

Osservatorio sulle fonti

LA DECRETAZIONE D'URGENZA AL TEMPO DELLA CRISI FRA PROBLEMI DI TENUTA DELLE NORME PROCEDIMENTALI, LIMITE DI OMOGENEITÀ E CONTROLLO PRESIDENZIALE¹

di Paolo Carnevale²

1. Il mio personale ringraziamento va, innanzitutto, al Professor Rolando Tarchi per l'invito a tenere la relazione di sintesi in questo interessantissimo seminario. Ma un non meno sentito ringraziamento voglio indirizzarlo ai molti studiosi, per lo più giovani, che si sono alternati in questo serrato incontro di studi, proponendo una indagine approfondita, molto articolata per profili tematici, che in media ha saputo associare ad una buona impostazione teorica una analisi "sul campo" davvero ricchissima, in grado di fornire un quadro della prassi assolutamente esaustivo. Davvero interessante anche il progetto di *database* presentato, il quale – per la numerosità di voci e di parametri di ricerca – ben potrà costituire per gli studiosi un prezioso patrimonio cui poter attingere.

Per quanto riguarda questo mio intervento di chiusura propongo di derubricarlo da "relazione di sintesi" – di cui non ha né il grado di approfondimento, né la completezza – a "considerazioni sparse a partire dalle relazioni svolte", più aderente al carattere un po' rapsodico, inautonomo e non organico di queste mie osservazioni conclusive. Del resto, il numero e la ricchezza delle relazioni presentate in questa fitta "due giorni" di lavori – si è trattato di un vero e proprio "fuoco di fila", con una media di sette-otto interventi ogni mezza giornata – non avrebbero consentito dar conto, anche semplicemente per *flash*, delle molte cose dette.

Procederò, pertanto, ad isolare talune delle questioni affrontate e a presentare alcune mie riflessioni che traggono origine dagli stimoli ricevuti dall'ascolto delle relazioni.

2. Inizio con il tema della tenuta delle norme che regolano il procedimento endo-governativo di adozione degli atti legislativi ed, in specie, dei decreti-legge che è stato al centro dell'analisi condotta nella relazione del dott. Marchetti, ma che pure ha trovato eco in altri interventi. Quel che emerge con assoluta nettezza è il fenomeno di una costante quanto diffusa violazione: l'accuratezza dell'indagine della prassi e la dovizia di dati rendono la cosa inconfutabile. Peraltro, come è stato ben evidenziato, non si tratta di una circostanza che presenta significativi nessi di correlazione con la situazione

¹ Il presente contributo rappresenta la rielaborazione di un intervento tenuto al convegno di studi dal titolo: "Governo vs. Parlamento? Evoluzioni del potere di normazione al tempo della crisi economica", svoltosi a Pisa l'11-12 gennaio 2016. Il convegno ha rappresentato uno dei momenti conclusivi dell'unità locale pisana (coordinata dal prof. Rolando Tarchi) della ricerca PRIN 2010-2011 "Istituzioni democratiche e amministrazioni d'Europa: coesione e innovazione al tempo della crisi economica" (responsabile scientifico la Prof.ssa Alessandra Pioggia – Università di Perugia).

² Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico.

Osservatorio sulle fonti

di crisi economico-finanziaria di questi anni e con la conseguente enfaticizzazione della condizione emergenziale che si è ad essa accompagnata.

È stato infatti osservato che, di là da frangenti più o meno congiunturali, la cosa sembra trovare una sua spiegazione (ancorché non necessariamente la sua giustificazione) nella naturale conflittualità che vi è fra regole – quali sono quelle in questione – spesso ispirate al fine di assicurare una adeguata ponderatezza della decisione governativa e la esigenza di decisione rapida che è sottesa all’adozione dell’atto di decretazione d’urgenza.

Io credo tuttavia che vi sia al fondo anche un problema di carattere più generale che chiama in causa la nostra cultura giuridica e la elaborazione da parte dei giuristi (e qui uso “giuristi” come termine comprensivo, intendendo cioè sia gli operatori del diritto che la c.d. dottrina) che in punto di norme sulla normazione (o produzione) forse difetta un po’ di una adeguata e specifica riflessione, che non si limiti ad attingere a modelli gerarchico-formali i quali, a mio parere, mostrano a riguardo tutta la loro limitatezza.

