

L'EMENDABILITÀ DEL DECRETO-LEGGE E LA FARMACIA DEL COSTITUZIONALISTA

1. L'emendabilità del decreto-legge dalla Costituente alla ricerca di una convenzione per la sostanziale inemendabilità - 2. Alle origini del 'prendere o lasciare': il 'costituzionalismo della crisi' degli anni Settanta (Ciaurro, Crisafulli, Sandulli) - 3. Gli anni Novanta: l'inemendabilità assoluta di Angiolini e l'emendabilità solo marginale di Silvestri - 4. L'inemendabilità come pharmakon per le istituzioni malate - 5. La sentenza n. 22 del 2012 della Corte costituzionale e l'omogeneità come limite della legge di conversione - 6. L'ambiguità costitutiva del pharmakon e gli effetti non padroneggiabili del limite dell'omogeneità

Il 21 settembre 1946 Mortati, prendendo la parola come relatore nella Seconda Sottocommissione dell'Assemblea costituente, fa presente che la valutazione della possibilità di riconoscere al Governo un potere normativo d'urgenza deve essere condotta tenendo innanzi tutto in considerazione "il pericolo di estromettere il Parlamento proprio dalla sua funzione caratteristica che è quella di legiferare"¹. Questa presa di posizione iniziale di Mortati, che segna l'avvio dei lavori della Seconda Sottocommissione sulla tematica dei decreti-legge, evidenzia la ragione di fondo dell'aperta ostilità dei costituenti per la decretazione d'urgenza.

Gli interventi di Mortati, di Tosato, di Einaudi, di Bozzi, di Nobile, di Uberti² sono lì a mostrare che il punto cruciale della discussione sulla decretazione d'urgenza è l'intangibilità della titolarità parlamentare del potere legislativo. Al decreto-legge si guarda con profonda avversione, più che con diffidenza o sospetto, perché si teme che esso possa rivelarsi un cavallo di Troia capace di minare ed erodere l'esclusività di quella titolarità. E' questa avversione a spiegare come mai, di fronte al richiamo di Lussu ad attenuare "il principio rigido dell'ostilità alla decretazione d'urgenza" in considerazione dell'inevitabilità, in taluni casi eccezionali, di interventi normativi urgenti dell'Esecutivo, Mortati prospetti come soluzione "l'espedito attuato in Inghilterra", ossia la possibilità che, in assenza della previsione in Costituzione del potere di decretazione d'urgenza, il Governo possa comunque ricorrere, sotto la sua responsabilità e in vista di un *bill* d'indennità parlamentare, a provvedimenti "che, a stretto rigore, dovrebbero ritenersi illegittimi, ma che avranno applicazione di fatto almeno fino a quando un giudice non ne riconoscerà l'illegittimità"³. La contraddizione che qui Mortati non esita a inserire nella discussione con la proposta di una soluzione 'all'inglese' (poi scartata dai costituenti) è in realtà un dispositivo concettuale che mira a confinare nel fattuale e nell' illegittimità il potere normativo d'urgenza del Governo per tenere indenne da qualsiasi concorrenza e da qualsiasi riduzione o amputazione la competenza legislativa delle Camere.

Dall'avvio dei lavori preparatori alla votazione in Assemblea costituente di quello che diventerà l'art. 77, e addirittura ancora in sede di coordinamento del testo, la questione della decretazione d'urgenza è essenzialmente questione dell'esclusività della spettanza parlamentare del potere legislativo, punto sul quale i costituenti vogliono segnare una radicale rottura rispetto sia all'esperienza statutaria che all'art. 2 della legge n. 129 del 1939 ("Il Senato del Regno e la Camera dei Fasci e delle Corporazioni collaborano col Governo per la formazione delle leggi"). L'inserimento nell'art. 77, appunto in sede di coordinamento, del primo comma quale disposizione di apertura vuole essere una perentoria chiusura di quella questione con il riaffermare che la titolarità del potere normativo primario spetta alle sole Camere e che non vi è la possibilità per il Governo di adottare norme di rango primario "senza l'ausilio del Parlamento"⁴.

Le parole pronunciate dai costituenti nel corso dei lavori preparatori risultano perfettamente coerenti con le parole che essi scrivono all'art. 77, nel quale ogni termine, ogni inciso, ogni proposizione, il loro

¹ Ass. Cost., Commissione per la Costituzione, Seconda Sottocommissione, 21 settembre 1946, 256.

² *Ivi*, 256 ss.

³ *Ivi*, 257.

⁴ Si veda sul punto l'intervento di T. Perassi, *ivi*, 259.

stesso ordine stanno a contrapporre alla potenza legislativa delle Camere⁵ l'impotenza legislativa del Governo e a confinare in un *hortus conclusus* i tanto temuti provvedimenti provvisori con forza di legge. Il fatto che la decretazione d'urgenza sia stata prevista unicamente al fine - come precisa Ruini⁶ - di sottoporla ai "limiti più rigorosi" e che l'art. 77 sia stato ponderato dai Costituenti, parola per parola, come un argine contro le intromissioni dell'Esecutivo nella sfera legislativa spiega perché nei lavori preparatori di tale articolo non vi è traccia del tema dell'emendabilità dei decreti-legge.

Escludere l'emendabilità del decreto-legge avrebbe significato circondare di un confine il potere legislativo delle Camere, un confine al di là del quale sarebbe stato il riconoscimento dell'esistenza in capo al Governo di un potere normativo primario autonomo, perché impermeabile ad un 'ausilio' delle Camere diverso dalla mera approvazione. Discutere dei limiti all'emendabilità avrebbe significato trasformare l'art. 77 in una disposizione sui limiti del potere legislativo delle Camere rispetto ad atti materialmente legislativi del Governo e ammettere di poter concedere al Governo, sul terreno della tanto temuta e deprecata decretazione d'urgenza, molto di più di quello che ad esso si stava concedendo con la delegazione legislativa. Difatti, nel caso della decretazione d'urgenza il Parlamento avrebbe avuto solo la possibilità di confermare o meno la normativa adottata dall'Esecutivo, mentre in quello della delegazione legislativa l' 'ausilio' del Parlamento si sarebbe concretato nella decisione se concedere o meno la delega, nella fissazione di principi e criteri direttivi, nella determinazione del suo oggetto e della sua durata, nonché nella possibilità per il legislatore delegante di dettare disposizioni di diretta e immediata applicazione, di disciplinare direttamente singoli settori dell'oggetto della delega stessa e pure di revocarla⁷.

Proprio perché per i costituenti l'art. 77 deve servire a impedire ingerenze e scorriere dell'Esecutivo nella sfera legislativa, davanti al Governo che adotta un decreto-legge non può stare un 'Parlamento convertitore', bensì il Parlamento nella pienezza e nell'esclusività della sua potenza legislativa. Anche se prevista in Costituzione, e pertanto legittima, la decretazione d'urgenza costituisce comunque una grave eccezione al principio della titolarità esclusivamente parlamentare della potestà legislativa⁸ e esige un successivo intervento legislativo delle Camere, che ripristini l'alterato ordine delle competenze e che riaffermi quel principio.

I costituenti, nel formulare l'art. 77 Cost., mettono l'accento sulla precarietà e sulla natura provvedimentale del decreto-legge⁹ e questa accentuazione sta a indicare anche che il processo di integrazione politica rimane affidato fondamentalmente alla legge¹⁰ e che questa deve intervenire per ricondurre e conformare la normativa recata dal decreto a quel processo. Proprio questa funzione di riconduzione e conformazione della normativa dettata dal decreto-legge al processo di integrazione politica esige l'emendabilità dello stesso decreto, che deve essere considerata anche alla luce della strutturale apertura del procedimento parlamentare alla valutazione delle istanze dell'opposizione e, più in generale, al suo essere il luogo dell' 'organizzazione aperta' del pluralismo e della comparizione pubblica delle idee e degli interessi¹¹. Su tutto questo si staglia la scelta dei costituenti di individuare nelle due Camere gli organi nei quali più immediatamente e efficacemente si esprime la volontà popolare e di affidare al Parlamento, nella complessiva struttura dello Stato, una posizione prevalente dal punto di vista rappresentativo¹².

I costituenti sanno che la logica del 'prendere o lasciare' porrebbe le Camere nella difficile e svantaggiosa condizione di scegliere tra la conversione e la decadenza *ex tunc* di una normativa che ha già prodotto i suoi effetti, capovolgendo a svantaggio del Parlamento la situazione di minorità in cui intendono collocare il Governo decretante. Sanno soprattutto che quella logica è assolutamente in contrasto con la

⁵ Sulla forza della legge come 'potenza': A. M. Sandulli, *Legge. Forza di legge. Valore di legge*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, 269 ss, ora in *Scritti giuridici*, I, Napoli, 1990, 55 ss, specie 60.

⁶ *Assemblea costituente*, 17 ottobre 1947, 1300. Ruini, inoltre, afferma: «< Si è pertanto, nel testo che vi ho letto, determinato, che non si può ricorrere al decreto-legge se non in casi straordinari di assoluta urgenza e necessità (la forma adottata non è positiva, di autorizzazione al Governo di emettere decreti-legge, ma è negativa ...; anche le sfumature possono servire)» (ivi, 1300-1301).

⁷ L. Paladini, *Presunzione di preminenza della legge delegante sulla legge delegata*, in *Giur. cost.*, 1960, 579 ss.

⁸ Cfr. A. A. Cervati, *Art. 70*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1985, 1 ss.

⁹ C. Mortati, *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Milano, 1964, 21; *Istituzioni di diritto pubblico*, 9a ediz., II, Padova, 1976, 704.

¹⁰ Cfr. F. Rimoli, *Presupposti oggettivi del decreto-legge. Sindacato di costituzionalità e trasformazioni della forma di governo*, in *Par condicio e Costituzione*, a cura di F. Modugno, Milano, 1997, 256-257, 260.

¹¹ Su questa topografia parlamentare: P. Ridola, *Divieto del mandato imperativo e pluralismo politico*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, II, Padova, 1986, 679 ss; *Diritti di libertà e costituzionalismo*, Torino, 1997, 62; nonché G. Filippetta, *Pluralismo e centralità rappresentativa delle Assemblee parlamentari*, in *Giur. cost.*, 2003, 4103 ss.

¹² Così M. Mazziotti di Celso, *Parlamento (funzioni)*, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1981, 760; M. Mazziotti di Celso - G. Salerno, *Manuale di diritto costituzionale*, Padova, 2002, 298.

loro volontà di negare all'Esecutivo un'autonoma legittimazione a legiferare. Difatti, i costituenti - attenti a utilizzare il termine conversione, in luogo di quelli di approvazione o di conferma, così da indicare un fenomeno ben diverso da quello della successione di due atti egualmente legittimati - sono consapevoli che la logica del 'prendere o lasciare' è storicamente legata ad assetti costituzionali, di stampo dualistico, nei quali l'Esecutivo trae la sua legittimazione, quale legislatore materiale, dal porsi come 'sostanza' e 'essenza' dello Stato, a un tempo originaria e indefettibile.

I costituenti, a cominciare da Mortati e Tosato, sanno bene che il modello esemplare del 'prendere o lasciare' è storicamente rappresentato prima dalla *Notverordnung* dell'art. 55 della Costituzione prussiana del 1850 e poi dalla *Diktaturverordnung* dell'art. 48 della Costituzione di Weimar¹³. Il primo di questi articoli chiama in causa e attiva, a fronte del *Landtag*, un'autonoma legittimazione del re quale legislatore materiale. Il secondo chiama in causa e attiva, a fronte della mediazione rappresentativa parlamentare, una autonoma legittimazione del Presidente, quale legislatore straordinario. Questa legittimazione presidenziale trae sì vigore dall'elezione diretta, ma non è altro che la riproposizione, in chiave plebiscitaria, della *Verwaltung* quale oggettività indipendente e materialità insopprimibile ed efficiente dello Stato amministrativo, à la Mayer e à la Laband¹⁴. E i costituenti sanno anche che a Weimar l'art. 48 era stato interpretato e costantemente applicato non solo nei termini di una legittimazione al conferimento di poteri eccezionali per fronteggiare situazioni di grave minaccia alla sicurezza e all'ordine pubblico, ma anche in quelli di una legittimazione all'adozione di decreti-legge, pure in materia economico-finanziaria.

Grandi voci del costituzionalismo italiano dei decenni immediatamente successivi all'entrata in vigore della Costituzione, da Mortati a Crisafulli a Paladin, fedeli alla lettera e alla *ratio* dell'art. 77 Cost., non hanno dubbi sull'emendabilità del decreto-legge¹⁵. Lo stesso Esposito, che ricostruisce la decretazione d'urgenza in modo assolutamente originale, lo fa prestando una rigorosa attenzione a quella lettera e a quella *ratio* e, pur approfondendo particolarmente la tematica degli emendamenti in sede di conversione, non nega affatto l'emendabilità del decreto-legge. Per lui è proprio perché il decreto-legge è emendabile che occorre distinguere nettamente l'ipotesi della conversione da quella della disciplina retroattiva dei rapporti insorti¹⁶. Per Esposito, per il quale la Costituzione repubblicana chiude "la parentesi della soggezione degli organi legislativi all'esecutivo"¹⁷, le Camere con la legge di conversione, oltre che convertire l'atto provvisorio del Governo, possono statuire stabilmente, in forza dell'art. 70 Cost., sull'oggetto disciplinato con tale atto e "dare anche una propria autonoma disciplina dell'oggetto regolato provvisoriamente dal Governo"¹⁸. Solo nel

¹³ Sulla persistenza di un impianto dualistico come caratteristica della storia costituzionale tedesca: C. Mortati, *La Costituzione di Weimar*, Firenze, 1946, specie 8 ss, 39 ss.

¹⁴ Cfr. M. Fioravanti, *Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell'Ottocento*, in *Crisi istituzionale e teoria dello Stato in Germania dopo la Prima guerra mondiale*, a cura di G. Gozzi e P. Schiera, Bologna, 1987, 51 ss.

¹⁵ V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, 2a ediz., II, 1, *L'ordinamento costituzionale italiano*, Padova, 1971, 81 ss; *Lezioni di diritto costituzionale*, 4a ediz. con appendice di aggiornamento, II, Padova, 1978, 82 ss; C. Mortati, *Atti con forza di legge*, cit., 27; L. Paladin, *In tema di decreti-legge*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, 533 ss; *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 2000, 257; Art. 77, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1979, 76. Peraltro, Crisafulli già nel 1942 (*In tema di leggi di conversione*, in *Foro it.*, 1942, III, 4 ss) qualifica la legge di conversione come 'legge materiale' e sostiene la tesi della novazione. Mortati nel 1931 (*L'ordinamento del Governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, Roma, 1931, 114-115) afferma che "la conversione in legge, disposta dall'art. 3 (della legge n. 100 del 1926 n.d.r.) per tutti i decreti-legge, acquista un'effettiva importanza solo per quelli fra di loro che siano destinati ad agire al di là della circostanza eccezionale che li ha occasionati, ed è conforme ai principi che in tal caso subentrano, a quello speciale, il procedimento ordinario di formazione della legge" e che, invece, la conversione ha 'valore formale' per le "provvidenze, delle quali, col cessare dell'urgenza, sia già esaurita la pratica applicazione... In questi casi non vi è quindi luogo a conversione, ma solo, se mai, a ratifica, ossia, in sostanza, a giudizio sull'opportunità dell'atto".

¹⁶ C. Esposito, *Emendamenti ai decreti-legge*, in *Giur. cost.*, 1956, 188. Peraltro, Esposito precisa che "seppure in sede di conversione siano ammissibili emendamenti del provvedimento del Governo e la conversione con emendamenti non sia da ricostruire come una mancata conversione (e regolamentazione del provvedimento non convertito attraverso emissione di una legge disciplinante *ex novo* il caso per il futuro), deve ritenersi interdetto alle leggi di conversione di mutare l'oggetto o il senso del decreto convertito" (C. Esposito, *Decreto-legge*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, 831 ss, ora in *Diritto costituzionale vivente. Capo dello Stato ed altri saggi*, Milano, 1992, 183 ss, citaz. 233 ss).

¹⁷ C. Esposito, *La Corte costituzionale in Parlamento*, in *Giur. cost.*, 1959, 623.

¹⁸ *Decreto-legge*, cit., 217-218, 236. Non sembra possibile annoverare Esposito tra i sostenitori dell'inemendabilità in forza della brevissima nota pubblicata su *Giurisprudenza costituzionale* nel 1956 (*Emendamenti ai decreti-legge*, in *Giur. cost.*, 1956, 188-189), nella quale Esposito, dopo aver osservato che la potestà del Parlamento di apportare emendamenti al disegno di legge di conversione "pare più difficilmente conciliabile con il principio-base della attuale regolamentazione dei decreti-legge che vuole che il disposto dei decreti-legge perda efficacia fin dall'inizio ove non sia convertito in legge", scioglie la problematicità rilevata con l'affermare che nel caso di modifiche che valgono solo per il futuro la legge di conversione è un atto composito che contiene una conversione senza emendamenti per il passato e una emissione di norme diverse da quelle del decreto-legge per il futuro, mentre nel caso di modifiche che vogliono valere anche per il passato la legge di conversione è un atto composito, che contiene una legge che respinge il decreto nella parte in cui lo modifica e una legge che disciplina i rapporti sorti sulla base del decreto parzialmente non convertito. La nota

caso di decreti-legge "eccedenti il disponibile con legge ordinaria", ossia di quelli che dispongono sospensioni o rotture della Costituzione, per Esposito la legge di conversione resta interamente condizionata dal contenuto dell'atto governativo convertito¹⁹.

