite posto alla funzione legislativa, anche di norme che sono in realtà degli atti amministrativi).

In questi casi, compito del Presidente è quello anzitutto di convincere il Governo a modificare i contenuti dell'atto che intende adottare (da qui la prassi della comunicazione preventiva) in virtù del principio di leale collaborazione tra gli organi costituzionali. Ma nel caso in

cui il Governo adotti l'atto ritenuto incostituzionale il Presidente, a mio giudizio, ha il potere (che è un obbligo costituzionale invero) di rifiutare l'emanazione del decreto. Infatti, con riferimento a questi atti legislativi non è previsto il meccanismo del rinvio motivato; nè d'altra parte una seconda deliberazione del Governo, a differenza di quanto avviene in ordine alla seconda deliberazione delle Camere, potrebbe sanare alcunché, vista la posizione del tutto diversa rispettivamente del Parlamento e del Governo in ordine all'esercizio della funzione legislativa.

In caso di conflitto tra i due organi costituzionali, provocato dall'adozione dell'atto legislativo del Governo e dal rifiuto presidenziale di emanarlo, sarebbe aperta ovviamente la strada del giudizio della Corte costituzionale.

7. Venendo per una rapidissima osservazione, al caso di specie da cui abbiamo preso le mosse, il d.l. adottato del Governo, se contenente una norma (come sembra dal suo testo) applicabile solo per l'avvenire (e quindi non applicabile al caso E. già definito con decisione irrevocabile dell'autorità giudiziaria) risultava palesemente privo dei requisiti della necessità e dell'urgenza (trattandosi di una materia da tempo all'esame del Parlamento e in attesa di definizione); se viceversa (come appare dalle esplicite dichiarazioni dei suoi autori), contenente una norma applicabile al caso E., anzi intenzionalmente adottata per interferirvi, esso risultava palesemente incostituzionale (come lo sarebbe stata la legge che di esso, nelle intenzioni del Governo, avrebbe preso il posto) perché travalicante i limiti propri della funzione legislativa.