Insomma, senza qui poter indugiare più di tanto, si tratta di interrogarsi sulla natura della classe delle “norme sulla normazione”, domandandosi in particolare se porre l’accento esclusivamente sul primo termine della locuzione, così da ricondurre la *species* al *genus* normativo ovvero assicurare il necessario rilievo al secondo, facendo in tal modo premio sulla *ratio* funzionale della categoria, da tenere in conto anche al di là dei meri connotati formali della norma. In questo secondo caso, il discorso dovrebbe orientarsi verso la elaborazione di uno specifico statuto teorico della norma sulla normazione che consenta di porre in luce le specificità di regime giuridico che dovrebbero caratterizzarla.

Ebbene, tornando più direttamente al nostro problema, mi chiedo in prima battuta – quantomeno con riferimento alla disciplina recata dal regolamento interno al Consiglio dei ministri – se e in quale misura quello che si è riscontrato sia espressivo di una sorta di principio generale per cui nell’ipotesi di autoproduzione di norme sulla normazione quest’ultime sarebbero caratterizzate da uno speciale fattore di debolezza, da individuarsi nella loro cedevolezza a fronte della decisione del proprio autore-destinatario di disattenderle.

Sappiamo che così è per la più antica e consolidata tipologia del genere: quella delle norme sul procedimento legislativo recate dai regolamenti parlamentari. Ma condizione non troppo diversa sarebbe da riconoscersi anche alle norme espressione del potere regolamentare della Corte costituzionale previsto dall’art. 14 della legge n. 87 del 1953, le quali dettate per disciplinarne l’organizzazione e il funzionamento finiscono anch’esse per restare nella disponibilità della stessa Corte che può in sostanza disapplicarle nell’esercizio delle proprie funzioni giustiziali, quasi che la Corte-giudice debba avere sempre la meglio sulla Corte-legislatore.

Senonché, nel primo caso il potere delle Camere di sottrarsi al loro rispetto viene temperato dalla affermazione della regola dell’unanimità – c.d. *nemine opponente* – mentre nell’altro il presupposto andrebbe verosimilmente rintracciato nella impossibilità (costituzionalmente asserita) di un sindacato sulle pronunzie del giudice costituzionale esterno alla Corte – *nemine iudicante*, verrebbe da dire.

Osservatorio sulle fonti

È evidente che si tratterebbe di condizioni non facilmente trasferibili all'attività normativa del Governo, al cui riguardo il principio del *nemine opponente* si scontrerebbe con il regime di parziale segretezza che circonda le riunioni del Consiglio dei Ministri, mentre l'insindacabilità *ab externo* non sembrerebbe trovare aggancio in Costituzione. Né quest'ultima sarebbe prefigurabile – come pure ipotizzato nella relazione del dott. Marchetti – in conseguenza del riconoscimento di una sorta di potere di sanatoria dei vizi del procedimento di adozione del decreto-legge ad opera della legge di conversione. Ad ostarvi, l'abiura (che ritengo, specie dopo la sentenza n. 171 del 2007, non più reversibile, almeno sul piano concettuale) da parte della Corte costituzionale – che pure l'aveva a lungo patrocinata – della teoria della c.d. novazione della fonte della normativa decretizia ad opera della legge *ex art. 77 Cost.*, in favore della opposta tesi della configurazione del vizio proprio del decreto-legge (anche) come vizio *in procedendo* della rispettiva legge di conversione, la cui affermazione, a far tempo dalla sentenza n. 29 del 1995, ha creato le premesse dell'affermarsi di una stagione dei controlli sull'abuso della decretazione d'urgenza in sede di giudizio di legittimità costituzionale.

In realtà, a me pare che la questione qui in esame rifluisca senza residuo alcuno in quella più generale della sindacabilità delle violazioni di norme sulla normazione che non vantino rispetto alle norme cui si rivolgono una formale sovraordinazione o comunque una specifica copertura in una norma sovraordinata. Sindacabilità che dottrina e giurisprudenza prevalenti escludono, seguendo un orientamento che parrebbe ora trovare il significativo avallo anche del legislatore costituzionale, la cui scelta di riprodurre in Costituzione vincoli formali a carico della normazione primaria già previsti a livello legislativo – mi riferisco al recente disegno di legge c.d. Renzi-Boschi di revisione dell'intera seconda parte della Costituzione, appena approvato dalle Camere, nella parte in cui, ad esempio, costituzionalizza nel novellato art. 77 i limiti alla decretazione d'urgenza previsti dalla legge n. 400 del 1988 o introduce la c.d. clausola di sola abrogazione espressa per le leggi bicamerali paritarie, ricalcando una prassi che ha avuto in questi ultimi decenni un largo seguito nella legislazione ordinaria – va interpretata, a mio parere, come una evidente presa di distanza dalla logica dei c.d. autovincoli normativi.