Esposito, Mortati, Crisafulli, Paladin non solo sono lettori attenti dei lavori preparatori dell'art. 77, non solo sono ben consapevoli della crucialità rivestita dal rapporto decreto-legge/legge di conversione all'interno della forma di governo, ma riflettono sul diritto costituzionale senza staccarlo dalla storia. Per questo non ignorano il fondamentale *enjeu* politico della costruzione labandiana della legge meramente formale²⁰ e per questo ricordano che la potestà di emendare i testi sottoposti all'approvazione delle Camere costituisce il risultato di un lungo processo di trasformazione della funzione legislativa (e rappresentativa) dei Parlamenti, che inizialmente approvavano per lo più i progetti in blocco e senza emendamenti. Essi sanno, per l'inscindibile legame che nella loro riflessione unisce il diritto alla storia, che l'affermarsi del potere di emendare atti che provengono dall'Esecutivo avviene lungo uno sviluppo storico il cui motore è costituito dalla crescita della potenza rappresentativa dei Parlamenti e dall'aumento del differenziale di potenza rappresentativa rispetto ad altri soggetti, *in primis* la corona. E, al pari di Orlando, sanno che <<Se si toglie alla Camera anche il diritto di emendare le leggi, davvero che l'autorità di essa resta quasi annullata>>²¹.

In particolare, al di là delle rispettive peculiarità di pensiero, per Mortati, per Crisafulli e per Paladin, e per lo stesso Esposito (almeno per i decreti che non eccedono il disponibile con legge ordinaria), l'art. 77 Cost. fa del decreto-legge una fonte non propriamente e non interamente eguale alla legge del Parlamento²² per la provvisorietà e la precarietà della sua efficacia, per la sua incapacità di fondare situazioni giuridicamente consolidate, per la sua inidoneità a valere come fonte di disciplina di una serie indeterminata di casi futuri²³. Il terzo comma dell'art. 77 Cost., che colpisce il decreto non convertito con la perdita *ex tunc* degli effetti prodotti, chiude il circuito di produzione normativa aperto dall'emanazione del decreto-legge in modo da rendere palese e inequivoca la subordinazione di quest'ultimo alla legge di conversione. In questo contesto normativo e dogmatico, la non emendabilità del decreto-legge non è neppure pensabile perché invertirebbe la direzione di senso di quel circuito di produzione normativa, giacché il potere di conversione sarebbe condizionato dalla volontà governativa, che circoscriverebbe l'ambito e la direzione dell'attività parlamentare. In tal modo alla configurazione del decreto legislativo come fonte sub-primaria o comunque specificamente subordinata rispetto alla legge - in quanto atto sin dall'origine condizionato dalla

pubblicata nel 1956 è strettamente legata ad un importante passaggio della voce 'Decreto-legge': "Argomento decisivo a favore dell'inammissibilità degli emendamenti in sede di conversione (o meglio dell'impossibilità di vedere nella cosiddetta conversione con emendamenti *ex tunc* una vera e propria conversione) si trae dalla considerazione che oggetto di conversione è l'«atto» e non le disposizioni dell'atto. Perciò o l'atto resta convertito in tutte le sue disposizioni o non è convertito, né il Parlamento in sede di conversione può proporsi di convertire solo una parte dell'atto, alcune disposizioni sì ed altre no. Quando il Parlamento si proponga e faccia questo, esso in realtà non converte il decreto-legge, ma si giova dell'art. 77 ultimo comma e disciplina retroattivamente i rapporti insorti sulla base del decreto non convertito" (*Decreto-legge, cit.*). E' chiarissimo qui che per Esposito il decreto-legge è emendabile e che, proprio per questo, occorre distinguere nettamente l'ipotesi della conversione da quella della disciplina retroattiva dei rapporti insorti.

¹⁹ C. Esposito, *Decreto-legge, cit.*, 236 ss. Analogamente C. Lavagna, *Istituzioni di diritto pubblico*, 1a ediz., Torino, 1970, I, 369 ss.

²⁰ C. Esposito, *La validità delle leggi. Studio sui limiti della potestà legislativa, i vizi degli atti legislativi e il controllo giurisdizionale*, Milano, 1964 (ristampa inalterata dell'edizione del 1934), 153 nota 242 ("Non va poi dimenticato che, ..., l'impulso ad accentuare il significato della preesistente distinzione tra leggi formali e materiali, fu effettivamente dato soprattutto dal bisogno pratico di sostenere che i poteri del Parlamento in materia di bilancio sono limitati, e di risolvere i noti conflitti verificatisi in Prussia nel secolo passato in materia di bilancio"). Cfr. anche L. Paladin, *Ciò che rimane del concetto di legge meramente formale*, in *Studi in onore di Manlio Udina*, II, Milano, 1975, 1735 ss. Diversa la sensibilità di Crisafulli, che da un lato rimarca la rottura segnata dalla Costituzione del 1948 rispetto al "dogma della esclusiva sovranità dello Stato-soggetto" nella sua "immobile maestà" (*La sovranità popolare nella Costituzione italiana (note preliminari)*, in *Rass. giuliana di dir. e giurispr.*, 1954 e ora in *Stato popolo governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, 1985, 138 ss) - di quello Stato-soggetto che era il beneficiario diretto della concezione labandiana della legge formale - e, dall'altro, imposta il problema della legge formale, condividendone l'esistenza come categoria, con precipuo riferimento alla tematica delle leggi provvedimento e alla circostanza per cui il principio della sovranità parlamentare "esula completamente" dall'assetto repubblicano, a costituzione rigida con sindacato di validità delle leggi (*Lezioni di diritto costituzionale*, I, 1960-1961, Padova, 1961, 264 ss). Peraltro, per Crisafulli una determinata legge può qualificarsi come formale unicamente in corrispondenza di limiti appositamente e espressamente posti dalla Costituzione, non potendosi invece far derivare limiti alla potestà legislativa delle Camere dall'attribuzione, da parte dell'interprete, del carattere meramente formale ad una determinata tipologia di leggi: V. Crisafulli, *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1960, 798 nota 38. Sul significato essenzialmente politico, della teoria della legge formale, quale di criterio di ripartizione delle attribuzioni dei supremi organi statali: S. Fois, *La "riserva di legge". Lineamenti storici e problemi attuali*, Milano, 1963, specie 30 ss.

²¹ V. E. Orlando, *Principii di diritto costituzionale*, Firenze, 1889, 128.

²² V. Crisafulli, *Gerarchia e competenza, cit.*, 799.

²³ C. Mortati, *Lezioni di diritto costituzionale italiano e comparato*, Roma, 1957-1958, 187; *Atti con forza di legge, cit.*, 21; *Istituzioni di diritto pubblico*, 9a ediz., cit., II, 704; L. Paladin, *In tema di decreti-legge, cit.*, 560; *Art. 77, cit.*, 44; *Le fonti, cit.*, 238.

determinazione di volontà delle Camere e assoggettato ad una volontà eteronoma, che circoscrive l'ambito e la direzione dell'attività ad esso consentita²⁴ - si sarebbe dovuta assurdamente affiancare la configurazione del decreto-legge come fonte super-primaria rispetto alla legge.

La profondità e l'autorevolezza delle riflessioni di Esposito, Mortati, Crisafulli e Paladin lasciano un segno indelebile e definitivo sulla dottrina costituzionalistica repubblicana, che rimarrà sempre convinta, nella sua quasi totalità e al di là di qualche opinione assolutamente isolata (talmente isolata e marginale da non formare neppure oggetto di un vero e proprio confronto), dell'emendabilità del decreto-legge in sede di conversione. Così quando, nel 1973, Modugno e Nocilla provano a elencare le opinioni dottrinali contrarie all'emendabilità del decreto-legge riescono a citare soltanto uno scritto di Battini, un articolo di Valitutti e un intervento pronunciato in Senato dal senatore Filetti, oltre alla nota di Esposito del 1956, che in realtà non ha nulla a che vedere con la tesi dell'inemendabilità²⁵. Analogamente nel 1975 Predieri, nell'osservare che la prassi costituzionale non ha mai accolto la tesi del 'prendere o lasciare', "affacciata con cautela maggiore o minore da taluni studiosi o politici", ricorda unicamente l'articolo di Valitutti e la nota di Esposito²⁶.

E quando, nel 1973, nel dibattito della rivista *Gli Stati* su "La Costituzione e la crisi", proprio Crisafulli si dichiara a favore dell'inemendabilità del decreto-legge, secondo la logica del 'prendere o lasciare', lo fa precisando che l'inemendabilità non la si può desumere dalla Costituzione, segnata invece da una 'diffidenza' verso i poteri normativi del Governo. Di qui la proposta dello stesso Crisafulli di realizzare un intervento riformatore, che a suo avviso potrebbe non rivestire necessariamente la forma della revisione costituzionale, in quanto l'assenza nell'art. 77 Cost. di riferimenti all'emendabilità consentirebbe di ritenere sufficiente al riguardo una riforma dei regolamenti delle Camere²⁷. Malgrado l'evidente fragilità dell'argomento del silenzio del costituente (essendo il potere di emendamento chiaramente presupposto dalla Costituzione²⁸ è la sua limitazione che avrebbe dovuto essere dichiarata all'art. 77), nel dibattito della stessa rivista dell'anno successivo questa proposta è ripresa da Cuocolo, che pure si dichiara convinto della non desumibilità per via interpretativa dell'inemendabilità e della necessità di un intervento di riforma dei regolamenti parlamentari²⁹.

Del resto, anche l'articolo di Sandulli su *Nuova Antologia* del 1974 (che si colloca a *latere* dei dibattiti de *Gli Stati*, ai quali Sandulli partecipa), pure talvolta citato a sostegno della tesi del 'prendere o lasciare', colloca il tema dell'inemendabilità del decreto-legge esclusivamente sul terreno delle riforme costituzionali da intraprendere, così che la proposta del decreto-legge inemendabile dalle Camere è avanzata accanto a quelle del rafforzamento dei poteri del Capo dello Stato, del superamento del bicameralismo 'monocorde', della creazione di un 'Gabinetto ristretto di superministri' e della riforma della composizione del Consiglio superiore della magistratura³⁰. Impropriamente, pertanto, Manzella nel 1977³¹ parla di un 'revival' della tesi dell'inemendabilità citando i dibattiti de *Gli Stati*, sia perché prima di allora i costituzionalisti non avevano mai realmente dibattuto dell'emendabilità del decreto-legge, ritenendola ovvia prima ancora che pacifica, sia perché nel dibattito de *Gli Stati* l'inemendabilità viene in questione come riforma istituzionale e non come esito di una possibile interpretazione dell'art. 77 Cost., come puntualmente rileva Predieri parlando di "consiglio di ingegneria costituzionale"³².

I decenni successivi, sino ai giorni nostri, vedono la dottrina costituzionalistica attestata, sempre nella sua quasi totalità, sulla convinzione che la Costituzione consenta al Parlamento di modificare il

²⁴ C. Mortati, *Atti con forza di legge*, cit., 20. Si veda anche V. Crisafulli, *Gerarchia e competenza*, cit., 799-800; L. Paladin, *Presunzione di preminenza*, cit., 579 ss; nonché A. M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, 15a ediz., Napoli, 1989, 32 ss.

²⁵ F. Modugno-D. Nocilla, *Riflessioni sugli emendamenti al decreto legge*, in *Dir. soc.*, 1973, 369 nota 55 e *passim* per Battini; S. Valitutti, *La natura del decreto-legge non suscettibile di modifiche*, in *Il Globo*, 25 novembre 1970. Per Esposito si veda la nota 18.

²⁶ A. Predieri, *Il Governo colegislatore*, in F. Cazzola-A. Predieri-G. Priulla, *Il decreto legge fra governo e parlamento*, Milano, 1975, XXI nota 21.

²⁷ V. Crisafulli, *Intervento in La costituzione e la crisi*, in *Gli Stati*, 1973, n. 10.

²⁸ M. Mazziotti di Celso, *Relazione generale*, in *Il Parlamento*, *Atti del XV convegno annuale dell'Associazione italiana costituzionalisti (Firenze, 12-13-14 ottobre 2000)*, Padova, 2001, 11 ss; N. Lupo, *Emendamenti, maxi-emendamenti e questione di fiducia nelle legislature del maggioritario*, in *Le regole del diritto parlamentare nella dialettica tra maggioranza e opposizione*, a cura di E. Gianfrancesco e N. Lupo, Roma, 2007, 53 ss; G. Piccirilli, *L'emendamento nel processo di decisione parlamentare*, Padova, 2008, 109 ss.

²⁹ *Intervento in Le riforme nel sistema*, in *Gli Stati*, 1974, n. 24.

³⁰ A. M. Sandulli, *La Costituzione*, in *Nuova Antologia*, n. 2081, maggio 1974, 22 ss.

³¹ A. Manzella, *Il parlamento*, Bologna, 1977, 309.

³² A. Predieri, *Il Governo colegislatore*, cit., XXI.

decreto-legge in sede di conversione³³. Così nel 1997 Celotto, nel suo accurato studio su "L'abuso del decreto-legge", nel fare presente che la legge di conversione "tradizionalmente" viene fatta rientrare tra le leggi di approvazione e - più propriamente - tra le leggi di ratifica, collega quella 'tradizione' a Santi Romano e, non riuscendo a citare altro e più recente autore, finisce con l' invitare a riferirsi, "per un più recente quadro", alla monografia di Pitruzzella sulla legge di conversione, nella quale però è presente l'affermazione del carattere sostanziale della legge di conversione e dell'emendabilità del decreto-legge³⁴.

L'orientamento della scienza costituzionalistica risulta perfettamente in linea con la prassi parlamentare, che sin dalle prime legislature repubblicane è nel senso dell'emendabilità del decreto-legge e che tiene sempre fermo, in maniera inequivoca e costante, questo principio, ad un certo momento pure codificato dall'art. 15, comma 5, della legge n. 400 del 1988 e dall'art. 96-*bis* Reg. Camera. In effetti, nelle passate legislature, il solo precedente di affioramento in sede parlamentare della teoria dell'inemendabilità (in realtà della limitata emendabilità)³⁵ risale alla seduta della Camera dei deputati del 25 gennaio 1956, quando l'on. Amendola, in sede di esame del disegno di legge di conversione (A.C. 1926) del decreto-legge n. 1107 del 1955, recante disposizioni in favore degli operai delle aziende cotoniere, presenta un emendamento diretto a estendere le disposizioni *de quibus* agli operai delle industrie canapiere. L'on. Agrimi, intervenendo per un richiamo al Regolamento, invita il Presidente a dichiarare l'improponibilità dell'emendamento per estraneità all'oggetto della discussione ai sensi dell'art. 90 Reg. Camera. Nel motivare il suo invito, l'on. Agrimi insiste sul fatto che non appare conforme a Costituzione modificare il decreto per estenderne la portata a materia diversa da quella originariamente disciplinata. L'on. Gui prende quindi la parola per associarsi alla richiesta di inammissibilità affermando che le Camere possono modificare il decreto, ma restando nell'ambito del suo oggetto originario. Il Presidente Leone, constatato che esistevano già precedenti in senso contrario (ossia nel senso dell'emendabilità del decreto-legge), non dichiarò l'inammissibilità dell'emendamento, ma sottopose il richiamo al regolamento al voto dell'Assemblea (che poi si espresse favorevolmente), avvertendo che in caso di approvazione sarebbero risultati improponibili tutti gli emendamenti diretti a estendere le provvidenze previste dal decreto a categorie diverse dai cotonieri. Il dibattito ora ricordato mostra inequivocabilmente sia che si era già instaurata una prassi di modifiche parlamentari ai decreti-legge, sia che la contestazione di questa prassi riguarda solo le modifiche dirette ad estendere l'oggetto o la materia del provvedimento d'urgenza, sia soprattutto che l'intento dei parlamentari contrari alla proponibilità dell'emendamento era quello, tutto politico e tutto contingente, di evitare alla maggioranza di doversi esprimere contro la scelta di merito di estendere le provvidenze del decreto a ulteriori categorie di operai³⁶.

