

## **Il controllo presidenziale e quello della Corte costituzionale: qualche osservazione in merito al rifiuto di emanazione del decreto legge per il caso Englaro**

*Roberto Romboli*

Nei giudizi espressi in ordine alla lettera inviata il 6 febbraio 2009 dal Capo dello Stato al Presidente del consiglio dei ministri in merito al decreto legge sulla vicenda Englaro, viene sovente richiamata, a vari scopi, la posizione espressa sul tema dalla giurisprudenza costituzionale, presupponendo una sorta di omologazione del controllo esercitato in via preventiva sugli atti normativi primari da parte del Presidente della repubblica e di quello svolto in via successiva dalla Corte costituzionale.

Nella lettera il Presidente Napolitano, premettendo di doversi ispirare unicamente al rispetto dei principi costituzionali, ha manifestato con chiarezza la propria contrarietà al ricorso in quella circostanza allo strumento del decreto legge, fondando la propria conclusione su tre diverse e concorrenti ragioni: a) la materia oggetto della disciplina (testamento biologico, trattamenti di alimentazione e di idratazione meccanica), riguardando le modalità di tutela dei diritti costituzionali della persona (art. 3, 13, 32 Cost.), non dovrebbe (potrebbe) essere regolata attraverso decreto legge; b) mancherebbero, nella specie, le ragioni straordinarie di necessità e di urgenza, richieste dall'art. 77 della Costituzione; c) il contenuto normativo del progettato decreto si porrebbe in evidente contrasto con fondamentali principi costituzionali ed in particolare con quello della divisione dei poteri.

La verifica dei presupposti costituzionali della decretazione d'urgenza se è vero che ha visto principalmente ed efficacemente impegnata la Corte costituzionale, è altresì noto come abbia in diverse occasioni impegnato anche l'altro "custode" della Costituzione, il Presidente della repubblica, il quale ha in proposito fatto sentire la sua voce, a volte ponendosi in sintonia con il Giudice costituzionale, altre assumendo posizioni diverse e per certi aspetti addirittura contrastanti.

Volendo fare qualche esempio, nel primo senso potremmo ricordare la lettera inviata dal Presidente Scalfaro, in data 30 maggio 1996 al presidente del consiglio incaricato Prodi, immediatamente prima della votazione sulla fiducia al governo, in cui definiva "anomalo e grave", nonché "assolutamente insostenibile" il fenomeno della reiterazione dei decreti legge, qualificato come "un'usurpazione delle prerogative del parlamento (...) e una permanente lesione dei principi fondamentali della ripartizione delle funzioni tra gli organi costituzionali, fino a minare *lo stesso concetto di divisione dei poteri, che costituisce il nucleo essenziale di tutte le costituzioni moderne*", auspicando che "prima del prossimo autunno, e cioè prima della sessione di bilancio, il problema possa essere avviato a definitiva soluzione. Se questo accadrà mi sarà evitato di dover esercitare con accentuato rigore i miei poteri di garanzia dinanzi alla reiterazione di decreti legge decaduti"

(corsi aggiunti). La sentenza n. 360 della Corte costituzionale che ha dichiarato l'incostituzionalità del fenomeno della reiterazione sarà depositata il 24 ottobre dello stesso anno.

Nell'altro senso può invece essere ricordato il messaggio attraverso il quale il 29 marzo 2002 il Presidente Ciampi restituì alle camere, ai sensi dell'art. 74 Cost., la legge di conversione del decreto legge 25 gennaio 2002 n. 4. In esso sono contenute affermazioni di notevole importanza, molte delle quali venivano a porsi in contrasto con quanto sostenuto allo stesso proposito dalla Corte costituzionale. Il Presidente della repubblica sostenne infatti che la legge 400/1988 (e le previsioni ivi contenute all'art. 15 con riguardo al decreto legge), "pur essendo una legge ordinaria, ha valore ordinamentale in quanto è preposta all'ordinato impiego della decretazione d'urgenza e deve quindi essere, del pari [alle norme costituzionali], rigorosamente osservata" (in senso esattamente opposto si era espressa Corte cost. 391/95).