In questa prospettiva è sin troppo chiaro che una norma contenuta in una legge ordinaria (*id est*: legge n. 400 del 1988) e *a fortiori* in un decreto del Presidente del Consiglio (*id est*: DPCM del 1993 recante il regolamento interno del Consiglio dei Ministri) sia ritenuta non giuridicamente condizionante la validità delle norme adottate da un atto legislativo come è il decreto-legge, ancorché ne disciplini il procedimento di adozione. Ad impedirlo, per l'appunto, l'eguale (o addirittura inferiore) rango formale fra le norme in questione – la *asseritamente* condizionata e la *pretesamente* vincolante.

Ciò, salvo che la metanorma non risulti sostanzialmente ripetitiva di altra di rango superiore (o appaia provvista di una specifica copertura da parte di quest'ultima) di modo che la sua violazione diretta si trasformi in violazione indiretta della normativa sovraordinata di riferimento. Eventualità, quest'ultima, che probabilmente ricorre, per quel che qui più direttamente interessa, per la previsione dell'art. 2, comma 3, *lett. c)* 1.

Osservatorio sulle fonti

n. 400 del 1988 che, nel disporre che sono «sottoposti alla deliberazione del Consiglio dei Ministri: [...] c) i decreti aventi valore o forza di legge e i regolamenti da emanare con decreto del Presidente della Repubblica», si pone come direttamente esplicitiva dell'attribuzione al Governo dell'esercizio della potestà di decretazione d'urgenza *ex art. 77 Cost.* Attribuzione che, per generale consenso, impone una deliberazione dell'organo consiliare che, adunando in sé Presidente del Consiglio e singoli Ministri, è l'unico a poter esprimere unitariamente la volontà dell'organo complesso Governo. Onde, secondo quanto pertinentemente rilevato nella relazione del dott. Marchetti, la prassi della c.d. approvazione "salvo intese" dei decreti legge da parte del Consiglio dei Ministri – la quale evidentemente suppone una modificazione del testo decretizio a valle della sua approvazione ad opera di soggetti diversi dal Consiglio medesimo – si pone in diametrale conflitto, prima ancora che con la legge n. 400, proprio con il disposto costituzionale.

In definitiva, si tratta di un tema – quello delle norme sulla normazione – che, come dimostra anche la problematica qui esaminata, si mostra ricco di implicazioni per il costituzionalista (e non solo per il giurista teorico) e che meriterebbe – lo dico qui a mo' di sollecitazione dinanzi a questa platea di tanti valenti giovani studiosi – una riflessione ed un approfondimento specifici.

3. Un'altra questione per dir così trasversale, che mi è sembrata lambire, più o meno significativamente, diversi dei temi trattati dalle varie relazioni in punto di decretazione d'urgenza (con speciale riferimento a quella del dott. Fiumicelli) – quasi a farne una sorta di *Leit motiv* – è quella della c.d. omogeneità normativa, qui intesa sia come qualità originaria della normativa decretizia che come requisito proprio delle modifiche introdotte in sede di conversione in legge.

Ebbene, al pari della problematica precedente, anche in questo caso sarebbe a mio avviso auspicabile che in sede dottrina si compisse uno sforzo definitorio in grado di assicurare alla nozione un *ubi consistam* idoneo ad individuare una base concettuale comune cui ricondurre le sue molteplici (pretese o reali) declinazioni. Insomma, un comune sostrato in grado di offrire – ci si scusi il giro di parole – *omogeneità* alla *omogeneità*.

Definizione tanto più importante se messa in relazione, da un verso, alla natura pervasiva che la connota ed al processo incrementale di applicazione che essa pare conoscere in tempi recenti e, dall'altro, al carattere un po' rapsodico della sua progressiva introduzione nel nostro sistema normativo.

Vero è che l'omogeneità come esigenza propria della normazione risulta circondata da una certa aura di naturalità e da un *appeal* quasi istintivo, testimoniato dalle radici che vanta tanto nel diritto romano come nel pensiero filosofico-politico del costituzionalismo delle origini; tuttavia quale fattore strutturale di un complesso normativo essa viene per la prima volta affermata nel nostro ordinamento dalla giurisprudenza costituzionale. E' infatti – com'è abbastanza noto – in una celebre sentenza di fine anni settanta dello scorso secolo – n. 16 del 1978 – che la Corte costituzionale nelle vesti di giudice dell'ammissibilità del *referendum* abrogativo conia