L'orientamento della scienza costituzionalistica risulta in linea, altresì, con la giurisprudenza della Corte costituzionale. Questa, anche dopo aver superato (con la sentenza n. 29 del 1995) la prima fase del

³³ A mero titolo esemplificativo, in una bibliografia letteralmente sterminata: S. Fois, *Problemi relativi agli effetti della conversione sull'impugnativa di decreti legge*, in *Giur. cost.*, 1968, 171 ss; C. Lavagna, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 369 ss; F. Sorrentino, *La Corte costituzionale tra decreto-legge e legge di conversione: spunti ricostruttivi*, in *Dir. soc.*, 1974, 506 ss; *Le fonti del diritto*, Genova, 1985, 66; F. Sorrentino-G. Caporali, *Legge (Atti con forza di)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, IX, Torino, 1994, 116; M. Raveraira, *Il problema del sindacato di costituzionalità sui presupposti della <<necessità ed urgenza>> dei decreti-legge*, in *Giur. cost.*, 1982, 1466; G. Zagrebelsky, *Manuale di diritto costituzionale*, I, *Il sistema delle fonti di diritto*, Torino, 1987, 181-182; F. Modugno, *Analisi delle disposizioni della legge 400/88 relative alla potestà legislativa del Governo. Considerazioni critiche* (1994), in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, Padova, 1998, 66; F. Rimoli, *Presupposti oggettivi*, cit., 240; T. Martines, *Diritto costituzionale*, Milano, 2003, 247; P. Carnevale, *Mancata promulgazione di legge di conversione e rinvio alle Camere: il caso del messaggio presidenziale del 29 marzo 2002*, in *Rass. parl.*, 2003, 401; G. D'Elia - A. Rentería Díaz, *Teoria e pratica delle fonti del diritto*, Roma, 2008, 228 ss; L. Degrossi, *Il Governo*, in *Diritto pubblico*, a cura di C. Amirante, Torino, 2011, 374 ss; F. Politi, *Diritto pubblico*, 2a ediz., Torino, 2011, 145; R. Bin- G. Pitruzzella, *Diritto costituzionale*, 12a ediz., Torino, 2011, 368 ss; C. Rossano, *Manuale di diritto pubblico*, 4a ediz., Napoli, 2012, 130. Alcuni autori hanno sostenuto che nell'esperienza repubblicana si è formata una consuetudine costituzionale integrativa facoltizzante in tema di emendabilità dei decreti-legge: A. Celotto, *La Corte costituzionale ha perso <<una buona occasione>> per censurare gli abusi della decretazione d'urgenza*, in *Giur. cost.*, 1994, 2259; A. Ruggeri, *Fonti e norme nell'ordinamento e nell'esperienza costituzionale*, I, Torino, 1993, 353.

³⁴ A. Celotto, *L'abuso del decreto-legge*, I, *Profili teorici, evoluzione storica e analisi morfologica*, Padova, 1997, 115 nota 26.

³⁵ Talora si fa riferimento ad un secondo precedente, riferito alla seduta della Camera dei deputati del 9 ottobre 1957 (Camera dei deputati, Il legislatura, seduta del 9 ottobre 1957, 36203 ss), ma in questo secondo caso in realtà viene in questione unicamente l'estraneità dell'emendamento (volto a consentire la vendita di alcolici senza licenza presso circoli privati o enti collettivi) al disegno di legge di conversione del decreto-legge n. 812 del 1957, recante disposizioni fiscali in materia di vendita di vino e acquavite e disposizioni sugli ammassi volontari d'uva (A.C. 3165). A differenza di quanto accade nella seduta del 25 gennaio 1956, non si fa questione della costituzionalità di un'estensione della portata del decreto, ma unicamente dell'estraneità dell'emendamento all'oggetto del provvedimento in discussione e la Presidenza dichiara improponibile l'emendamento perché estraneo alla materia.

³⁶ Camera dei deputati, Il legislatura, seduta del 25 gennaio 1956, 23047 ss.

riconoscimento alla legge di conversione di un'efficacia sanante dei vizi del decreto-legge³⁷, insieme all'ordinarietà del potere legislativo esercitato in sede di conversione continua a ritenere pacifica anche la piena emendabilità del decreto-legge, che peraltro non viene mai revocata in dubbio dagli stessi giudici a *quibus*³⁸. Addirittura con la sent. n. 355 del 2010 la Corte afferma che le norme inserite nel decreto-legge in sede di conversione possono essere oggetto di valutazione circa la sussistenza dei presupposti costituzionali di cui all'articolo 77 Cost. solo qualora non si trovino in condizione di "totale estraneità" rispetto al contenuto del decreto convertito. Qui l'omogeneità delle modifiche parlamentari è posta come una linea di demarcazione (se manca totalmente la Corte può sindacare le modifiche parlamentari), ma tracciare questa linea significa ammettere l'illimitata emendabilità del decreto-legge e in particolare l'inserimento in esso di norme anche totalmente estranee al suo originario contenuto³⁹.

In questo contesto dottrinale, giurisprudenziale e parlamentare risuona come un *coup d'éclat* il comunicato del Quirinale del 26 febbraio 2011, con il quale si annuncia che, nel promulgare la legge di conversione, con modificazioni, del decreto-legge 29 dicembre 2010, n. 225 (milleproroghe 2010), "il Presidente Napolitano ha altresì preso atto dell'impegno assunto dal Governo e dai Presidenti dei gruppi parlamentari di attenersi d'ora in avanti al criterio di una sostanziale inemendabilità dei decreti-legge. Si tratta di una affermazione di grande rilevanza istituzionale che vale - insieme alla sentenza n. 360 del 1996 con la quale la Corte costituzionale pose fine alla reiterazione dei decreti-legge non convertiti nei termini tassativamente previsti - a ricondurre la decretazione d'urgenza nell'ambito proprio di una fonte normativa straordinaria ed eccezionale, nel rispetto dell'equilibrio tra i poteri e delle competenze del Parlamento, organo titolare in via ordinaria della funzione legislativa, da esercitare nei modi e nei tempi stabiliti dalla Costituzione e dai regolamenti parlamentari"⁴⁰.

Dietro di sé questo comunicato ha il forte impegno della Presidenza Napolitano per l'introduzione di limiti all'emendabilità dei decreti-legge: già il 18 maggio 2007 il Quirinale, con un comunicato, formula l'invito a una rapida conclusione dei lavori avviati nelle Giunte per il regolamento di Camera e Senato ai fini di un'armonizzazione delle prassi seguite per la valutazione dell'ammissibilità degli emendamenti in sede di conversione. Per il Capo dello Stato, "l'adozione di criteri rigorosi diretti ad evitare sostanziali modificazioni del contenuto dei decreti-legge è infatti indispensabile perché sia garantito, in tutte le fasi del procedimento - dalla iniziale emanazione alla definitiva conversione in legge - il rispetto dei limiti posti dall'art. 77 della Costituzione alla utilizzazione di una fonte normativa connotata da evidenti caratteristiche di straordinarietà e che incide su delicati profili del rapporto Governo-Parlamento e maggioranza-opposizione". Tra i due comunicati del 18 maggio 2007 e del 26 febbraio 2011 si svolge una intensa attività di *moral suasion*, rimessa a note, comunicati e missive al Presidente del Consiglio e ai Presidenti delle Camere, attraverso la quale il Capo dello Stato sembra cercare di condurre i titolari degli organi destinatari delle missive a stipulare, dinanzi all'opinione pubblica, una convenzione sulla 'sostanziale inemendabilità dei decreti-legge'⁴¹.

La *moral suasion* della Presidenza Napolitano trova un precedente nel messaggio con il quale il Presidente Ciampi il 29 marzo 2002 rinvia alle Camere il disegno di legge di conversione del decreto-legge n. 4 del 25 gennaio 2002, richiamando l'attenzione del Parlamento sulla necessità di riferire anche al disegno di legge di conversione tanto la caratteristica della necessità e urgenza del contenuto, quanto

³⁷ Corte costituzionale, sentt. nn. 108 del 1986 e 243 del 1987, sentt. nn. 610 e 1033 del 1988, sent. 84 del 1993. Su questa giurisprudenza si veda A. Corcaro, *Il sindacato di costituzionalità sul decreto-legge*, Milano, 2000, 35 ss.

³⁸ Corte costituzionale, sentt. nn. 391 del 1995, 196 del 2004, 128 del 2008, 355 e 367 del 2010, 93 del 2011. Al riguardo si vedano A. Sperti, *Il decreto-legge tra Corte costituzionale e Presidente della repubblica dopo la "seconda svolta"*, in www.gruppodipisa.it; P. Carnevale, *Considerazioni sulle più recenti decisioni della Corte costituzionale in tema di sindacato sui presupposti del decreto-legge (sentt. nn. 171 del 2007 e 128 del 2008). Per un tentativo di lettura combinata*, in www.forumcostituzionale.it.

³⁹ Sul punto si vedano A. Ruggeri, *Ancora in tema di decreti-legge e leggi di conversione, ovvero di taluni usi impropri (e non sanzionati) degli strumenti di normazione (a margine di Corte cost. nn. 355 e 367 del 2010)*, in www.forumcostituzionale.it; A. Di Carlo, *Omogeneità dei decreti-legge: spunti di riflessione da uno studio di casi concreti della XVI legislatura*, in www.osservatoriosullefonti.it, n. 2/2011; P. Carnevale-D. Chinni, *C'è posta per tre. Prime osservazioni a margine della lettera del presidente Napolitano inviata ai Presidenti delle Camere ed al Presidente del Consiglio in ordine alla conversione del c.d. decreto milleproroghe*, in www.rivistaaic.it, n. 2/2011; A. Melani, *Considerazioni in tema di limiti al potere emendativo del Parlamento in sede di conversione*, in www.gruppodipisa.it.

⁴⁰ I testi del comunicato citato e di quelli successivamente ricordati sono consultabili in www.quirinale.it.

⁴¹ In generale sugli interventi del Presidente Napolitano in tema di conversione dei decreti-legge: D. Piccione, *Il primo messaggio di rinvio di legge alle Camere da parte del presidente Napolitano. L'art. 74, comma 1, Cost. tra la tutela del favor praestatoris e le garanzie del diritto parlamentare*, in *Giur. cost.*, 2010, 975 ss; N. Lupo, *Dal Presidente della Repubblica un freno ai decreti-legge (e alle leggi di conversione) "omnibus"*, in www.nelmerito.com; N. Maccabiani, *La <<difesa>> della posizione costituzionale degli organi parlamentari nelle procedure normative affidata alle esternazioni del Presidente Napolitano*, in www.rivistaaic.it, n. 2/2011.

l'omogeneità di quest'ultimo⁴². Tuttavia, la presidenza Napolitano segna un indubbio salto di qualità e di quantità rispetto al settennato precedente, sia per la frequenza e l'incisività dei richiami presidenziali, sia per il palese intento di coinvolgere il Presidente del Consiglio e i Presidenti delle Camere in un'intesa sull'inemendabilità dei decreti-legge, sia infine per il costante richiamo alla circostanza per cui "sottoporre al Presidente della Repubblica per la promulgazione, in prossimità della scadenza del termine costituzionalmente previsto, una legge che converte un decreto-legge notevolmente diverso da quello a suo tempo emanato, non gli consente l'ulteriore, pieno esercizio dei poteri di garanzia che la Costituzione gli affida"⁴³.

Quest'ultimo profilo consente di collocare l'impegno della presidenza Napolitano per la sostanziale inemendabilità dei decreti-legge sullo sfondo di un fenomeno più generale, rappresentato dal crescente coinvolgimento del Capo dello Stato nella vicenda formativa degli stessi decreti (si hanno rifiuti ufficiali di emanazione, emanazioni con comunicati che pubblicizzano motivazioni dissenzienti, emanazioni con comunicati recanti indirizzi al Governo e al Parlamento), con la sensazione talora di una formazione negoziata degli stessi decreti, con momenti di forte irritualità, tra Governo e Quirinale⁴⁴.

La particolare attenzione riservata dalla presidenza Napolitano al tema delle modifiche apportabili in sede di conversione non si risolve, peraltro, in indicazioni univoche e inequivoche. Da una parte la formula 'sostanziale inemendabilità', al pari di quella dell'inammissibilità di 'sostanziali modificazioni', apre un amplissimo ventaglio di possibilità e di questioni. Dall'altra, i comunicati e le lettere del Quirinale fanno riferimento talora all'estraneità delle norme introdotte in sede di conversione rispetto "all' oggetto quando non alla materia del decreto", altre volte all'estraneità rispetto "ai contenuti del decreto", altre ancora alle "finalità del decreto". Questa assenza di univocità e inequivocità potrebbe far ritenere che l'intento del Quirinale sia essenzialmente quello di far leva sulla 'naturale omogeneità' del decreto-legge per sollecitare una convenzione costituzionale sulla sostanziale inemendabilità quale strumento, duttile ed elastico, per salvaguardare la pienezza delle funzioni presidenziali di garanzia rispetto ai *desiderata* del *continuum* Governo-maggioranza. Vale a dire rispetto alla possibilità che quel *continuum* utilizzi gli emendamenti in sede di conversione per saltare il controllo del Capo dello Stato sui contenuti del decreto-legge, ponendolo nella condizione di poter esercitare quel controllo solo nella fase, ben più esposta e stringente, della promulgazione del disegno di legge di conversione.

Ciò spiega lo iato esistente tra la centralità rivestita per il Quirinale dal profilo dell'omogeneità del decreto-legge e della legge di conversione e la assoluta marginalità che tale profilo presenta nella giurisprudenza costituzionale sino alla sentenza n. 22 del 2012. Prima di questa decisione, in tema di decretazione d'urgenza è rilevabile un significativo non allineamento degli interventi rispettivamente della Corte costituzionale e del Presidente della Repubblica, investendo i primi la sussistenza dei requisiti di straordinaria necessità e urgenza e i secondi il rapporto tra il contenuto del decreto-legge originariamente emanato e le modifiche introdotte nel procedimento parlamentare di conversione. Non allineamento che a sua volta deriva da una diversa lettura dei rapporti tra atto del Governo e legge di conversione, con la Corte intenta ad evidenziare una pressoché completa autonomia del relativo procedimento parlamentare e il

⁴² Cfr. P. Carnevale, *Mancata promulgazione*, cit., 385 ss; N. Maccabiani, *La mancata conversione di un decreto-legge per effetto del rinvio presidenziale*, in www.forumcostituzionale.it; G. D'Amico, *Gli argini della Costituzione ed il <<vulcano>> della politica. Brevi considerazioni a riguardo del rinvio presidenziale della legge di conversione del decreto-legge 25 gennaio 2002, n. 4, e del suo <<seguito>> governativo*, in www.forumcostituzionale.it.

⁴³ Lettera inviata dal Presidente Napolitano ai Presidenti delle Camere, al Presidente del Consiglio e al Ministro dell'economia e delle finanze il 9 aprile 2009. Al riguardo, P. Carnevale-D. Chinni (*C'è posta per tre*, cit.), osservano che i richiami del Colle sul punto dell'omogeneità non appaiono conferenti se riferiti alla possibilità per il Capo dello stato di esercitare il controllo di costituzionalità sia perché il Capo dello stato può comunque esercitare il suo controllo in sede di promulgazione della legge di conversione, sia perché l'approvazione di emendamenti omogenei al decreto crea, sotto quel profilo, la medesima situazione dell'approvazione di emendamenti non omogenei.

⁴⁴ Cfr. A. Ruggeri, *Evoluzione del sistema politico-istituzionale e ruolo del Presidente della Repubblica*, in www.forumcostituzionale.it; M. E. Bucalo, *L' "anomala" estensione dei poteri presidenziali a fronte della "ritrosia" della Corte costituzionale nell'epoca del maggioritario*, in www.gruppodipisa.it; I. Nicotra, *Una inedita declinazione del principio di leale collaborazione istituzionale: verso un nuovo ruolo del Quirinale nell'attività di formazione delle leggi e degli atti equiparati*, in *Alle frontiere del diritto costituzionale: scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, 2011, 11 ss. A questo crescente coinvolgimento si accompagnano, nella fase finale del IV Governo Berlusconi e al momento della nascita del Governo Monti, varie irritualità presidenziali, rispetto alle quali non si è mancato di rilevare il pericolo di sconfinamenti nel terreno del rapporto fiduciario tra Camere e Esecutivo: M. Olivetti, *Governare con l'aiuto del Presidente*, in *Il Mulino*, 2012, 233 ss. Per un'attenta ricostruzione delle vicende della crisi del IV Governo Berlusconi e della nascita del Governo Monti: D. Piccione, *Anatomia di una crisi di governo*, in *Rass. parl.*, 2011, 925 ss.

Presidente della Repubblica impegnato, invece, a rimarcare il carattere vincolato ai contenuti originari del decreto-legge⁴⁵.

In dottrina non si è mancato di rilevare, prima della sentenza n. 22 del 2012, una manifesta incomunicabilità tra le due autorità di garanzia: nei vari interventi del Presidente Napolitano in tema di decreti-legge la sola pronuncia della Corte costituzionale cui si fa specifico riferimento è l'ormai lontana decisione n. 360 del 1996 sul divieto di reiterazione; simmetricamente, nella giurisprudenza costituzionale del settennato Napolitano non è rinvenibile, prima del 2012, alcun riferimento ai ripetuti e coevi interventi del Capo dello Stato⁴⁶. La grandissima prudenza mostrata dalla Corte, sino al 2012, nell'utilizzare il parametro dell'omogeneità trova la propria origine probabilmente nella consapevolezza che, in assenza di una puntuale e altrettanto severa verifica dell'esistenza della straordinaria necessità ed urgenza in sede di emanazione dei decreti, utilizzare in modo severo il parametro dell'omogeneità avrebbe significato giungere ad una ancor più piena e potente trasformazione del decreto-legge in un 'disegno di legge motorizzato'.

Altri, volendo, potrà indagare se spetti o meno al Capo dello Stato promuovere la conclusione di una convenzione per affermare una regola di enorme portata costituzionale contrastante con la prassi costantemente seguita nell'intera storia repubblicana, con l'orientamento della Corte costituzionale (sino alla sentenza n. 22 del 2012) e con l'avviso della dottrina assolutamente prevalente. Qui interessa, invece, rilevare che l'iniziativa del Capo dello Stato sembra in parte riprendere un suggerimento avanzato nel 1996 da Traversa⁴⁷. Questi, muovendo dalla constatazione che l'inemendabilità del decreto-legge potrebbe essere stabilita solo con una legge costituzionale, fa presente che, in attesa di avviare e completare il procedimento di revisione dell'art. 77 Cost., Capo dello Stato, Governo e Presidenti delle Camere potrebbero stipulare una convenzione costituzionale avente ad oggetto l'impegno del Governo a rispettare rigorosamente il requisito dell'omogeneità e l'impegno dei Presidenti delle Camere a garantire il rigoroso rispetto dei limiti all'emendabilità dei decreti, anche attraverso modifiche ai regolamenti parlamentari.