A proposito del requisito della omogeneità, veniva lamentato che il testo risultante dalla legge di conversione contenesse "tante norme disomogenee", sottolineando in particolare che ciò era stato causato dall'accoglimento, da parte della legge, degli emendamenti avanzati in sede di conversione del decreto, aventi "un'attinenza soltanto indiretta alle disposizioni dell'atto originario. Cioché viene sottoposta per la promulgazione una legge che converte un decreto legge notevolmente e ampiamente diverso da quello da me a suo tempo emanato". Con ciò si veniva all'evidenza a ritenere, in contrasto con la giurisprudenza costituzionale, che il requisito della omogeneità si rivolge anche alla parte introdotta in sede di conversione in legge del decreto. Il messaggio parlava inoltre, sempre in contrasto con la giurisprudenza costituzionale, della necessaria sussistenza dei requisiti di straordinaria necessità ed urgenza con riguardo a norme inserite in sede di conversione del decreto legge.

Una simile divergenza è giustificata dal fatto che il controllo dei "due custodi", pur mosso dagli stessi scopi e finalizzato ai medesimi risultati, si svolge seguendo forme, criteri e limiti diversi. Così, solo per sottolinearne alcuni, la verifica del Capo dello Stato, a differenza della Corte costituzionale, non risulta costretta nei limiti del principio del chiesto e pronunciato, non si limita alla stretta legittimità costituzionale, ma si estende anche al cd. merito costituzionale. Da sottolineare altresì che il Presidente della repubblica è penalmente responsabile, nell'esercizio della sua funzione, di attentato alla Costituzione.

Con riguardo poi specificamente al controllo dei decreti legge pare opportuno evidenziare come 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, mentre la Corte costituzionale, in conseguenza delle forme e dei tempi attraverso i quali può esserne investita, potrà intervenire solo dopo che il decreto è entrato in vigore ed è stato convertito in legge.

La mancata considerazione di tale diversità renderebbe fin troppo facile far notare, com'è accaduto, che il Capo dello Stato non ha negato la propria firma ed ha emanato decreti legge ritenuti poi dalla Corte costituzionale privi, in maniera evidente, dei requisiti della necessità e dell'urgenza, come nei recenti casi della esclusione della condanna per peculato d'uso dalle cause di incandidabilità alla carica di sindaco e poi di decadenza dalla stessa e della espropriazione del teatro Petruzzelli di Bari, con incarico al prefetto di determinare l'indennizzo spettante ai proprietari, che

hanno costituito le prime due ipotesi di dichiarazione di incostituzionalità di disposizioni di un decreto legge per evidente assenza dei presupposti di necessità e urgenza (sentt. 171/07 e 128/08).

Ugualmente potremmo anche sostenere che ogniqualvolta la Corte dichiara la incostituzionalità di una legge, ciò starebbe a dimostrare che il Presidente della repubblica ha mancato nella sua funzione di controllo allorché ha proceduto alla promulgazione della legge, poi in tutto o in parte dichiarata incostituzionale.

L'intervento del Capo dello Stato, nella sua funzione di garanzia istituzionale del rispetto della Costituzione, si pone in termini diversi da quelli propri del controllo di costituzionalità delle leggi svolto dalla Corte costituzionale e, come nel caso di specie, appare come il frutto di una valutazione complessiva, in ordine allo specifico decreto legge sottopostogli alla firma, del profilo del merito costituzionale e di quello della stretta legittimità.

In questo senso pertanto ritengo che debba essere letta la lettera del Capo dello Stato e giudicato il suo successivo rifiuto di emanare il decreto.

Il Presidente Napolitano svolge infatti diversi rilievi, alcuni dei quali sono da ritenere rientranti nel c.d. merito costituzionale. Questo vale per quanto osservato in relazione alla materia oggetto della disciplina in questione, come risulta dall'uso dei termini “soluzione inappropriata” o tale da destare “gravi perplessità”.