Osservatorio sulle fonti

il nuovo (e non previsto nel diritto positivo) requisito della omogeneità della richiesta referendaria intesa come “matrice razionalmente unitaria” o “comune principio ispiratore” cui va ricondotto il tessuto normativo proposto all’abrogazione. Ciò a presidio della libertà di scelta dell’elettore *ex art. 48 Cost.*; elettore che altrimenti, posto dinanzi ad un eterogeneo complesso di atti o disposizioni afferenti ad oggetti disparati, si sarebbe trovato nella situazione di non poter scegliere fra eliminazione o mantenimento. Come si legge, infatti, in un giustamente famoso passo della pronuncia, quella libertà risulterebbe irrimediabilmente pregiudicata: sia «che i cittadini siano convinti dell’opportunità di abrogare certe norme ed a questo fine si rassegnino all’abrogazione di norme del tutto diverse, solo perché coinvolte nel medesimo quesito, pur considerando che meriterebbe mantenerle in vigore; sia che preferiscano orientarsi verso l’astensione, dal voto o nel voto, rinunciando ad influire sull’esito della consultazione, giacché l’inestricabile complessità delle questioni (ciascuna delle quali richiederebbe di essere diversamente e separatamente valutata) non consente loro di esprimersi né in modo affermativo né in modo negativo; sia che decidano di votare “no”, in nome del prevalente interesse di non far cadere determinate discipline, ma pagando il prezzo della mancata abrogazione di altre norme che essi ritengano ormai superate (e vedendosi impedita la possibilità di proporre in questo senso ulteriori referendum, prima che siano trascorsi almeno cinque anni, data la preclusione disposta dall’art. 38 della legge n. 352 del 1970)».

Un’origine, quindi, di stampo pretorio e strettamente legata alla problematica specifica dello strumento popolare di cui all’art. 75 della Costituzione e alla tipica struttura dilemmatica che caratterizza il relativo quesito che – dice la Corte – per ottenere risposta consapevole dall’elettore deve fornire allo stesso un criterio identificatore del *thema decidendum*.

Il fatto è, però, che il neo coniato criterio dell’omogeneità – a prescindere dai rilievi critici ad esso mossi sul piano del processo ermeneutico utilizzato dalla Corte per individuarlo – si presenta sin da subito affetto da una certa strutturale indeterminatezza, ascritta per lo più all’assenza di individuazione di un *fundamentum relationis*; cosa che, per un criterio tipicamente relazionale come quello in esame, è difetto non da poco. Ove individuare, infatti, il principio informatore comune della normativa oggetto del quesito? Nella identità di *ratio*, di scopo, di ambito materiale d’intervento, ecc.? Come farlo dinanzi ad un atto – la richiesta di *referendum* – privo di motivazione e provvisto semplicemente (peraltro solo a partire dal 1995) di denominazione?

Il rischio di lasciare la Corte costituzionale giudice-arbitro esclusivo, operante con assoluta discrezionalità, si palesava sin da subito. Rischio, di lì a qualche anno, trasformatosi in certezza, come testimoniato da un percorso applicativo assolutamente ondivago ed enfatico, foriero di una progressiva articolazione in molteplici sub-profilo, la cui elaborazione ha, come noto, reso il controllo di ammissibilità delle richieste di *referendum* abrogativo fra gli ambiti di competenza della Corte costituzionale quello a più alto tasso di imprevedibilità.

Ebbene, per circa un decennio, quella della omogeneità normativa è rimasta questione assolutamente circoscritta all’*hortus conclusus* dell’ammissibilità referendaria.

Osservatorio sulle fonti

A procedere allo sdoganamento della nozione e alla sua applicazione in ambito diverso da quello di origine è nel 1988 il legislatore ordinario che nella nota previsione dell'art. 15, comma terzo, della legge n. 400 di quell'anno indica l'omogeneità – assieme alla “specificità” e alla corrispondenza “al titolo” – come requisito contenutistico proprio del decreto-legge.

A lungo considerato come privo di fondamento costituzionale e, quindi, sprovvisto di capacità di condizionare l'operato del Governo che intendesse ricorrere all'atto di decretazione, esso conosce una prima valorizzazione ad opera del Capo dello Stato in sede di promulgazione della legge di conversione e, poi, della Corte costituzionale che, inizialmente, riconosce alla disomogeneità della normativa decretizia il ruolo di figura sintomatica del vizio di assenza dei presupposti di necessità ed urgenza del decreto-legge e, successivamente, la erige a condizione di legittimità costituzionale autonoma, a prezzo tuttavia di estenderne l'applicazione non solo al decreto-legge ma anche alla legge di conversione, segnatamente con riguardo agli emendamenti introdotti nella sede parlamentare nel corso del procedimento di approvazione di quest'ultima.