Sta di fatto che, sino al 2012, la ricerca da parte del Quirinale di una convenzione sull'inemendabilità non sembra avere successo sia per l'orientamento della Corte costituzionale, sia perché le Camere, pur proseguendo - in modo non lineare, con accelerazioni, rallentamenti e passi indietro, a seconda della specifica situazione concreta - nella loro graduale tendenza a un rafforzamento del controllo sulla proponibilità degli emendamenti ai decreti-legge, non mostrano di voler convergere sulla soluzione della sostanziale inemendabilità. Proprio lo specifico caso del 'seguito parlamentare' del comunicato del Quirinale del 26 febbraio 2011 evidenzia il persistere di una dissonanza e di una distanza tra Camere e Presidenza della Repubblica. Infatti, il 7 marzo 2011 il Presidente del Senato invia una lettera ai Presidenti di Commissione, e per conoscenza al Ministro per i rapporti con il Parlamento, nella quale all'esigenza di "ricondere la decretazione d'urgenza alle caratteristiche sue proprie di fonte normativa straordinaria ed eccezionale ... nel rispetto degli equilibri tra i poteri e le competenze degli Organi costituzionali" si ricollega la soluzione di una interpretazione particolarmente rigorosa dell'art. 97, comma 1, Reg. Sen., riprendendo l'orientamento espresso in un noto parere della Giunta per il regolamento dell'8 novembre 1984. All'innovazione della sostanziale inemendabilità annunciata dal Quirinale sembra corrispondere così la riaffermazione, da parte della Presidenza del Senato, di una soluzione che risale a 27 anni prima⁴⁸.

Intorno e a *latere* delle prese di posizione del Quirinale, mentre il Parlamento continua a ritenere ampiamente emendabili i decreti-legge, la tesi dell'inemendabilità trova un nuovo spazio in dottrina grazie alla riflessione di Antonio Ruggeri, che dall'attribuzione alla legge di conversione di una funzione di mero "controllo politico dell'operato del Governo" fa discendere la conclusione che il decreto-legge potrebbe ritenersi assolutamente inemendabile, secondo la logica del 'prendere o lasciare', o in alternativa suscettibile soltanto di "marginali modifiche"⁴⁹.

⁴⁵ Così P. Carnevale-D. Chinni, *C'è posta per tre*, cit..

⁴⁶ Così G. Piccirilli, *Il Presidente della Repubblica alle prese con un nodo ancora non sciolto dalla Corte costituzionale: l' "omogeneità" della legge di conversione*, in www.gruppodipisa.it.

⁴⁷ S. Traversa, *Patologia del decreto legge. Ipotesi di soluzione*, in *Rass. parl.*, 1996, 21 ss.

⁴⁸ Così G. Piccirilli, *Il Presidente della Repubblica*, cit.

⁴⁹ A. Ruggeri, *Ancora in tema di decreti-legge e leggi di conversione*, cit.; *Ancora una stretta (seppur non decisiva) ai decreti-legge, suscettibile di ulteriori, ad oggi per vero imprevedibili, implicazioni a più largo raggio (a margine di Corte cost. n. 171 del 2007)*, in *Foro it.*, 2007, I, 2664 ss; *"Evidente mancanza" dei presupposti fattuali e disomogeneità dei decreti-legge (a margine di Corte cost. n. 128 del 2008)*, in *Foro it.*, 2008, I, 3048 ss; *In tema di norme intrusive e questione di fiducia, ovverosia della disomogeneità dei testi di legge e dei suoi possibili rimedi*, in *Maxi-emendamenti, questioni di fiducia, nozione costituzionale di articolo*, a cura di N. Lupo, Padova, 2010, 19 ss; *E' rimediabile il disordine delle fonti?*, in *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti*, XIII, *Studi dell'anno 2009*, Torino, 2010, 415 ss; e già *Fonti, norme, criteri ordinatori. Lezioni*, Torino, 2005, 166 ss. Un sintetico riferimento al 'prendere o lasciare' è in A. Pace,

La tesi della conversione come controllo si ricollega implicitamente alle elaborazioni della dottrina statutaria e ad una affermazione incidentale di Esposito (strettamente connessa peraltro alla sua tesi del decreto-legge come atto illegittimo)⁵⁰, ma non appare minimamente in grado di fondare l'inemendabilità del decreto. Affermare che con la legge di conversione il Parlamento svolge un controllo sulla scelta del Governo non è assolutamente incompatibile con il riconoscimento che in sede di conversione il Parlamento opera come legislatore, tanto che è frequente in dottrina, da Esposito a Lavagna, l'abbinamento legge di conversione come strumento di controllo e emendabilità del decreto-legge⁵¹, anche in considerazione del fatto che la stabilizzazione degli effetti del decreto esige l'esercizio della potestà legislativa da parte del Parlamento. Inoltre, che le Camere, nel controllare l'operato del Governo in sede di conversione, innovino all'ordine legislativo preesistente attraverso l'approvazione di emendamenti può ben essere considerato, in regime parlamentare, un perfezionamento del controllo, visto che il Governo deve agire in costanza e nei limiti della fiducia delle Camere⁵².

Se si considera che il controllo ha un carattere intrinsecamente accessorio rispetto all'attività controllata⁵³ e che per Ruggeri, diversamente che per Esposito, la decretazione d'urgenza è una competenza spettante per Costituzione al Governo, si comprende facilmente come la tesi di Ruggeri sortisca l'effetto di legittimare l'autoreferenzialità contenutistica di un potere normativo primario esercitato dal Governo senza delega preventiva delle Camere. Di questo Ruggeri è ben consapevole, visto che in uno scritto del 2011 osserva che "gioverebbe forse riprendere la vecchia tesi espositiana secondo cui il decreto-legge è, per sua natura, un atto *presuntivamente* invalido"⁵⁴, mostrando peraltro di accostarsi all'art. 77 Cost. con l'atteggiamento non tanto dell'interprete, quanto dell'ingegnere costituzionale impegnato a combinare frammenti di possibili interpretazioni per conformare la decretazione d'urgenza a un proprio personale modello. Qui, difatti, non è l'inemendabilità a derivare (quale esito non necessario, ma possibile) dall'accoglimento della ricostruzione espositiana del decreto-legge, ma quest'ultima ad essere impiegata, per così dire a freddo e dall'esterno, in funzione di riequilibrio degli effetti istituzionali dell'inemendabilità.

Inoltre, sottrarre la sede della conversione alla sfera legislativa appare tanto più improprio se si considera che di regola il controllo parlamentare è caratterizzato dalla diversità tra attività controllata e attività di controllo. Questa diversità sussiste nella ricostruzione di Esposito (nella quale il decreto è fatto illegittimo e la legge di conversione è atto prescritto dalla Costituzione), ma non in quella di Ruggeri, a meno di non ritenere che per questi il decreto sia un atto fonte di rango primario e la legge di conversione un atto di controllo che riveste la forma della legge, ma che non ha né essenza né sostanza legislativa, non costituendo esercizio della relativa funzione. In questo caso, però, la riconduzione della conversione nello schema del controllo parlamentare farebbe emergere una lontananza assolutamente radicale rispetto all'art. 77 Cost., in quanto dentro quello schema alla potenza legislativa dell'Esecutivo farebbe paradossalmente fronte l'impotenza legislativa delle Camere. Acquisterebbe in tal caso chiarezza, ma di fosca luce, l'affermazione di Ruggeri secondo la quale "che le leggi le faccia il solo parlamento (art. 70) e che gli atti normativi ad esse equiparati (artt. 76 e 77) li faccia il solo Governo non può dubitarsi, a meno di chiudere gli occhi sia davanti al chiaro (per questo verso) dettato costituzionale, sia davanti all'esperienza"⁵⁵.

Ruggeri per di più non chiarisce minimamente quale dovrebbe essere il parametro del controllo esercitato dalle Camere in sede di conversione, parametro che pure deve esservi perché vi sia controllo⁵⁶. Ora, ipotizzando che il parametro consista nei casi straordinari di necessità e urgenza indicati all'art. 77 Cost. come presupposti della decretazione d'urgenza, il procedimento parlamentare di conversione verrebbe a coincidere con quello di verifica dei presupposti medesimi. A questo punto, però, dato che il ricorso al decreto-legge è previsto in Costituzione per il caso che l'intervento normativo sia talmente indifferibile da

Sull'ammissibilità costituzionale di un rinvio presidenziale parziale (o di una promulgazione parziale) di una legge, in www.astrid-online.it.

⁵⁰ C. Esposito, *La Costituzione italiana*, Padova, 1954, 58, ove si rileva che il Parlamento in sede di conversione viene in considerazione piuttosto come organo controllante e ratificante, che come organo attivo.

⁵¹ C. Lavagna, *Istituzioni*, cit., I, 350. Per Esposito si veda retro, nonché C. Esposito, *La validità delle leggi*, cit., 150. Si veda anche la sent. n. 161 del 1995 della Corte costituzionale.

⁵² Così F. Modugno, *Legge*, cit., 63.

⁵³ Cfr. C. Chimenti, *Il controllo parlamentare nell'ordinamento italiano*, Milano, 1974, 36 ss.

⁵⁴ A. Ruggeri, *Dal caos delle fonti, secondo forma, all'ordine delle norme, secondo valore: note dolenti su un'annosa e spinosa questione*, in www.gruppodipisa.it.

⁵⁵ A. Ruggeri, *Evoluzione del sistema politico-istituzionale e ruolo del Presidente della Repubblica*, in www.forumcostituzionale.it.

⁵⁶ C. Chimenti, *Il controllo parlamentare*, cit., 229 ss.; G. Silvestri, *La separazione dei poteri*, I, Milano, 1984, 220 ss.

rendere impossibile per il Parlamento far fronte in tempo utile alla situazione necessitata⁵⁷, non si comprende perché mai il Parlamento non possa, in sede di conversione, modificare le scelte compiute dal Governo, se non a condizione di voler riconoscere al Governo, *contra constitutionem*, una riserva assoluta di normazione primaria d'urgenza⁵⁸.

Ipotizzando, invece, che il parametro consista nell'indirizzo politico, non si comprende come mai dal controllo parlamentare non possano derivare, quale 'misura' del controllo, modifiche, integrazioni, correzioni anche radicali della normativa adottata dal Governo, finalizzate a renderla conforme all'indirizzo politico strutturato intorno alla relazione fiduciaria. Non a caso si è autorevolmente rilevato, in via generale, che "le leggi cosiddette di controllo del Parlamento sul Governo, pur dovendo innanzi tutto assolvere alla loro specifica funzione, possono bene, in aggiunta, contenere disposizioni di carattere cosiddetto sostanziale, ossia innovare nell'ordinamento giuridico preesistente"⁵⁹. Non va dimenticato poi che la tesi dell'atto composto (secondo la quale la legge di conversione è atto di controllo e di legislazione) nasce proprio in considerazione della emendabilità dei decreti-legge e che essa ha il suo momento di massimo fulgore nel periodo fascista, quando è utilizzata da Mortati per negare (pure in presenza dell'art. 2 della legge n. 129 del 1939) che il Governo sia organo ordinario del potere legislativo, in particolare attraverso la configurazione della conversione quale controllo sull'opportunità politica dell'atto dell'Esecutivo da compiere attraverso l'apprezzamento della necessità⁶⁰.

In ogni caso, la riflessione di Ruggeri sembra incagliarsi proprio nel suo centro: se la legge di conversione non può emendare il decreto perché è una fonte a competenza tipicizzata e se la tipicizzazione della competenza di una fonte deve trovare il proprio specifico fondamento in una disposizione costituzionale, su cosa si fonda la tipicizzazione della legge di conversione mancando nella Costituzione italiana una disposizione come l'art. 86 della Costituzione spagnola? Ruggeri prova a sottrarsi al rischio di un' *impasse* logico-dogmatica con l'osservare che "Al di là di come il fenomeno lo si veda in relazione all'art. 77 cost., qui la verità è che viene a trovarsi sotto *stress* l'art. 2 cost." e con il rilevare che consentire alle Camere di emendare il decreto sino a poterne stravolgere l'impianto normativo significherebbe abbandonare le situazioni giuridiche soggettive "in uno stato di completa incertezza circa il loro definitivo assetto"⁶¹. Questa operazione di sganciamento dall'art. 77 e di aggancio all'art. 2 Cost. finisce con il determinare una nuova, e non meno insuperabile, *impasse* logico-dogmatica, in quanto lo stato di completa incertezza circa il definitivo assetto delle situazioni soggettive interessate dalla normativa recata dal decreto-legge costituisce il naturale portato delle caratteristiche di provvisorietà e di precarietà che questo atto riveste per Costituzione, e non già la conseguenza della sua emendabilità ad opera delle Camere, così che per scongiurare tale stato occorrerebbe arrivare a sostenere che, in forza dell'art. 2 Cost., le Camere devono sempre convertire i decreti adottati dal Governo.

Non si comprende poi il senso dell'alternativa tra inemendabilità assoluta e limitatissima emendabilità indicata da Ruggeri a conclusione della sua riflessione, in quanto se si ritiene che la legge di conversione sia un mero atto di controllo, privo di capacità innovativa dell'ordine legislativo, si deve necessariamente concludere nel senso dell'assoluta inemendabilità del decreto, giacché anche modifiche marginali presuppongono quella capacità innovativa che si nega in partenza. Parimenti, a ragionare, come Ruggeri mostra di preferire, non nei termini della distinzione tra leggi solo formali e leggi anche materiali (che per Ruggeri è priva di senso pratico), bensì in quelli di articolazione e tipicizzazione delle competenze⁶², non si comprende perché mai la tipicizzazione della legge di conversione quale atto di controllo debba comportare un limitato potere parlamentare di emendamento e non l'inemendabilità secondo la logica del 'prendere o lasciare'⁶³. E ciò tanto più se si considera che per Ruggeri ogni legge, anche quella non di conversione, deve rispettare il canone costituzionale dell'omogeneità di contenuto⁶⁴.

⁵⁷ Così per tutti A. Concaro, *Il sindacato di costituzionalità sul decreto-legge*, cit., 16.

⁵⁸ Che A. Ruggeri giustamente esclude: *Fonti, norme, criteri ordinatori*, cit., ediz. 2005, 166 (ove si afferma che le Camere "rimangono i soli organi istituzionalmente titolari della funzione legislativa"); *Ancora una stretta*, cit. (ove si ritiene insussistente una 'riserva o esclusività di competenza' del Governo a far fronte agli stati di emergenza).

⁵⁹ F. Modugno, *Legge*, in *Legge-Ordinamento giuridico-Pluralità degli ordinamenti. Saggi di teoria generale del diritto*, Milano, 1985, 63.

⁶⁰ C. Mortati, *Esecutivo e legislativo nell'attuale fase del diritto costituzionale italiano*, in *Annali della Università di Macerata*, XIV, 1941, 1 ss.

⁶¹ A. Ruggeri, *Fonti, norme, criteri ordinatori*, cit., 166.

⁶² A. Ruggeri, *Fonti, norme, criteri ordinatori. Lezioni*, Torino, 2009, 5a ediz., 21, 123, 164 ss.

⁶³ Logica che, peraltro, Ruggeri a volte auspica e a volte rifiuta: cfr. rispettivamente *E' rimediabile il disordine delle fonti*, cit. e *Fonti, norme, criteri ordinatori*, cit., ediz. 2005, 166.

⁶⁴ A. Ruggeri, *"Evidente mancanza" dei presupposti fattuali*, cit.

2. *Alle origini del 'prendere o lasciare': il 'costituzionalismo della crisi' degli anni Settanta (Ciaurro, Crisafulli, Sandulli)*

La tesi del 'prendere o lasciare' oggi prospettata senza fare alcun riferimento né alla storia del parlamentarismo né a quella delle istituzioni repubblicane, ha comunque un passato e ricostruirne la genealogia può servire a comprendere perché l'inemendabilità del decreto-legge viene affermata in talune fasi della storia repubblicana, e non in altre, e perché essa, come si vedrà, viene proposta più come risposta a una contingente situazione di crisi politico-istituzionale che come soluzione di una questione di interpretazione della Costituzione. Inoltre, percorrere l'albero genealogico dell'inemendabilità può servire a meglio comprendere l'impatto reale che essa è in grado di avere sugli equilibri e sugli assetti della forma di governo parlamentare, nonché le ragioni per le quali, prima del comunicato del Quirinale del 26 febbraio 2011, questa tesi, sempre assolutamente minoritaria e marginale in dottrina, non ha mai ricevuto alcuna considerazione da parte dei titolari degli organi costituzionali.