Ciò non sarebbe presumibilmente stato sufficiente a negare l'emanazione del decreto, ma questo appare al Capo dello Stato altresì privo dei necessari presupposti richiesti dall'art. 77 della Costituzione, allorché questo lo si ritenga teso a dettare una disciplina e comunque ad intervenire su una materia che da tempo il parlamento discute, non essendosi in proposito verificato “nessun fatto nuovo che possa configurarsi come caso straordinario di necessità ed urgenza ai sensi dell'art. 77 della Costituzione”.

Tale requisito non può ritenersi integrato da “un singolo caso”, pur se drammatico, quale quello dell'aver iniziato l'applicazione del protocollo per il distacco della alimentazione a Eluana Englaro, nonostante che questo fosse il motivo chiaramente e dichiaratamente ispiratore del decreto legge, sembrando davvero difficile sostenere che il provvedimento non potrebbe definirsi *ad personam* in quanto nel testo del decreto non si parla espressamente di “Eluana Englaro”.

Forse neppure questo elemento, da solo, sarebbe stato ritenuto sufficiente per negare l'emanazione del decreto, ma qualora il caso straordinario di necessità e di urgenza fosse visto nel suddetto fatto e nella necessità di “salvare” una vita umana, si determinerebbe allora una evidente violazione di principi essenziali del nostro ordinamento costituzionale, quale quello dell'esercizio di diritti costituzionali e della separazione dei poteri, in quanto il decreto si proporrebbe di impedire l'esercizio di un diritto, derivato da principi costituzionali, accertato attraverso una serie di pronunce dell'autorità giudiziaria, rispetto alle quali la Corte costituzionale ha escluso che si possa muovere il rilievo di aver sconfinato dai limiti posti dalla Costituzione all'attività giurisdizionale (ord. 334/08).

Coglie esattamente l'essenza del problema Alessandro Pace (*Quella legge ancora inutile*, in *la Repubblica*, 11 febbraio 2009) quando rileva che il terreno di scontro è, “da un lato, il diritto del padre di Eluana a che fosse eseguita l'interruzione del trattamento di sostegno vitale artificiale di quest'ultima” [come stabilito nelle sentenze della Cassazione e della corte d'appello di Milano], “dall'altro lato, la pretesa del governo e delle gerarchie vaticane di mantenere Eluana in uno stato vegetativo irreversibile, a dispetto delle decisioni definitive della magistratura”.

La decisione del Capo dello Stato di non firmare il decreto legge sottopostogli dal governo pare pertanto il risultato di una valutazione globale che tiene conto dei diversi elementi, di merito e di legittimità, sopra ricordati, i quali lo hanno indotto, nella specie, ad assumere una determinata posizione.

Sempre nell'ambito di una valutazione generale può trovare spiegazione l'apparente contraddittorietà del comportamento del Capo dello Stato il quale, mentre ha rifiutato di firmare il decreto in quanto ritenuto manifestamente contrastante, nel contenuto, con principi costituzionali, ha invece autorizzato la presentazione di un disegno di legge, avente il medesimo contenuto.

Non si può in proposito non rilevare come, mentre il decreto legge sarebbe entrato immediatamente in vigore, producendo da subito i suoi effetti, anche irreversibili, il disegno di legge rappresenta solo un atto di iniziativa legislativa, privo di efficacia diretta, che dovrà essere sottoposto all'esame delle camere, le quali debbono ritenersi a conoscenza delle ragioni, esposte nella lettera al presidente del consiglio dei ministri e resa pubblica, in base alle quali il Capo dello Stato non ha firmato il decreto. A ciò si aggiunga che, nell'ipotesi in cui il parlamento non avesse tenuto affatto conto dei rilievi, sul contenuto, esplicitati dal Presidente della repubblica, questi, come osserva Gaetano Azzariti, “potrebbe ribadirlo rinviando la legge alle camere con messaggio motivato ai sensi dell'art. 74 della Costituzione repubblicana” (*Era ipotizzabile un rinvio alle camere della legge che il parlamento si apprestava a approvare per bloccare l'esecuzione della decisione “Englaro”?*, [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it)).