In tempi più recenti, l'omogeneità sbarca persino sul litorale della legislazione *ex art.* 138 Cost., con speciale riguardo alle leggi di revisione costituzionale, la cui omogeneità contenutistica – a stare ad una autorevole e abbastanza diffusa tesi dottrinarica – sarebbe frutto o, meglio, conseguenza della eventualità della loro sottoposizione al *referendum* popolare che, per ragioni analoghe a quelle a suo tempo affermate per la richiesta di *referendum* abrogativo, dovrebbe poter avere ad oggetto un tessuto normativo provvisto di “matrice razionalmente unitaria”. Significativo, a questo riguardo, è il tentativo recentemente intrapreso dal governo Letta di trasformarlo in requisito di diritto positivo, attraverso una discutibile operazione di modifica in senso derogatorio dell'art. 138 della Costituzione (cfr. ddl AS 813, [“Istituzione del Comitato parlamentare per le riforme costituzionali ed elettorali”], art. 4, comma 2 :« Ciascun progetto di legge è omogeneo e autonomo dal punto di vista del contenuto e coerente dal punto di vista sistematico») che, tuttavia, non ha avuto il tempo di andare in porto.

Da ultimo, a testimonianza del carattere pervasivo della nozione, si registra la introduzione del requisito dell'«oggetto proprio» per le leggi c.d. bicamerali paritarie nell'attuale disegno di legge di revisione della seconda parte della Costituzione, appena approvato, il quale sembrerebbe alludere ad un vincolo di omogeneità contenutistica che tuttavia appare, anche in questo caso, di non facile perimetrazione. Presidio del *genus* o per singola *species*, nozione contenutistica o per tipo, ecc.?

Senza poi dimenticare che quel medesimo disegno, novellando l'art. 77 della Costituzione, costituzionalizza il limite dell'omogeneità per il decreto-legge – bissando la formulazione dell'art. 15 l. n. 400 – come pure per la legge di conversione in emendazione.

Insomma, quella della omogeneità normativa sembra una (ir)resistibile ascesa che esige una adeguata riflessione anche in termini ricostruttivi e di elaborazione del concetto.

Tornando, per un attimo, al tema che qui ci occupa, ovvero alla decretazione d'urgenza, va segnalata l'esigenza di definire (e, se del caso, scegliere fra) i diversi

Osservatorio sulle fonti

profili della omogeneità. Come per tempo rilevato, particolarmente dal Comitato per la legislazione della Camera dei deputati, di omogeneità del decreto-legge si può parlare sia in termini di unitarietà contenutistica, che di identità finalistica e teleologica, che infine – ma a me sembra trattarsi di una figura più marginale – di imputazione istituzionale (con riguardo cioè al coinvolgimento dei singoli dicasteri). Ora, è evidente che prediligere l'una – quella contenutistica – o l'altra – quella teleologica – significa adottare rispettivamente un criterio valutativo più rigoroso o più elastico e comprensivo; cosa che suppone tuttavia l'identificazione della *ratio*, cioè a dire l'esigenza che si vuole far valere. Se, infatti, l'omogeneità la si intende legata alla provvedimentalità dell'atto governativo, allora il pendolo potrebbe pendere verso la concezione finalistica; mentre laddove si ritenesse da salvaguardare il potere di decisione parlamentare – e segnatamente la possibilità di esame da parte delle differenti commissioni parlamentari competenti per materia – allora forse ad essere preferita dovrebbe essere l'omogeneità contenutistica.

Insomma, si tratta di individuare il valore da servire.

Ad ogni modo, a togliere lo stato di dubbio circa la portata del concetto in questione potrebbe risultare utile, ancora una volta, il disegno di legge di revisione della seconda parte della Costituzione in esame alle Camere, laddove introduce un ultimo comma al testo dell'art. 77 Cost. nel quale si traduce il vincolo di omogeneità riguardante gli emendamenti introdotti in sede di conversione in divieto di approvazione di «disposizioni estranee all'oggetto o alle finalità del decreto». Ciò che evidentemente comporta – dato anche l'uso della congiunzione disgiuntiva – l'affermazione di una nozione ampia, comprensiva sia del profilo contenutistico che di quello teleologico, intesi tuttavia come reciprocamente indipendenti in quanto alternativamente in grado di assicurare in modo autonomo l'omogeneità della modifica parlamentare. Il che, peraltro, una volta asserito per la conversione in legge, non potrebbe non riflettersi mediatamente anche sull'esercizio della potestà di decretazione governativa.