Il passato repubblicano del 'prendere o lasciare' ha inizio con un poco noto e presto dimenticato scritto di Battini del 1968⁶⁵, che ben può essere considerato a un tempo la falsa partenza dottrinale del 'prendere o lasciare' e l'inizio di un'aspirazione a 'tornare alla Costituzione' riscrivendola e inventando sul momento un mai esistita tradizione dell'inemendabilità. In questo scritto si afferma che "la volontà del Costituente è stata quella di porre al Parlamento una ben precisa alternativa: o il decreto, globalmente considerato, è stato emanato perché risponde ai generali criteri informativi che ispirano le Camere in materia, ed allora occorre convertire - anche se si dissente su alcune singole disposizioni - al fine soprattutto di legittimare gli effetti materiali già prodotti; oppure il Governo ha male interpretato la presumibile volontà delle Camere, ed allora queste ultime non convertono con la possibilità, peraltro, di <<regolare>> con legge i rapporti sorti sulla base del decreto non convertito"⁶⁶. Battini qualifica la legge di conversione come legge meramente formale e offre al lettore l'eclettica possibilità di ritenere tale legge alternativamente una ratifica, una conversione in senso stretto, un atto di controllo o, infine, l'avveramento di una condizione risolutiva negativa commista a termine. È interessante segnalare non tanto l'assenza totale di interesse per lo scritto di Battini da parte degli autori favorevoli all'emendabilità del decreto, quanto la circostanza per cui nei decenni successivi quello scritto cadrà del dimenticatoio e non sarà citato neppure dai pochissimi autori che sostengono la tesi dell'inemendabilità⁶⁷.

L'oblio presto caduto su Battini fa sì che la prima casella dell'albero genealogico del 'prendere o lasciare' sia di fatto occupata dalla riflessione di Gian Franco Ciaurro⁶⁸, che alla metà degli anni Settanta fa derivare l'inemendabilità, quale ordinaria caratteristica del procedimento di conversione del decreto-legge, innanzi tutto dalla considerazione per cui non può farsi dipendere l'affermazione della responsabilità politica del Governo - e quindi la sua stessa permanenza in carica - dalla sorte di un provvedimento che non sia esattamente quello adottato dal Governo stesso, giacché l'emendabilità del decreto vanificherebbe la

⁶⁵ F. Battini, *Conversione ed emendamenti in tema di decreti-legge*, in *La funzione amministrativa*, 1968, 353 ss. Prima di Battini l'inemendabilità è sostenuta, in termini assai diversi da quelli del 'prendere o lasciare', da Balladore Pallieri (*Diritto costituzionale*, Milano, 1959, 233, nonché le successive edizioni e in particolare l' 8a ediz., Milano, 1965, 270). Per Balladore Pallieri, infatti, all'emendabilità del decreto-legge ostano le norme dei regolamenti parlamentari e non quelle della Costituzione, in quanto le Camere non possono modificare il decreto-legge, e soprattutto estenderne l'ambito di applicazione, perché la presentazione del disegno di legge di conversione altera l'ordine normale dei lavori delle Camere e non può essere usato per scavalcare i disegni di legge ordinari già giacenti in Parlamento.

⁶⁶ F. Battini, *Conversione ed emendamenti*, cit., 371.

⁶⁷ Probabilmente il silenzio su Battini è dovuto al fatto che ricordarlo sarebbe scomodo, visto che Battini utilizza coerentemente la categoria della legge formale in un contesto di manifesta e forte compressione del ruolo normativo e rappresentativo delle Camere, come mostrano l'ardita affermazione per cui la volontà delle Camere di convertire il decreto potrebbe esprimersi anche senza ricorrere alla procedura di approvazione delle leggi ordinarie e l'altra per cui la conversione sarebbe un atto privo di efficacia sostanziale diretta ed idoneo unicamente ad incidere sull'applicabilità del decreto. Vi è anche, e egualmente manifesta, in Battini l'aspirazione a sbarazzarsi del principio dell'eccezionalità del potere di decretazione d'urgenza attraverso un'interpretazione che si autodefinisce letterale, ma che in realtà riscrive il l'art. 77 Cost. ("la lettera del primo comma dell'art. 77 autorizza espressamente ad assimilare il decreto-legge ad un decreto legislativo emesso in assenza di delega preventiva") sostituendo di fatto ai presupposti di straordinaria necessità ed urgenza "la conformità all'orientamento in materia dell'organo legislativo".

⁶⁸ G. F. Ciaurro, *Legiferare per decreti*, in *Nuovi studi politici*, 1974, n. 2, 95 ss.; *Il Governo legislatore*, in *Nuovi studi politici*, 1977, n. 1, 117 ss.; *La conversione in legge dei decreti d'urgenza*, in *Le istituzioni parlamentari*, Milano, 1982, 49 ss. Peraltro, la prima formulazione, rimasta senza eco e risonanza, della tesi di Ciaurro è in *Il decreto-legge: uno strumento da rivedere*, in *Responsabilità e dialogo*, 1971, n. 1-2, 55 ss.

responsabilità dell'Esecutivo⁶⁹. Inoltre, per Ciaurro oggetto della conversione è l'atto nel suo complesso e non le singole disposizioni; pertanto, "le Camere non possono avere altra scelta che convertire o non convertire l'intero decreto", ponendosi così la legge di conversione come atto legislativo atipico avente la sola finalità di novare la fonte del decreto-legge⁷⁰.

È noto che la tesi secondo la quale la conversione ha come oggetto l'intero decreto, e non le sue disposizioni, è assai discussa e anche autorevolmente contestata, ma quel che più conta è che non sembra assolutamente possibile far derivare da essa automaticamente e *de plano* l'inemendabilità del decreto. Lo dimostra, oltre ovviamente alla riflessione di Esposito, uno scritto di Modugno e Nocilla del 1973⁷¹, nel quale dagli assunti (anche qui indimostrati) che oggetto specifico della conversione sia l'intero decreto nel suo complesso e che la legge di conversione novi la fonte di validità dell'atto del Governo non viene fatta discendere l'inemendabilità del decreto, bensì l'efficacia *ex nunc* degli emendamenti apportati, salva diversa statuizione in proposito in sede di conversione.

Parimenti insufficiente a fondare un limite di così grande rilievo come l'inemendabilità risulta l'argomento relativo alla responsabilità del Governo, tanto più che Ciaurro, nel tentativo di conferire ad esso una qualche minima robustezza, è costretto a sostenere che adottando un decreto-legge il Governo mette automaticamente in gioco l'esistenza del rapporto fiduciario, così che la mancata conversione equivale a un voto di sfiducia in deroga all'art. 94 Cost.⁷². Questa forzatura sul fronte della responsabilità governativa conduce al cuore della costruzione argomentativa di Ciaurro, là dove la valorizzazione del decreto-legge quale "atto tipico dell'indirizzo politico dell'Esecutivo" e la prospettazione di uno schema di controllo ad altissima valenza fiduciaria esaltano l'originarietà della competenza governativa, evocando un *surplus* di legittimazione e una riserva di competenza legislativa dell'Esecutivo.

Ciaurro riflette e lavora sul tema dell'inemendabilità del decreto-legge come tema di politica del diritto costituzionale, più precisamente come varco attraverso il quale inserire nel funzionamento concreto del regime parlamentare un rimedio a quella 'degenerazione assembleare' che si mostra in tutta la sua intensità proprio sul terreno della decretazione d'urgenza, visto che ormai la quasi totalità dei decreti-legge viene modificata dalle Camere⁷³. In una situazione politico-parlamentare che vede il decreto-legge perdere il suo carattere di 'privilegio legale della maggioranza' e diventare un ingranaggio del consociativismo⁷⁴, il richiamo congiunto di Ciaurro al decreto-legge come atto tipico di indirizzo politico, alla formula per cui esso è adottato dal Governo 'sotto la sua responsabilità' e alla conversione come procedimento per far valere la responsabilità politica del Governo è strumentale all'evocazione di un Esecutivo che abbia la possibilità e la responsabilità di governare e a un indirizzo politico governativo capace di levarsi al di sopra della palude del 'cogobierno'⁷⁵ delle infinite, e infinitamente minute, contrattazioni assembleari di un Parlamento divenuto un 'grande ammalato'⁷⁶.

Non a caso progressivamente, nel quindicennio in cui si snoda la sua riflessione sulla decretazione d'urgenza e parallelamente ad una crescente sensibilità per la dissoluzione pluralistica dello Stato, Ciaurro tende a mettere in secondo piano il tema dell'abuso del decreto-legge da parte del Governo e a configurare la decretazione d'urgenza come un *domaine réservé* del Governo in termini sostanziali, oltre che meramente formali, ossia nei termini di una competenza a legiferare sulle urgenze, latamente intese, e non solo in quelli di una competenza legislativa d'urgenza⁷⁷. Per Ciaurro più grave della frequenza con la quale si ricorre alla decretazione d'urgenza (fatto comunque da lui deprecato) è l'immissione del Parlamento nel procedimento formativo della normazione d'urgenza attraverso l'emendabilità del decreto: "quando il

⁶⁹ G. F. Ciaurro, *Il Governo legislatore*, cit., 119-120; *Legiferare per decreti*, cit., 98 ss; *La conversione in legge*, cit., 89-90.

⁷⁰ G. F. Ciaurro, *La conversione in legge*, cit., 90; *Decreto legge*, in *Enc. giur.*, X, Roma, 1988, 13.

⁷¹ Scritto, peraltro, puntualmente citato da Ciaurro: F. Modugno-D. Nocilla, *Riflessioni sugli emendamenti al decreto legge*, cit., 351 ss.

⁷² G. F. Ciaurro, *La conversione in legge*, cit., 58 ss.

⁷³ Per le coeve statistiche: F. Cazzola, *Le lentezze dell'urgenza. Legislature, Governi e uso del decreto-legge*, in F. Cazzola-A. Predieri-G. Priulla, *Il decreto legge*, cit., 1 ss.

⁷⁴ Si veda sul punto C. Fresa, *Provvisoria con forza di legge e gestione degli stati di crisi*, Padova, 1981, 148 ss.

⁷⁵ G. F. Ciaurro, *Il governo legislatore*, cit., 120.

⁷⁶ G. F. Ciaurro, *La riforma del Parlamento*, in *Nuovi studi politici*, 1986, n. 3, 3.

⁷⁷ G. F. Ciaurro, *Parlamento e Governo*, in *Le istituzioni parlamentari*, cit., 121 ss; *Il Governo legifera, la Camera governa*, in *L'opinione*, 1984, n. 21, 3. In fondo Ciaurro, con l'obiettivo di contrastare la degenerazione assembleare della decretazione d'urgenza, sposta sul piano dell'indirizzo politico l'operazione di rafforzamento del ruolo e della posizione del Governo che Valitutti, con assai minor raffinatezza, aveva tentato alcuni anni prima, rimanendo completamente isolato. Valitutti, restando sul terreno delle fonti, aveva fatto derivare apoditticamente dalla provvisorietà del decreto-legge, quale sottoposizione ad una condizione risolutiva d'efficacia *ex tunc*, la configurazione della conversione come decisione se porre o meno in essere quella condizione (S. Valitutti, *La natura del decreto-legge*, cit.).

Governo è autorizzato a legiferare in luogo del Parlamento si sostituisce *in toto* ad esso come organo legiferante, assumendosene la responsabilità", non prevedendo la Costituzione "una qualsiasi forma di concorso tra organi del potere esecutivo e organi del potere legislativo nella elaborazione di norme aventi forza di legge"⁷⁸.

Sullo sfondo della ricostruzione di Ciaurro si staglia la convinzione che le difficoltà e i lunghissimi tempi dell'iter legislativo ordinario e il proliferare di microdecisioni legislative, frutto di un continuo e minuzioso compromesso con le forze di opposizione, abbiano messo in crisi sia la funzione legislativa che quella di indirizzo politico. Il ritorno ad una condizione di normalità fisiologica e funzionale della forma di governo non può che passare attraverso il ritorno a 'Governi decisi a governare e dotati degli strumenti per farlo', solo rimedio alla polverizzazione del potere statale e al neofeudalesimo della rappresentanza degli interessi, sola salvezza per la 'sostanza' dello Stato e della politica a fronte della crescente aggressività corrosiva degli egoismi corporativi⁷⁹. Così l'inemendabilità del decreto-legge, al pari dell'avvio di un incisivo processo di delegificazione, si colloca nella prospettiva di assicurare al Governo uno spazio riservato di normazione, la cui estensione è delimitata, in negativo, dallo spazio (residuale e, esso sì, eccezionale) della 'grande legislazione parlamentare'⁸⁰. Non si tratta soltanto di far saltare il 'parlamentarismo integrale'⁸¹, nell'ambito del quale il Governo va ogni volta alla ricerca negoziata del consenso contingente dei partiti, al di là della distinzione maggioranza-opposizioni, ma anche di passare dal decreto-legge come 'disegno di legge rafforzato'⁸² al decreto-legge come atto di esercizio di un autonomo e ordinario potere legislativo.

La riflessione di Ciaurro presenta una evidente contiguità di motivi ispiratori con quella condotta da Crisafulli, a partire dal dibattito de *Gli Stati* del 1973, problematizzando la posizione precedentemente assunta in ordine all'emendabilità del decreto-legge. Nelle *Lezioni* del 1971, in continuità con quanto affermato già nel 1941, Crisafulli sostiene che le Camere possono senz'altro modificare il decreto-legge in sede di conversione, in quanto la legge di conversione è legge in senso materiale e si sostituisce al decreto convertito⁸³. Nel dibattito de *Gli Stati* del 1973, invece, Crisafulli si dichiara a favore dell'inemendabilità del decreto-legge, nei termini di un'inemendabilità assoluta o limitata ai soli emendamenti del Governo, pur rilevando che non si tratta di una conclusione desumibile dalla Costituzione (che è segnata da una 'diffidenza' verso i poteri normativi del Governo), bensì di un'innovazione normativa da sancire attraverso una riforma dei regolamenti parlamentari⁸⁴.

L'inemendabilità in Crisafulli è ora un rimedio da adottare per arginare la crisi assoluta del 'sistema parlamentare' (inteso sia come specifica forma di governo, sia come sistema nel quale il Parlamento è al centro della vita politica e legislativa), che alla prova della realtà si è dimostrato incapace di reggere il confronto con la 'civiltà di massa' e che sta per crollare in Italia per la seconda volta. Il vizio d'origine della Costituzione repubblicana risiede per il Crisafulli degli anni Settanta nel suo essere 'antifascista', nel suo essere una risposta polemica al regime fascista che ribadisce e addirittura codifica i mali e gli inconvenienti del parlamentarismo italiano, quegli stessi mali che condussero il paese al fascismo. Gli anni Settanta appaiono la ripetizione dei primi anni Venti del Novecento: "basta guardarsi attorno, constatando la paralisi dell'amministrazione, l'impotenza e la instabilità dei governi, il disordine imperante nella società civile"⁸⁵.

Per Crisafulli il problema del momento è arginare l'erosione, da parte del Parlamento, dei poteri che spettano all'Esecutivo e questo problema costituisce una vera e propria emergenza istituzionale da superare con il restituire efficienza all'azione del Governo, *in primis* rompendo il monopolio legislativo del Parlamento (legato al 'mito ottocentesco della legge') e riconoscendo al Governo una larga sfera di autonomia, anche normativa: "Non dimentichiamo che quasi tutte le grandi riforme sono state realizzate in Italia, già molto prima del ventennio fascista, nel corso della storia costituzionale del vecchio regno d'Italia prefascista, non per legge, ma con atti aventi forza di legge, adottati dal Governo, sia in base ai «pieni poteri», sia in base a

⁷⁸ G. F. Ciaurro, *Legiferare per decreti*, cit., 96-97.

⁷⁹ G. F. Ciaurro, *Il nuovo trasformismo*, in *Nuovi studi politici*, 1971, n. 1, 65 ss; *Parlamento e contropoteri*, in *Nuovi studi politici*, 1972, n. 3, 25 ss; *La democrazia parlamentare nella fase neo-corporativa*, in *Nuovi studi politici*, 1986, n. 1, 15 ss.

⁸⁰ G. F. Ciaurro, *La crisi della legge*, in *Nuovi studi politici*, 1981, n. 1, 15 ss; *La riforma del Parlamento*, cit., 3 ss; **I regolamenti parlamentari nella fase dell'assemblearismo**, in *Gli istituti della democrazia*, cit., 29 ss.

⁸¹ Sul quale M. Cotta, *Il parlamento nel sistema politico italiano*, in *Quad. cost.*, 1991, 205.

⁸² Secondo la constatazione che A. Predieri fa proprio in quegli anni in *Il Governo colegislatore*, cit., VII ss.

⁸³ V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, 2a edizione, Il 1, *L'ordinamento costituzionale italiano*, cit., 81 ss; *Lezioni di diritto costituzionale*, 4a ediz., cit., II, 82 ss.

⁸⁴ V. Crisafulli, *Intervento in La Costituzione e la crisi*, in *Gli Stati*, cit.

⁸⁵ V. Crisafulli, *Intervento in La Costituzione e la crisi*, cit.

deleghe legislative amplissime"⁸⁶. L'inemendabilità del decreto-legge, e un maggiore ricorso sia alla decretazione d'urgenza che a quella legislativa, sono gli strumenti necessari per tentare di ostacolare le catastrofiche conseguenze dell' 'assemblearismo governante' che ormai ha catturato la forma di governo italiana, gettandola in una confusione di poteri che è "la maschera del dispotismo" e che si nutre di un'ipertrofia delle attribuzioni parlamentari alla cui base stanno l'indistinzione tra Governo e opposizione e l'irresistibile dilagare delle pressioni particolaristiche e corporative⁸⁷. L'auspicio di una riforma che sancisca l'inemendabilità si colloca, pertanto, tutto dentro un pessimismo radicale, che denuncia la riduzione dello Stato a 'inerme spettatore', la disgregazione di ogni "ordine non solo morale, ma giuridico ed economico", l'imminente avvento di un 'nuovo Medio Evo politico'⁸⁸.