Nondimeno, a sottoporre ad una attenta rimeditazione è anche la sostanziale equiparazione che si registra oramai fra disomogeneità del decreto-legge e disomogeneità della legge di conversione “in emendamento”, con la conseguente assimilazione, quanto ad attitudine viziante, dell'una all'altra situazione patologica. Si tratta invece, come già mi è capitato di osservare, di omogeneità – quella del decreto e quella della legge di conversione – diverse sotto molteplici profili.

Senza soffermarmi più di tanto, si può sinteticamente osservare quanto segue.

La prima è frutto di una scelta selettiva del materiale normativo del provvedimento d'urgenza da parte del Governo; la seconda è in qualche modo tutta dipendente da quella opzione originaria, tanto che la eterogeneità del decreto-legge finirebbe per affettare anche la legge di conversione che non introducesse emendamenti al testo di quest'ultimo. L'una sembra garantire al Parlamento la possibilità di un esame adeguato in sede di conversione; l'altra si atteggia a fattore di salvaguardia del potere governativo di decretazione, in quanto volta ad evitare stravolgimenti alla normativa recata dal decreto-legge. Questa è limite che riguarda l'esercizio del *potere* legislativo delle Camere, quella è limite rispetto all'atto individuo e non al *potere*, come dimostra il fatto

Osservatorio sulle fonti

che il vincolo di omogeneità gravante sul singolo decreto può essere superato attraverso l'esercizio opportunamente frazionato di quel *potere*.

Senza poi dire che, come osservato nella relazione del dott. Fiumicelli, esiste anche una sorta di possibile effetto di trascinamento prodotto dalla eterogeneità iniziale del decreto-legge nei confronti della eterogeneità della legge di conversione, nel senso che decreti già all'origine "obesi" finiscono per risultare più facilmente dilatibili e amplificati nella loro pluritematicità rispetto a decreti ad oggetto più specifico e meno diffuso. Sembra quasi la trasposizione, dal piano delle scienze sociali a quello del diritto costituzionale, della nota teoria delle "broken windows", secondo la quale situazioni di degrado ambientale e di contesto sono in grado di generare di per sé comportamenti ulteriormente degradanti. Insomma – si potrebbe dire – una induzione a delinquere.

Ebbene, a fronte di tutto questo, un certo, per dir così, accanimento nella repressione del fenomeno della eterogeneità "indotta" o riflessa – prodotta, cioè, nella sede parlamentare attraverso l'approvazione di emendamenti estranei – rispetto a quello della eterogeneità genetica – vale a dire, propria del contenuto decreto-legge *ab initio* – che è dato registrare in questi anni sul piano dell'azione di controllo, sia del Presidente della Repubblica che della Corte costituzionale, appare a mio avviso una asimmetria poco spiegabile e che oltretutto accentua ulteriormente quella condizione di subalternità del Parlamento nei confronti del Governo-legislatore che costituisce, ad oggi, una conclamata anomalia del nostro processo di produzione normativa.

4. C'è infine la questione dei controlli sulla decretazione d'urgenza esterni al circuito fiduciario, in specie del Presidente della Repubblica e della Corte costituzionale, con il quale intendo chiudere queste mie brevi e disorganiche considerazioni conclusive. Vi sono state delle relazioni che l'hanno affrontata specificamente, ancorché abbia fatto tangenzialmente capolino (o irruzione) anche in altri interventi non espressamente dedicati ad essa.

Rispetto al più arato tema della giurisprudenza costituzionale su decreto-legge e legge di conversione, intendo soffermare la mia attenzione sul controllo presidenziale. Controllo, come si sa, triplice o meglio triarticolato, posto che il Capo dello Stato interviene per ben tre volte all'interno della vicenda relativa ad un medesimo decreto: in sede di emanazione dello stesso, in occasione dell'autorizzazione alla presentazione alle Camere del rispettivo disegno di legge di conversione e nella circostanza della promulgazione di quest'ultima legge. Tre momenti di una medesima filiera del controllo, ma non da mettere sullo stesso piano, se è vero che, da un verso, quello dell'autorizzazione alla presentazione del disegno di legge governativo alle Camere è, per diffusa ammissione, il luogo di un sindacato presidenziale assai debole, ai limiti dell'insussistenza; mentre, dall'altro, la possibilità di uno scrutinio esercitato in occasione della promulgazione della legge di conversione risulta fortemente influenzata dall'ineluttabile effetto decadenziale del decreto-legge conseguente all'eventuale rinvio alle Camere della legge promulganda. Effetto – segnale – su cui si proporrebbe di intervenire, ancora una volta, la riforma costituzionale *in itinere*, laddove introduce nel nuovo art. 74 della Costituzione la previsione del differimento di trenta giorni del

Osservatorio sulle fonti

termine ordinario per la promulgazione, nel caso in cui il Presidente della Repubblica, chiamato a promulgare una legge di conversione, intenda rinviarla alla(e) Camera(e).