Il nuovo orientamento di Crisafulli influisce sull'edizione del 1984 delle *Lezioni*, dove la sicura affermazione dell'emendabilità del decreto-legge cede il passo alle seguenti osservazioni: "In linea concettuale, è difficile contestare la emendabilità dei decreti-legge, anche se - ...- l'ipotesi non sia prevista dal testo costituzionale, che sembra porre soltanto l'alternativa secca tra conversione o mancata conversione"; " Certo sarebbe teoricamente corretto sostenere che quel che si converte è l'atto (cui soltanto, in materia, ha riferimento l'art. 77), e non le sue singole disposizioni, rifiutando perciò di distinguere quelle convertite nel testo originario da quelle convertite con emendamenti, specie se (com'è eccezionalmente possibile) retroattivi"⁸⁹. Osservazioni che, a loro volta, sono seguite dalla malinconica constatazione che "questi ed altrettali argomenti (tutti, peraltro, anche teoricamente opinabili e suscettibili di serie obiezioni) sono ormai superati dal dato normativo: il nuovo testo dell'art. 78 re. Sen., ... , infatti, statuendo che, in sede di controllo pregiudiziale delle Camere sui presupposti dei decreti-legge, vengono soppresse le sole parti o disposizioni per le quali tali presupposti non esistevano"⁹⁰.

La riflessione svolta da Crisafulli alla metà degli anni Settanta evidenzia l'intimo legame che unisce l'inemendabilità del decreto-legge con un'idea del 'posto' del Governo all'interno dello Stato che è anche un'idea del rapporto tra Stato e pluralismo sociale, o meglio un'idea dei limiti che necessariamente lo Stato, per il tramite dell'Esecutivo, suo nucleo essenziale, deve porre a quel pluralismo, formandolo e filtrandolo (in definitiva 'decidendolo' nel senso etimologico del termine) in nome dell'interesse generale. Un'idea che ha un portato inevitabilmente antiparlamentare nella misura in cui all'essenzialità del Governo, derivante dalla sua naturale capacità di regolare, controllare e decidere le differenze, le resistenze e i conflitti dei processi di soggettivazione del sociale si fa corrispondere l'altrettanto naturale passività ricettizia del Parlamento, capace solo di accogliere il dinamismo e la conflittualità del pluralismo e di condurli pericolosamente all'interno dello Stato-soggetto. L'inemendabilità del decreto-legge è qui uno strumento per dare alla produzione legislativa una forma all'altezza dell'imperativo di contenere la marea pluralista che sale dal tessuto culturale, sociale ed economico del paese, così da preservare lo Stato da un esiziale sovraccarico di tensioni.

E' particolarmente significativo il fatto che, sempre negli stessi anni, anche la riflessione di Sandulli sull'emendabilità del decreto-legge segni un'evoluzione analoga a quella di Crisafulli e anche qui con un legame strettissimo con il tema cruciale del rapporto tra statualità e pluralismo, pur se con una grande differenza dovuta al fatto che per Sandulli la società ha rilevanza giuridica quale entità a sé stante e lo Stato è primariamente istituzione, organizzazione sociale, Stato-comunità, mentre il pensiero di Crisafulli rimane comunque legato alla centralità dello Stato-persona⁹¹.

Negli anni Sessanta la constatazione della "tendenza degli interessi collettivi sezionali o altrimenti particolari a pretendere di essere essi stessi a scegliere, e persino a imporre, le leggi e gli altri provvedimenti ordinati alla disciplina del settore", e la convinzione che occorra assicurare l'autorità moderatrice dello Stato e la capacità di questo di consentire alla sovranità del popolo di esprimersi senza subire i condizionamenti

⁸⁶ V. Crisafulli, *ivi*.

⁸⁷ Si veda anche V. Crisafulli, *Assemblearismo e Costituzione*, in *Prospettive nel mondo*, n. 7, gennaio 1977 e *Ombre e luci della Costituzione*, in *Prospettive nel mondo*, n. 19/20, gennaio-febbraio 1978, entrambi ora in *Stato popolo governo*, cit., rispettivamente 267 ss e 277 ss.

⁸⁸ V. Crisafulli, *Di libertà si può anche morire*, in *Il Tempo*, 20 luglio 1977, ora in *Stato popolo governo*, cit., 317 ss. Sul pessimismo "spinto e radicale" che caratterizza e nutre la riflessione di Crisafulli a partire dagli anni Settanta: L. Paladin, *L'opera di Vezio Crisafulli fra diritto e politica*, in *L'opera di Vezio Crisafulli fra diritto e politica*, Trieste, s.d., 30 ss.

⁸⁹ V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale, II, L'ordinamento costituzionale italiano. Le fonti normative. La Corte costituzionale*, 5a ediz., Padova, 1984, 89.

⁹⁰ *Ivi*, 90.

⁹¹ Si veda al riguardo A. Baldassarre, *Aldo M. Sandulli e il diritto costituzionale*, in *Aldo M. Sandulli (1915-1984). Attualità del pensiero giuridico del Maestro*, Milano, 2004, 41 ss.

degli interessi più forti e più 'sindacalizzati', inducono Sandulli a proporre un intervento di riforma del procedimento legislativo⁹². In quegli anni, mentre il numero dei decreti-legge è relativamente contenuto (nel 1963-1968 si registrano 94 decreti-legge e 1795 leggi), assai elevato è il numero delle leggi approvate in commissione in sede deliberante e aventi un oggetto assai specifico e settoriale (le 'leggine'). In questa fase per Sandulli, al fine di restituire allo Stato la necessaria autonomia di manovra rispetto all'aggressiva prepotenza degli interessi organizzati, occorre far saltare lo strumento della microlegislazione consociativa di commissione, perno del perverso sistema a 'maggioranza fluida unipolare'. In questa prospettiva di ingegneria costituzionale si colloca la proposta di Sandulli di consentire al Governo di adottare leggi, che dovrebbero essere promulgate dal Capo dello Stato solo una volta decorso il termine di un mese dal loro deposito presso le Camere senza che un certo numero di parlamentari ne abbia chiesto la discussione⁹³.

Invece, negli anni Settanta, quando inizia a esaurirsi la fase delle 'leggine' e emerge il nuovo fenomeno della decretazione d'urgenza a contenuti negoziati con l'opposizione (nel 1976-1978 si registrano 167 decreti-legge e 666 leggi), l'ulteriore indebolimento della capacità dello Stato di fronteggiare le dinamiche del pluralismo sindacalizzato deve essere contrastato, sul terreno della formazione delle scelte legislative, non più solo superando l'anomalia della 'legiferazione di commissione', ma anche e soprattutto impedendo alle Camere di snaturare i decreti-legge e ponendole dinanzi alla semplice e secca alternativa del 'prendere o lasciare'⁹⁴. L'inemendabilità del decreto-legge è, per Sandulli, un necessario rimedio di ingegneria costituzionale e coloro che affermano che Sandulli fa propria la tesi della conversione come 'prendere o lasciare' compiono un duplice errore. Da un lato, mettono da parte la fondamentale differenza tra l'inemendabilità come dato normativo risultante dall'interpretazione dell'art. 77 Cost. e l'inemendabilità come risultato da conseguire attraverso un intervento di riforma. Dall'altro, si collocano nell'impossibilità di percepire la riflessione storico-costituzionale che Sandulli conduce per illustrare le cause della crisi delle istituzioni italiane e i rimedi riformatori che occorre impiegare per sanarla.

Questa riflessione parte dalla Costituente, dalla scelta ivi compiuta, in reazione al fascismo, di limitare i poteri dell'Esecutivo e di espandere il ruolo del Parlamento e delle opposizioni⁹⁵, per giungere a ritenere che la crisi italiana possa essere superata solamente dando al paese un Esecutivo 'stabile e forte' attraverso una serie di riforme, a cominciare da quella elettorale⁹⁶. L'introduzione del collegio uninominale e, sul versante della produzione normativa, la sostituzione del 'prendere o lasciare' alla negoziazione in commissione tra maggioranza e opposizioni sono i rimedi che Sandulli propone per andare al di là del 'parlamentarismo imperfetto' italiano, per provare a tirar fuori il paese dalla cupa palude in cui si trova, dalle sabbie mobili dello sconvolgimento delle coscienze provocato dal cinico e irresponsabile malcostume della classe politica e dal consumismo dilagante ("Non c'è più nulla: la religione, la patria, la giustizia, la famiglia, l'onore non sono più valori. La società e gli individui sono in balia di se stessi")⁹⁷. Dentro queste sabbie mobili rimangono vitali e si irrobustiscono solo le 'imperiose volontà corporative' degli interessi organizzati e contro la loro azione disgregatrice, contro l'avvento di un 'regime di baronie' va risolledata l'autorità dello Stato, impersonata innanzi tutto dall'Esecutivo.

Qui la riflessione di Sandulli sul 'prendere o lasciare' come uno dei principali rimedi alla crisi delle istituzioni repubblicane assume una valenza che non è esagerato definire epocale, perché (evidenziando il legame essenziale tra l'inemendabilità del decreto-legge e il rapporto tra forma di governo e pluralismo) ripropone all'interno della scienza costituzionalistica italiana l'idea di Santi Romano di un pluralismo fatto di soggettività dinamiche, ma aconfittuali, e per questo compatibile con lo Stato 'più che moderno' di Romano, con lo Stato che supera i limiti e le incapacità dello Stato di diritto moderno perché è capace di salvare la soggettività statale sovrana dal pericolo della corrosione e della disintegrazione (ad opera degli interessi particolaristici e sezionali) attraverso l'identificazione tra il primato costituzionale dell'Esecutivo e l'interesse generale. La riproposizione di quell'idea del pluralismo non avviene nel segno della continuità con la vicenda

⁹² A. M. Sandulli, *Società pluralistica e rinnovamento dello Stato*, in *Iustitia*, 1968, 3 ss, ora in *Scritti giuridici*, Napoli, 1999, I, 47 ss, citaz. 58.

⁹³ A. M. Sandulli, *Società pluralistica*, cit., 73; *Verso lo Stato sociale, consolidando la democrazia (frammenti di idee)*, in *Studi in occasione del primo centenario della Corte dei Conti nell'Unità d'Italia*, Milano, 1963, 373 ss, ora in *Scritti*, cit., I, 3 ss, specie 12.

⁹⁴ A. M. Sandulli, *La Costituzione*, cit., 22 ss.

⁹⁵ *Ivi*, 22 ss.

⁹⁶ A. M. Sandulli, *Intervento in La Costituzione e la crisi*, in *Gli Stati*, cit.; *Intervento in Che fare nel sistema*, cit.; *Perché solo l'Italia non ha <<Governi di legislatura>>*, in *Il Tempo*, 31 marzo 1974, ora in A. M. Sandulli, *Un giurista per la democrazia. Interventi sulla stampa*, Napoli, 1987, 359 ss.

⁹⁷ A. M. Sandulli, *Intervento in La Costituzione e la crisi*, cit.; *Ombre sulle istituzioni*, in *Riv. trim. dir pubbl.*, 1972, 471 ss, ora in *Scritti*, cit., I, 103 ss.

statutaria, ma al contrario tracciando una assoluta cesura tra lo Stato liberale di diritto e lo Stato democratico, sociale e pluralista della Costituzione repubblicana. Sandulli marca, rispetto allo Stato di Romano, una discontinuità storica assoluta, ma questa discontinuità si offre come nuova e potente legittimazione dell'idea romaniana⁹⁸ del blocco Esecutivo-amministrazione quale nucleo originario, essenziale ed indefettibile dello Stato, quale soggettività originaria e necessaria cui la forma politico-parlamentare si aggiunge solamente dall'esterno come eventualità.

Per Sandulli, nello Stato liberale, caratterizzato dal suffragio ristretto, la potestà politica non appartiene all'intera comunità e il Governo promana dal Parlamento, costituendone sostanzialmente la continuazione, così che alla unità censitaria della classe politica corrisponde il carattere unitario del potere politico. Nello Stato costituzionale democratico e sociale, invece, l'affermazione del principio della sovranità popolare trasferisce la potestà politica all'intera comunità e il Governo risponde al Parlamento, ma non è suo mandatario, come non lo è della maggioranza parlamentare: "Esso rappresenta, anzi, nello Stato <<democratico>>, la cerniera del sistema politico: congloba infatti la funzione - ... - di punto di orientamento, di propulsione, di guida, di coordinamento dei vari centri di potere operativo, con l'altra di ispiratore e promotore dell'attività legislativa"⁹⁹. Il Governo, inoltre, "assolve, in seno all'ordinamento e nel quadro di esso, una funzione eminente: un ruolo supremo di raccordo di tutte le altre: la componente, quindi, di sicuro più importante"¹⁰⁰.

La sovranità popolare (quale sovranità dell'interesse generale conforme a Costituzione) e la trasformazione in senso sociale dello Stato, che è essenzialmente Stato di amministrazione, collocano il Governo al centro dello Stato-comunità, un centro che è anche un argine rispetto alla pressione che gli interessi organizzati esercitano sulla capacità di assumere decisioni conformi all'interesse generale. Il Governo è il nocciolo dello Stato perché è capace di dare forma e concretezza all'interesse generale opponendo alla mobilitazione e alla sindacalizzazione del sociale quella valorizzazione politica dell'amministrazione che può regolare il dinamismo dei processi pluralistici, salvaguardandone la vitalità e ricorrendo sempre meno al comando e sempre più al coordinamento, alla guida, all'arbitrato¹⁰¹.

A questa centralità dell'Esecutivo corrisponde un suo nuovo ruolo normativo, non solo a livello secondario. La società moderna è "una grande consumatrice di leggi" e ha bisogno di decisioni legislative coordinate, programmate e adottate in una "visione solidale e unitaria", senza diversioni e disorganicità. Le Camere non sono in grado di soddisfare queste fondamentali esigenze delle società, a differenza del Governo, "il quale, per ragione della sua origine e della sua funzione, ha, in materia, una vocazione più unitaria ed organica e un più intenso senso dello Stato"¹⁰². Così Sandulli, alla metà degli anni Settanta, riconosce espressamente al Governo, *de iure condito*, una 'potestà legislativa nei casi urgenti' condizionata al successivo consenso del Parlamento¹⁰³. A dimostrare come questo riconoscimento segni una novità nella riflessione di Sandulli e non rappresenti una mera semplificazione o contrazione linguistica, sta la perentorietà con la quale nel 1957 lo stesso Sandulli aveva osservato che il secondo comma dell'art. 77 Cost. autorizza il Governo all'emanazione con valore di legge di 'provvedimenti provvisori', "senza prescrivere in pari tempo che debba trattarsi di provvedimenti inerenti all'esercizio della funzione legislativa"¹⁰⁴.

L'evoluzione del pensiero di Sandulli è ancor più evidente se si considerano le diverse edizioni del *Manuale di diritto amministrativo*. A partire dall'edizione del 1966 - quasi in contemporanea con la ricostruzione del rapporto tra ruolo del Governo e pluralismo sviluppata nello scritto "*Società pluralistica e rinnovamento dello Stato*" - Sandulli fa corrispondere all'affermarsi dello Stato di partiti e dello Stato sociale sia il superamento della corrispondenza tra poteri e funzioni, con l'assottigliamento della distinzione dei compiti del Parlamento e dell'Esecutivo, sia il rilievo che la funzione legislativa statale "è distribuita tra il Parlamento (competente all'emanazione delle leggi) e il Governo (competente - sia pure per delega o con

⁹⁸ Sulla quale si veda M. Fioravanti, *Costituzione, amministrazione e trasformazioni dello Stato*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, a cura di A. Schiavone, Roma-Bari, 1990, 40 ss.

⁹⁹ A. M. Sandulli, *L'attività normativa della pubblica amministrazione (Origini- Funzioni - Caratteri)*, Napoli, 1970, 41 ss, citaz. 49.

¹⁰⁰ A. M. Sandulli, *ivi*, 50.

¹⁰¹ A. M. Sandulli, *Società pluralistica*, cit., 59. La centralità dell'Esecutivo nello Stato-comunità va vista comunque in correlazione con la necessità, sempre presente nella riflessione di Sandulli, di ampliare la partecipazione dei privati all'amministrazione e l'accesso di individui e gruppi alla giurisdizione e di tener desta un'opinione pubblica pluralista: sul punto P. Ridola, *Forme di stato e forme di governo nel pensiero di Aldo M. Sandulli*, in *Aldo M. Sandulli*, cit., 113.

¹⁰² A. M. Sandulli, *Società pluralistica*, cit., 72-73.

¹⁰³ A. M. Sandulli, *La costituente e la Costituzione italiana*, in *Storia e politica*, 1975, 99 ss, ora in *Scritti*, cit., I, 163.