Peraltro, è sin troppo evidente che l'intervento "primo", in sede di emanazione del decreto-legge, sia in grado di condizionare i successivi, non foss'altro perché il Presidente, una volta disposta l'emanazione, ben difficilmente potrebbe posteriormente rilevare vizi di legittimità costituzionale nel tessuto normativo decretizio non precedentemente fatti valere, se non a patto di entrare in contraddizione con se stesso. Tanto che, come la prassi dimostra, i rilievi presidenziali in occasione della promulgazione della legge di conversione, ove formulati, si appuntano soltanto sugli emendamenti approvati nel corso del procedimento di conversione.

Del resto, se, come per lo più si ritiene, è il carattere preventivo a costituire la maggior virtù del controllo presidenziale sulla decretazione d'urgenza e a rappresentarne il principale plusvalore rispetto al sindacato della Corte costituzionale, è evidente che esso possa essere per l'appunto riferito al solo scrutinio esercitato in sede di emanazione.

Ora, proprio con riguardo a quest'ultimo vorrei formulare un paio di osservazioni.

Innanzitutto, credo vada posto in evidenza che oltre ad essere in grado di impedire, se del caso, la produzione di effetti da parte del decreto-legge, il giudizio preventivo si presenta anche come sindacato *contestuale, di prossimità* rispetto all'adozione dell'atto. Ciò che, nella specie, dovrebbe consentire al Presidente di godere di una condizione di privilegio nel valutare, in particolare, la sussistenza dei presupposti di necessità ed urgenza. La possibilità di esercitare uno scrutinio a stretto ridosso del momento in cui quei presupposti vengono evocati rende evidentemente l'apprezzamento sulla loro consistenza assai più facile che non a distanza di tempo (magari di diversi anni) – come per la Corte costituzionale – quando il controllore deve misurarsi in una operazione di ricostruzione *ex post* della situazione esistente in origine. Ciò che, del resto, è solito affermarsi per tutti i controlli caratterizzati da forte contaminazione fattuale. Tanto che, a mio modesto parere, la formula della evidente mancanza utilizzata, come noto, nel giudizio di legittimità costituzionale esercitato dalla Corte costituzionale come figura del vizio di carenza dei presupposti da essa sindacabile, dovrebbe declinarsi, in sede di controllo presidenziale, più semplicemente in termini di difetto *tout-court*.

Senonché, come l'esperienza ha mostrato, quella prossimità dell'intervento presidenziale rispetto all'adozione del decreto-legge, piuttosto che irrobustire il controllo del Capo dello Stato, ha finito per svuotarlo, trasformandolo in altro da sé. Non è tanto la maggiore pressione politica connessa a quella contiguità, quanto soprattutto l'affermarsi della prassi – assurda a fondamento di una vera e propria convenzione, se non addirittura di una consuetudine (facoltizzante) – dell'invio al Presidente del testo del decreto prima (cinque giorni precedenti l'esame da parte del Consiglio dei Ministri) della sua approvazione da parte dell'organo collegiale di governo, al fine di poterne acquisire (e semmai accogliere) le eventuali osservazioni. Insomma, la vicinanza – complice anche il carattere fluido ed informale e soprattutto l'assenza di un regime di pubblicità della relazione fra Presidente e Governo – ha esercitato una forza attrattiva nei confronti dell'azione presidenziale attirandola

Osservatorio sulle fonti

nell'area della decisione, trasformando così il Capo dello Stato in una sorta di co-autore dell'atto, con la conseguenza di disinnescare la sua funzione di controllo in senso proprio, sostanzialmente vanificata dalla personale corrispondenza fra controllore e controllato, a vantaggio sì della possibilità di anticipare il proprio scrutinio, ma pur sempre su di un testo ancora non definitivo e suscettibile *medio tempore* di mutamento.

Che tutto ciò risulti in linea con il ruolo e la funzione del Presidente della Repubblica nella nostra forma di governo, anche alla luce dell'evoluzione della prassi in tema di decretazione d'urgenza, è lecito quantomeno dubitare.