¹⁰⁴ A. M. Sandulli, *Legge. Forza di legge. Valore di legge*, cit., 64.

ratifica del Parlamento - alla emanazione di decreti legislativi e dei decreti-legge)", entrambi peraltro organi egualmente espressione dello Stato-comunità¹⁰⁵. Nelle edizioni precedenti del *Manuale*, invece, Sandulli propone la classica distinzione tra "organi ai quali è propria la funzione legislativa (Parlamento) e quelli preminenti della funzione esecutiva (Governo)", precisando che la distinzione delle funzioni nello Stato contemporaneo si è tradotta in distinzione di poteri, "nel senso che ciascuna delle tre funzioni tradizionalmente delineate è stata riservata *di massima* a un certo particolare complesso di organi dello Stato". In coerenza con questa sistemazione concettuale, l'avvertenza che tra poteri e funzioni "non si ha coincidenza perfetta" e che gli atti dei pubblici poteri possono classificarsi considerandoli o dal punto di vista soggettivo (ossia del potere dal quale promanano) o dal punto di vista oggettivo (cioè del loro contenuto), conduce Sandulli a qualificare il decreto-legge come un atto soggettivamente amministrativo e sostanzialmente legislativo, e cioè a rimarcare che il Governo non è titolare del potere legislativo¹⁰⁶.

A segnare l'evoluzione del pensiero di Sandulli sta anche il silenzio mantenuto sul decreto-legge nell'edizione del 1974 del *Manuale*. Nell'edizione di quell'anno, difatti, Sandulli avverte il lettore che, nel procedere a "una fugace disamina" degli atti legislativi che rivestono particolare interesse in una trattazione di diritto amministrativo, l'attenzione va fermata sui decreti legislativi¹⁰⁷. Questa avvertenza sarà integrata, nelle successive edizioni del manuale, con l'osservazione che nella trattazione si prescinderebbe dalle leggi del Parlamento e dai decreti-legge, rinviandosi per tali fonti alle trattazioni di diritto costituzionale¹⁰⁸. Qui la scelta di non trattarli, accompagnata poi dal rinvio alla manualistica di diritto costituzionale, accomuna la legge del Parlamento e il decreto-legge del Governo, differenziandoli entrambi dal decreto legislativo, che viene invece trattato, e sembra valere a ribadire che entrambi sono il prodotto dell'esercizio, rispettivamente da parte delle Camere e del Governo, di un potere legislativo proprio, e non delegato come nel caso del decreto legislativo. Il Governo esercita, in caso di urgenza, la legislazione primaria statale quale "autorità politica", ossia quale organo dello Stato-apparato che è espressione dello Stato-comunità, e il decreto-legge ha la medesima sfera di azione della legge¹⁰⁹. Nelle edizioni del *Manuale* anteriori a quella del 1974, invece, è presente una trattazione del decreto-legge proprio in quanto atto soggettivamente amministrativo e sostanzialmente legislativo posto in essere da un organo non titolare del potere legislativo¹¹⁰.

Questa evoluzione del pensiero di Sandulli non è certo di poco momento e la sua rilevanza diviene ancor più evidente se si considera la posizione che, negli stessi anni, all'interno di quel 'costituzionalismo della crisi' che si sporge sulla società italiana dal punto di osservazione dei dibattiti de *Gli Stati*, assume Manlio Mazzotti di Celso, sempre muovendo dal riconoscimento del 'pluricentrismo' dello Stato democratico e sociale e dalla preoccupazione per la necessità di difendere l'autorità dello Stato dalla 'sindacalizzazione' degli interessi. Mazzotti di Celso (che si dichiara favorevole, *de iure condendo*, a una riforma in senso presidenziale della forma di governo¹¹¹) ribadisce, quale significato fondamentale e irrinunciabile della separazione dei poteri sancita dalla Costituzione repubblicana, "che la costituzione attribuisce istituzionalmente la funzione legislativa alle camere, l'esecutiva al governo e la giurisdizionale alla magistratura, cioè ad organi o complessi di organi idonei a costituire elementi di un sistema di pesi e contrappesi, che caratterizza il nostro Stato"¹¹². La critica che Mazzotti di Celso muove, nel corso del dibattito de *Gli Stati*, al modello del 'Governo di legislatura' si fonda proprio sul timore che un rafforzamento eccessivo del ruolo e dei poteri del Governo possa far venir meno quei pesi e contrappesi, che sono la prima garanzia delle libertà individuali. Il principio della separazione dei poteri è volto a garantire la libertà dei cittadini attraverso la 'eliminazione del potere arbitrario' e questa eliminazione può essere realizzata e mantenuta solo facendo in modo che i poteri dello Stato si equilibrino tra loro e abbiano il carattere di "centri di forza politica costituiti in posizione di relativa indipendenza reciproca"¹¹³.

Dalla riflessione di Sandulli emerge chiaramente il porsi dell'emendabilità del decreto-legge come questione che evoca non solo la forza e la potenza normativa rispettivamente del decreto-legge e della

¹⁰⁵ A. M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, 9a ediz., Napoli, 1966, 4 ss, nonché 15a ediz., Napoli, 1989, 10-11.

¹⁰⁶ A. M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1952, 6 ss; *Manuale di diritto amministrativo*, 6a ediz., Napoli, 1960, 7 ss.

¹⁰⁷ A. M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1974, 12a ediz., 28.

¹⁰⁸ A. M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, 15a ediz., cit., 34.

¹⁰⁹ A. M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, 15a ediz., cit., 7, 29, 32. Per l'ordinarietà del potere legislativo esercitato dal Governo con il decreto-legge si veda anche G. Ferrari, *Intervento in Che fare nel sistema*, cit.

¹¹⁰ A. M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, ediz. 1952, cit., 16-17; *Manuale di diritto amministrativo*, 6a ediz., cit., 19-20; *Manuale di diritto amministrativo*, 9a ediz., cit., 27-28.

¹¹¹ M. Mazzotti di Celso, *Intervento in Che fare nel sistema*, cit.

¹¹² M. Mazzotti di Celso, *I conflitti di attribuzione fra i poteri dello Stato*, I, Milano, 1972, 117 nota 17-ter, 129, 286-287 nota 9-bis.

¹¹³ M. Mazzotti di Celso, *I conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato*, cit., I, 140.

legge di conversione, ma anche, inevitabilmente, l'energia e la potenza rappresentativa rispettivamente del Governo e del Parlamento. Emerge qui la collocazione del tema dell'emendabilità sulla cerniera tra forma di governo e forma di Stato e emerge anche l'impossibilità di ridurre l'incidenza di questo tema sulla forma di Stato al solo profilo della 'certezza del diritto e dei diritti', come oggi talora si fa. Il fatto è che il tema dell'inemendabilità del decreto-legge è presente all'interno del 'costituzionalismo della crisi' degli anni Settanta - dai dibattiti de *Gli Stati* a Ciaurro, a Crisafulli e Sandulli - perché pensato e vissuto come tecnica di governo del rapporto tra pluralismo sociale e potere statale, come strumento per rafforzare la capacità del Governo di rappresentare quel pluralismo, filtrandolo, depurandolo.

Alla fine degli anni Sessanta i processi di modernizzazione hanno ormai eroso le grandi subculture del paese, delle quali sono interpreti i tre maggiori partiti (Dc, Pci e Psi), hanno disgregato le tradizionali forme di socialità e hanno liberato nuovi desideri, sensibilità, identità, ansie, rivendicazioni, che percorrono la società, anche in modo tumultuoso e contraddittorio, alla ricerca di un riconoscimento. Riconoscimento che non arriva perché con la prima fase del centrosinistra si è esaurita anche la capacità dei partiti di interpretare e guidare le grandi trasformazioni in atto nel paese, così che le stesse riforme della fine degli anni Sessanta e dei primi anni Settanta (dallo Statuto dei lavoratori al divorzio all'attuazione delle regioni) sono il risultato della pressione dal basso dei movimenti e dei soggetti sociali e non dei progetti e delle azioni della società politica¹¹⁴.

Il 'costituzionalismo della crisi' percepisce lucidamente un aspetto, certo non tutti, della realtà di quegli anni (i partiti, ormai screditati, occupano lo Stato svuotandolo di autorità e lasciano il paese in balia dell'autogoverno selvaggio delle corporazioni, limitandosi a usare la spesa pubblica per la 'politica delle mance'¹¹⁵) e, intorno a questo aspetto, costruisce un pensiero della crisi e delle riforme per superarla. Sarebbe miope, oltre che ingeneroso, vedere in questo semplicemente una postura autoritaria rispetto alle dinamiche del pluralismo. Certo il 'costituzionalismo della crisi' di Sandulli e Crisafulli, è attraversato da un profondo disagio verso gli aspetti conflittuali delle nuove dinamiche sociali e culturali innescate dalla crisi delle grandi subculture di massa, oltre che dal profilarsi dei primi sintomi di quella che sarà la fine della società fordista¹¹⁶. Ma è soprattutto la convinzione che la classe politica non sia in grado di affrontare, razionalizzare e mediare quegli aspetti a radicalizzare quel disagio e a indurre il 'costituzionalismo della crisi' a un atteggiamento di radicale chiusura rispetto alla nuova complessità del sociale. Gioca qui la 'grande paura' che il dispiegamento non governato delle dinamiche e delle soggettività pluralistiche conduca a esiti autoritari, finisca cioè per scatenare colpi di mano diretti a porre fine alla democrazia italiana.

Il 'costituzionalismo della crisi' non è comprensibile se non si tiene presente l'inquietante sequenza di eventi che va dal tintinnare di sciabole del Piano Solo del 1964 alle stragi di Brescia e dell'Italicus del 1974, passando per la strage di piazza Fontana e i progettati golpe Borghese e Sogno. Una sequenza dietro la quale a tratti si mostra un 'potere invisibile' che si muove, celandosi con depistaggi e false verità ufficiali, dentro e fuori lo Stato, minandone la credibilità¹¹⁷, e il cui mostrarsi induce a guardare con timore a tragiche vicende straniere più o meno recenti, dal colpo di stato dei colonnelli in Grecia del 1967 al golpe cileno del 1973. Sul 'costituzionalismo della crisi' aleggia lo spettro del colpo di stato¹¹⁸ ed è questo spettro a animare la ricerca di vie d'uscita democratiche dalla crisi italiana, a far apparire urgenti e non più rinviabili interventi

¹¹⁴ Cfr. M. Revelli, *Movimenti sociali e spazio politico*, in *Storia dell'Italia repubblicana*, II, tomo 2, *La trasformazione dell'Italia. Sviluppo e squilibri*, Torino, 1995, 469.

¹¹⁵ Cfr. P. Craveri, *La repubblica dal 1958 al 1992*, Torino, 1995, 492 ss; S. Lanaro, *Storia dell'Italia repubblicana*, Venezia, 1992, 405-406.

¹¹⁶ Si pensi alla differenza che sussiste tra le analisi di Crisafulli e di Sandulli e l'atteggiamento di Mortati, convinto che sia in atto una "crescita democratica del paese, capace, giovandosi della spinta dei movimenti dal basso, di trarre la classe politica fuori dall'immobilismo in cui si dibatte. Donde il giudizio positivo che è da dare dei movimenti extraparlamentari in atto, della contestazione studentesca, delle agitazioni dei sindacati operai aventi ad oggetto non più solo rivendicazioni nei confronti dei datori di lavoro ma sollecitazioni ad organi dello Stato per un diverso orientamento della politica generale" (C. Mortati, *Intervento in La Costituzione e la crisi*, cit.).

¹¹⁷ Cfr. N. Bobbio, *Il potere invisibile*, in *Le ideologie e il potere in crisi*, Firenze, 1981, 187 ss; G. De Luna, *Le ragioni di un decennio 1969-1979. Militanza, violenza, sconfitta, memoria*, Milano, 2009, 30 ss; G. Crainz, *Il paese mancato. Dal miracolo economico agli anni ottanta*, Roma, 2005, 96 ss, 481 ss.

¹¹⁸ Sulla paura di un colpo di stato si vedano, in *L'Espresso*, gli articoli *Tra un leggero rumore di sciabole* del 10 marzo 1974 e *Intanto in quelle caserme* del 17 marzo 1974, nonché G. Russo, *L'esercito e le trame nere*, in *Corriere della sera*, 24 gennaio 1974, e soprattutto P. P. Pasolini, *Cos'è questo golpe? Io so*, in *Corriere della sera*, 14 novembre 1974. L'allora Ministro dell'interno Taviani rileva all'epoca: "Certo il clima è pesante. Assomiglia a quello del Cile prima dell'avvento di Pinochet" (citato in G. Crainz, *Il paese mancato*, cit., 482).

di riforma capaci di dare finalmente un Governo al pluralismo "nella speranza di difendere la democrazia, di salvarne l'essenza"¹¹⁹.

Per impedire che il timore per l'irruzione del caos legittimi il pieno e incontenibile rivelarsi del 'potere invisibile' occorre andare al di là dell'immobilismo e del trasformismo dei partiti e rafforzare l'Esecutivo, quale nucleo centrale del potere visibile, per farne il perno decisionale intorno al quale ricostruire l'autorità dello Stato, così da giocare il 'Governo che decide' a un tempo contro la selvaggia spontaneità del pluralismo e la minaccia del 'potere invisibile'. Non a caso il dibattito de *Gli Stati* del 1974 si apre con un riferimento del moderatore al recente golpe cileno e in quel dibattito Sandulli non esita a affermare: " Il rischio maggiore è che da un'ora all'altra la gente si metta a seguire il primo straccio che qualcuno comincia a sventolare promettendo di liberarli da tanto avvillimento. A furia di suonare le campane a martello, ora per questo ora per l'altro golpe immaginario, si è fatta nascere nella gente la mentalità del golpe imminente, suscitando in tanti, che neppure lontanamente ci pensavano, la speranza di un golpe addirittura «liberatorio». Questa atmosfera di attesa potrebbe anche essere tentatrice. E sarebbe il male peggiore"¹²⁰.

Resta comunque il fatto che la critica al sistema consociativo dei partiti che il 'costituzionalismo della crisi' conduce alla metà degli anni Settanta è, al pari di quel sistema, in ritardo sulla storia per l'aspirazione a impedire mutamenti che in realtà sono già da tempo avvenuti nella società e nell'economia italiana e a contrastare l'emergere di una nuova complessità pluralista (a livello politico, sociale, culturale) che quei mutamenti hanno già espresso. In fondo il 'costituzionalismo della crisi' appare, nel suo rapporto con il pluralismo, il semplice rovescio, egualmente anacronistico, del tentativo del sistema dei partiti di ingabbiare, attraverso il compromesso storico e la solidarietà nazionale, processi pluralistici ormai dispiegati, con il solo effetto di aumentare ancor più il solco tra istituzioni e società¹²¹.

3. *Gli anni Novanta: l'inemendabilità assoluta di Angiolini e l'emendabilità solo marginale di Silvestri*

Nel 1995 Vittorio Angiolini, in una relazione presentata al convegno annuale dell'Associazione italiana costituzionalisti su "Gli atti legislativi del Governo e i rapporti fra i poteri", afferma che di fronte alle 'libertà' di adottare e convertire i decreti-legge, rispettivamente riconosciute al Governo e al Parlamento dall'art. 77 Cost., il costituzionalista può constatare, con sicura oggettività, la previsione in tale articolo di "una procedura sostanzialmente unitaria, preordinata come tale alla determinazione del Parlamento di 'stabilizzare' o 'novare', oppure di far perdere 'efficacia' sin dall'inizio al decreto varato dal Governo"¹²². Per Angiolini, dalla constatazione che la legge di conversione presuppone un decreto da convertire deriva direttamente la conseguenza che essa deve essere "una legge solo confirmativa in guisa di 'novazione' o 'stabilizzazione' " degli effetti del decreto convertito. Per non essere una 'sanatoria' la legge di conversione non può avere la libertà di contenuti di una qualsiasi altra legge del Parlamento e per non smentire la sussistenza della necessità e dell'urgenza del decreto-legge, la legge che lo converte deve arrestarsi a confermare la disciplina, a novare o stabilizzare, senza alterarli, gli effetti che il decreto medesimo ha prodotto durante la sua vigenza¹²³.

L'inemendabilità, nel saggio di Angiolini, è più asserita che argomentata, forse perché si inserisce in una riflessione preoccupata essenzialmente di segnare un nuovo inizio, l'inizio di un diritto costituzionale 'adeguato ai tempi' perché finalmente liberato dalla " 'politicizzazione' ... insita nelle dottrine delle 'forme di governo' " e per questo capace di restituire la Costituzione alla "sua missione esclusiva di regola impassibile di diritto", così da superare il coniugio, sinora "inseparabile, o addirittura inestricabile", tra politica e diritto, intendendo la prima come libertà dello Stato sovrano intangibile dal diritto¹²⁴. Il costituzionalista, collocatosi strategicamente nella prospettiva del 'diritto costituzionale costituito'¹²⁵, può ora "interpretare ed applicare giuridicamente la carta del 1948 senza ricevere speciali ausili dalla 'politica' " e interpretare la disciplina

¹¹⁹ A. M. Sandulli, *Intervento in La Costituzione e la crisi*, cit.

¹²⁰ A. M. Sandulli, *Intervento in Che fare nel sistema*, cit. Si tratta di una preoccupazione che attraversa all'epoca il mondo degli intellettuali italiani: come scrive Leo Valiani a Franco Venturi il 24 novembre 1976, "Insomma, andiamo verso il Cile" (L. Valiani - F. Venturi, *Lettere 1943-1979*, Firenze, 1999, 365).

¹²¹ In effetti, al 'costituzionalismo della crisi' degli anni Settanta sembrano adattarsi le considerazioni che Benedetto Croce svolge nella *Storia d'Europa nel secolo decimonono* (Bari, 1961, 282) con riferimento alla giuspubblicistica tedesca della seconda metà dell'Ottocento.