Così come, per converso, è lecito dubitare, a mio parere, sulla possibilità che in sede di emanazione del decreto-legge il Presidente possa vantare un potere di definitiva interdizione (rifiuto) di maggior ampiezza rispetto a quello svolto in occasione della promulgazione della legge e tradizionalmente circoscritto alle ipotesi estreme della assenza dei requisiti di riconoscibilità dell'atto o della ricorrenza delle ipotesi di responsabilità presidenziale *ex art. 90 Cost.*

Invero, a me pare che le ragioni per (continuare a) sostenere la tesi del parallelismo, quanto a latitudine, del controllo presidenziale esercitabile nelle due sedi non manchino, sia sul piano generale e sistemico, che su quello più specifico della disciplina costituzionale in tema di decretazione d'urgenza. Non è qui luogo per richiamarle, sia pur sinteticamente.

Vorrei piuttosto rilevare che neppure la prassi sembra fornire elementi utili alla tesi dell'*enlargement* del controllo del Presidente "emanatore", neanche ove ci si rifaccia a quella vicenda che è tradizionalmente considerata come il più chiaro esempio di tale espansione e che è stata richiamata anche nella presente sede. Mi riferisco al c.d. caso Englaro.

Vero è che in quella occasione – come ben si sa – l'allora Presidente Napolitano, adducendo una triplice censura di legittimità costituzionale – inappropriatezza dello strumento, violazione del giudicato, assenza dei presupposti di necessità ed urgenza – si rifiutò di emanare il decreto-legge con il quale il Governo disponeva – in «attesa dell'approvazione della completa e organica disciplina legislativa sul fine vita» – l'impossibilità, in qualsiasi caso, di sospendere l'alimentazione e l'idratazione di «soggetti non in grado di provvedere a se stessi», al fine di neutralizzare il provvedimento della Cassazione che aveva autorizzato quella sospensione per la povera Eluana Englaro. Tuttavia – come mi è già capitato di osservare – l'assoluta specificità di quell'evento non autorizza ad erigerlo a precedente in termini a sostegno della tesi qui avversata.

Mi spiego: per il decreto-legge in parola si verificava una sostanziale corrispondenza fra caso straordinario di necessità ed urgenza che dichiaratamente ne aveva sollecitato l'adozione e fattispecie applicativa del provvedimento. La quale ultima, peraltro – dati: a) l'effetto di ripristino della regola generale del divieto di interruzione dell'alimentazione ed idratazione di malati in stato di incapacità a provvedere a se stessi, derogata nella specie dal provvedimento giudiziario di autorizzazione alla sospensione; b) l'assenza di altre situazioni assimilabili e c) il carattere dichiaratamente provvisorio della disciplina recata, a titolo di anticipazione della regolazione legislativa organica

Osservatorio sulle fonti

della materia del fine vita – si presentava come sua “fattispecie esclusiva”. Insomma, presupposto e oggetto del decreto avrebbero finito nella sostanza per coincidere.

Ora, è evidente che per questa sua particolarissima configurazione il decreto-legge-provvedimento avrebbe dovuto trovare applicazione solo ed esclusivamente nella situazione di Eluana Englaro, che tuttavia, per l'intervenuta decisione oramai definitiva della magistratura, non poteva più tollerare di essere regolato *ex lege*. In sostanza, un caso di necessità ed urgenza sostanzialmente identificabile con l'oggetto, il quale era però coperto dal giudicato e, quindi, insuscettibile di nuova regolazione “in via diretta ed esclusiva” ad opera del legislatore. Come già ho avuto modo di osservare, si era in presenza di una necessità ed urgenza, *direttamente inficiata da illegittimità costituzionale*: giustificazione ed, al contempo, causa prima dell'incostituzionalità del decreto-legge. A volerla dire in breve: *un decreto legittimato dal vizio!*

Tutto questo, mi porta a ritenere trattarsi di una vicenda che per la sua assoluta peculiarità non sia in grado di esportare materiale, in tema di *ratio* e *modus decidendi* presidenziale, utile a legittimare un uso del potere di rifiuto all'emanazione del decreto-legge a più largo spettro rispetto alla configurazione tradizionale.

5. Chiudo queste mie riflessioni conclusive ancora con un apprezzamento per il lavoro svolto dai singoli relatori e dal loro coordinatore – il professor Tarchi – cui va il merito della difficile regia di un lavoro di ricerca a così tante mani. Molto ho appreso dall'ascolto e – ritengo – molto più potrò imparare dalla lettura definitiva dei lavori. Lo dico senza nessuna cortesia o formalità di rito.

Tante soprattutto le sollecitazioni ad ulteriormente approfondire che ho ricevuto, di cui spero di fare tesoro, le quali costituiscono per me il miglior bottino da portare a casa da questa bella occasione di comune riflessione.