¹²² V. Angiolini, *Attività legislativa del Governo e giustizia costituzionale*, in *Riv. dir. costituzionale*, 1996, 206 ss, citaz. 240.

¹²³ V. Angiolini, *Attività legislativa*, cit., 243.

¹²⁴ V. Angiolini, *Attività legislativa del Governo*, cit., specie 213 ss.

¹²⁵ V. Angiolini, *Costituente e costituito nell'Italia repubblicana*, Padova, 1995, specie 180 ss, 298 ss.

costituzionale dei poteri statali, a cominciare da quello di decretazione d'urgenza, come disciplina di libertà non dissimili da quelle dei privati, e anzi destinate a "portare ad effetto" le libertà politiche dei singoli¹²⁶.

Certo, una volta lasciate dietro di sé, in quanto diritto costituzionale politicizzato, le approfondite riflessioni della dottrina del passato, ci si può anche accontentare di ricavare la configurazione sostanziale del potere di conversione dallo schema procedurale del suo esercizio e si può anche attribuire valenza decisiva alla circostanza che la legge di conversione presuppone un decreto da convertire. Rimane insuperabile, però, anche per il lettore più condiscendente, la difficoltà di credere, con Angiolini, che solo la conversione senza emendamenti sia compatibile con un sindacato di costituzionalità sui presupposti di necessità e urgenza. Rimane anche la sensazione che quest'ultimo passaggio argomentativo consista semplicemente nel meccanico rovesciamento dell'assunto per cui, essendo la legge di conversione espressione del potere legislativo ordinario del Parlamento, il vizio di costituzionalità derivante dalla mancanza dei presupposti di necessità e urgenza deve ritenersi sanato dalla conversione. Sensazione che è rafforzata dal considerare che questo rovesciamento è presente proprio nella riflessione di Angiolini, che in una monografia del 1986 su "Necessità ed emergenza nel diritto pubblico" afferma che la legge del Parlamento non di sanatoria "dell'illegittimità di un provvedimento governativo come atto necessitato ed eccezionale" sarebbe "indistinguibile da ogni altra legge ordinaria ex artt. 70 ss. Cost.", con la conseguenza di rendere impossibile il sindacato della Corte costituzionale sulla necessità e urgenza del decreto convertito¹²⁷.

Dietro lo schematismo procedurale della tesi dell'inemendabilità proposta da Angiolini si cela un punto nel quale emerge tutta la politicità del nuovo diritto costituzionale spolicizzato: la conversione senza modifiche è la sola conversione che non 'smentisce' (per usare le parole di Angiolini) la sussistenza della necessità e urgenza del decreto-legge. Anche questo 'non smentire' è più asserito che argomentato, potendosi facilmente osservare che il decreto potrebbe essere emendato per meglio fronteggiare una determinata situazione straordinaria di necessità e urgenza, ovvero per far fronte ad una situazione di necessità e urgenza aggiuntiva, non considerata dal testo originario del provvedimento. Il fatto è che il 'non smentire' sta qui a indicare unicamente l'unidirezionalità dello schema procedurale della normazione primaria d'urgenza e l'esclusività della titolarità da parte del Governo del potere (libertà) di produrre tale normazione. Così, nella riflessione di Angiolini, all'interno del nuovo diritto costituzionale spolicizzato e dietro la libertà del Governo, sembra affacciarsi un equilibrio tutto politico dei rapporti tra gli organi di indirizzo e si delinea una forma di governo basata sulla centralità e sulla primazia dell'Esecutivo.

Sempre nel corso del convegno dell'Associazione italiana dei costituzionalisti del 1995, Gaetano Silvestri presenta una relazione nella quale la sostanziale inemendabilità del decreto-legge viene fondata innanzi tutto sulla necessità di salvaguardare la differenza "netta e irriducibile tra schema del decreto-legge e schema della proposta di legge"¹²⁸. Questa necessità sarebbe negata dal riconoscimento dell'emendabilità (non meramente marginale), che trasformerebbe il decreto-legge in una proposta legislativa del Governo al Parlamento. Per Silvestri, poiché la Costituzione prevede in capo al Governo sia il potere di iniziativa legislativa che quello di adottare decreti-legge, il Parlamento non può emendare, se non limitandosi ad apportare 'marginali rettifiche', i decreti-legge ad esso sottoposti per la conversione.

La logica argomentativa di Silvestri sembra mettere completamente da parte sia il carattere costituzionalmente ordinario del potere legislativo delle Camere, sia la natura straordinaria, eccezionale e precaria della normazione d'urgenza governativa, nonché condurre all'esito paradossale per cui volendo contrastare l'uso illegittimo del potere straordinario del Governo si limita il potere ordinario del Parlamento. Sul punto va rilevato che la distinzione tra proposta di legge e decreto-legge, in ragione della lettera e dello spirito dell'art. 77 Cost., risiede nel presupposto della straordinaria necessità e urgenza, che solo legittima l'adozione di provvedimenti governativi aventi forza di legge ed efficacia immediata. Pertanto, la distinzione *de qua* va tenuta ferma non già limitando il potere legislativo delle Camere, bensì facendo valere a carico del Governo l'obbligo costituzionale di adottare decreti-legge solo in presenza dei requisiti di straordinaria necessità e urgenza. Seguendo il ragionamento di Silvestri, invece, il decreto-legge verrebbe a configurarsi

¹²⁶ V. Angiolini, *Attività legislativa*, cit., 226-227. Un 'portare ad effetto' che non è così lineare e pacifico, visto che - come puntualmente avverte lo stesso Angiolini in una monografia del 1986 e in uno scritto del 1997 (*Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova, 1986, 291; *La Corte riapre un occhio sui vizi del decreto-legge convertito?*, in *Giur. cost.*, 1997, 2014) la distinzione delle competenze formali tra Parlamento e Governo in tema di normazione primaria "non sembra fine a se stessa, bensì è anche strumentale alla garanzia delle posizioni di libertà dei privati".

¹²⁷ V. Angiolini, *Necessità ed emergenza*, cit., 250 nota 43.

¹²⁸ G. Silvestri, *Alcuni profili problematici dell'attuale dibattito sui decreti legge*, in *Pol. dir.*, 1996, 421 ss.

come una proposta legislativa ancor più rafforzata, giacché la sostanziale inemendabilità potenzierebbe ulteriormente, e non di poco, l'impatto dell'atto governativo sia sull'ordinamento che sui lavori e sulle competenze delle Camere

Che l'argomentare di Silvestri sia segnato, in profondità e nella sua essenza, dalla rimozione del significato fondamentale dell'art. 77 Cost. (straordinarietà e precarietà della decretazione d'urgenza/ordinarietà del potere legislativo delle Camere), lo si constata quando si legge che "Solo nel quadro originario della differenza *netta* e *irriducibile* tra schema del decreto-legge e schema della proposta di legge si può dare una spiegazione coerente e razionale sia alla previsione della perdita di efficacia *ex tunc* del decreto non convertito, sia, inversamente, alla stabilizzazione, sempre *ex tunc*, degli effetti di quello convertito"¹²⁹. Difatti, la spiegazione coerente e razionale sia della stabilizzazione *ex tunc* che della perdita *ex tunc* degli effetti risiede nel significato fondamentale dell'art. 77 Cost., e in particolare nella precarietà del decreto-legge, e non nella differenza tra decreto-legge e proposta di legge.

Nel tentativo di rendere maggiormente persuasiva la propria argomentazione, Silvestri ricorda che la "sequenza tipica prevista dall'art. 77 Cost. si instaura tra atti sul presupposto della identità di contenuto normativo" e che questa identità può tollerare, al massimo, marginali modifiche. Il punto è, però, che il fine cui è costituzionalmente preordinata la sequenza decreto-legge/legge di conversione è quello - risultante inequivocabilmente dalla lettera, dalla collocazione sistematica e dalla storia del primo comma dell'art. 77 - di garantire la pienezza delle attribuzioni delle Camere, titolari esclusive del potere legislativo. Di conseguenza, non appare possibile invocare la tipicità di tale sequenza per legittimare una compressione di quella pienezza (cui corrisponde oggettivamente un rafforzamento del ruolo normativo del Governo). Per di più Silvestri lascia del tutto indimostrato il passaggio, evidentemente contraddittorio, dal presupposto dell'identità di contenuto normativo all'ammissibilità di modifiche marginali: se identità vi deve essere, perché ammettere modifiche, anche se marginali? Se, come sostiene Silvestri (senza addurre alcuna dimostrazione al riguardo), esiste un 'potere parlamentare tipico di conversione', distinto dall'ordinario potere legislativo delle Camere, e se il potere di emendare il decreto-legge è espressione di questo secondo potere, perché mai si dovrebbero ammettere modifiche, sia pure marginali, del decreto?

La spiegazione che Silvestri fornisce al riguardo - nell'iter del disegno di legge di conversione sono a un tempo presenti, per ragioni di 'economia procedimentale', sia il potere legislativo ordinario delle Camere che il potere tipico di conversione, che però non devono mai contaminarsi, cosa che accadrebbe nel caso di modifiche non marginali¹³⁰ - potrebbe forse risultare persuasiva solo a condizione di ritenere che i concetti di rettifica e di modifica marginale impiegati da Silvestri coincidano nel senso che il decreto-legge è sostanzialmente inemendabile perché in sede di conversione il Parlamento può solamente procedere alla correzione di errori e imprecisioni presenti nel testo originario del provvedimento. Comunque Silvestri, al fine di rendere più convincente la propria ricostruzione, invoca anche la "necessaria distinzione che in qualsiasi ordinamento fondato sulla divisione dei poteri deve esistere tra normazione e controllo"¹³¹. Questa invocazione, però, vale a mostrare, ancora una volta, come la ricostruzione di Silvestri si fondi sulla rimozione del significato fondamentale dell'art. 77 Cost., nel quale si esprime sì il principio della separazione dei poteri, ma nel senso (solennemente ribadito dal primo comma) della esclusiva spettanza parlamentare del potere di normazione primaria. Al di là di quanto già osservato sul punto della conversione come attività di controllo con riferimento alla riflessione di Ruggeri¹³², affermare che l'art. 77 separa normazione primaria del Governo e controllo del Parlamento, trasformando così l'incapacità del decreto-legge di vivere di vita propria in una riserva di normazione primaria a favore del Governo, significa stravolgere il principio della separazione dei poteri in contrasto con la lettera, la *ratio* e la storia dello stesso art. 77 Cost. e con la forma di governo parlamentare definita in Costituzione.

Le relazioni di Angiolini e Silvestri al convegno del 1995 affrontano il tema dell'emendabilità del decreto-legge senza preoccuparsi più di tanto di argomentare in maniera esaustiva e scevra da aporie le tesi rispettivamente dell'inemendabilità e dell'emendabilità solo marginale. La schematicità assertiva delle due

¹²⁹ G. Silvestri, *Alcuni profili problematici*, cit., 425.

¹³⁰ G. Silvestri, *ivi*, 425-426. Peraltro, lo stesso Silvestri, nella monografia dedicata alla separazione dei poteri, non manca di rilevare che "Il parlamento, ... , quando converte in legge un decreto-legge, esercita contemporaneamente una funzione di controllo ed una funzione normativa. La prima chiude il ciclo funzionale aperto dal decreto-legge, la cui fase intermedia ha già avuto luogo a causa della sua efficacia immediata; la seconda costituisce il momento iniziale di un nuovo ciclo funzionale": G. Silvestri, *La separazione dei poteri*, II, Milano, 1984, 268.

¹³¹ G. Silvestri, *Alcuni profili problematici*, cit., 426.

¹³² Si veda il paragrafo 1.

relazioni sul punto dell'emendabilità e la *nonchalance* con la quale esse ignorano o eludono opinioni ampiamente argomentate dalla più autorevole dottrina costituzionalistica sono da ricollegarsi essenzialmente alla situazione istituzionale che fa da sfondo alla loro elaborazione e all'intento dei due autori di proporre enunciazioni concettuali dotate di un valenza performativa, più che persuasiva, capaci cioè di incidere su quella situazione e di modificarla.

La prima metà degli anni Novanta è caratterizzata non solo dal consolidarsi della configurazione fattuale del decreto-legge come un'iniziativa legislativa rafforzata e come la principale modalità della legislazione ordinaria¹³³, ma anche e soprattutto dal proliferare di decreti-legge che, grazie al meccanismo della reiterazione, si concatenano tra loro, ponendo la dottrina costituzionalistica dinanzi a quel vero e proprio *monstrum* costituito dalla sequenza decreto-legge/ approvazione con modificazioni del relativo disegno di legge conversione ad opera di una sola Camera/reiterazione del decreto-legge nel nuovo testo, che talvolta si conclude con una sorta di legge di superconversione, che converte l'ultimo decreto reiterato e fa salvi gli effetti delle precedenti reiterazioni¹³⁴. Un *monstrum* che fa sì che nella XII legislatura, ossia dall'aprile 1994 al maggio 1996, 665 decreti-legge siano adottati (con una media mensile di 26,8) e 428 reiterati. I decreti-legge occupano integralmente e permanentemente l'agenda delle Camere e divengono il potenziale contenitore di tutte le proposte normative che non hanno più speranza di essere approvate nella forma del disegno di legge ordinario. La reiterazione si pone così come un meccanismo capace di recepire, per il suo essere *work in progress*, le istanze di modifica del decreto che provengono dalle Assemblee, e pure dalle singole commissioni, e di aggregare progressivamente intorno al provvedimento del Governo consensi sempre più ampi, anche in assenza di maggioranze stabili e certe¹³⁵.

Non a caso nel 1994 Modugno osserva che quello della reiterazione è "il fenomeno centrale che ha consentito la *radicale modificazione* della funzione del decreto-legge nel sistema delle fonti" e, nello stesso anno, Pizzorusso denuncia l'allarmante gravità raggiunta dal fenomeno e invoca una riforma dell'art. 77 Cost.¹³⁶. Sempre nel 1994, Cuocolo, Modugno e Celotto, al fine di spezzare la spirale tra emendamenti e reiterazione con modifiche, invocano una revisione dell'art. 77 Cost. volta a sancire l'inemendabilità del decreto-legge¹³⁷, mentre due anni dopo è Traversa ad auspicare espressamente l'inemendabilità dei decreti-legge (da realizzarsi attraverso una revisione costituzionale preceduta da una convenzione costituzionale) proprio al fine di interrompere quella spirale, individuata come il cuore della 'patologia del decreto-legge'¹³⁸.

E non a caso la relazione di Silvestri al Convegno del 1995, che contiene l'enunciazione della sua tesi dell'emendabilità solo marginale, si apre con l'elencazione di una serie di cifre sul "profluvio di decreti-legge" nella XII legislatura e con l'individuazione della causa di questo profluvio nella "distonia di Governo e Parlamento nel rapporto fiduciario", a sua volta conseguenza del "deperimento della capacità dei partiti di produrre indirizzo politico": "l'abuso della decretazione d'urgenza è perciò la manifestazione di una prolungata impotenza a governare delle forze politiche di maggioranza" e della necessità dei Governi "di sopravvivere nel vuoto dell'indirizzo politico"¹³⁹.

L'obiettivo delle tesi di Silvestri e Angiolini è evidentemente lo stesso delle richieste dottrinali di riforma dell'art. 77 Cost., vale a dire la disattivazione del meccanismo della reiterazione, che sta determinando l'esplosione della decretazione d'urgenza. Si stratta, nella sostanza, di blindare il decreto così da accelerarne i tempi di esame, rendere inutile il ricorso alla reiterazione e superare una pericolosa situazione istituzionale, che per di più vede emergere nuove tipologie di decreti-legge: di delega legislativa,

¹³³ Cfr. G. Berti, *Manuale di interpretazione costituzionale*, Padova, 1994, 175; F. Modugno, *Riflessioni interlocutorie sulle conseguenze della trasformazione del decreto-legge*, cit., 458 ss.; A. Di Giovine, *La decretazione d'urgenza in Italia tra paradossi, ossimori e prospettive di riforma*, in *Studi parl e di pol. cost.*, 1996, 11.

¹³⁴ Su questo *monstrum* A. Celotto, *Decreto legge (postilla di aggiornamento)*, in *Enc. giur.*, X, Roma, 2001, 2; A. Simoncini, *Tendenze recenti della decretazione d'urgenza in Italia e linee per una nuova riflessione*, in *L'emergenza infinita: la decretazione d'urgenza in Italia*, a cura di A. Simoncini, Macerata, 2006, 19 ss.; C. De Micheli, *Governare senza legiferare: l'analisi dell'attività di decretazione (e di reiterazione) tra Prima e Seconda Repubblica*, in *Quad. cost.*, 1997, 515 ss.

¹³⁵ Cfr. V. Di Porto, C. Rizzuto, D. Cabras, M. T. Losasso, E. Burchi, P. Siviero, *I decreti-legge in Parlamento*, in *Bollettino di informazioni costituzionali e parlamentari*, 1995, n. 1-3, 121 ss.; A. Palanza-F. Posteraro, *Tendenze recenti nella formazione delle leggi. Nota introduttiva (1992-1995)*, *ivi*, 1995, n.1-3, 35 ss.

¹³⁶ F. Modugno, *Analisi delle disposizioni della legge 400/88*, cit., 64; A. Pizzorusso, *E' urgente una riforma dell'art. 77 della Costituzione*, in *Corr. giur.*, 1994, n. 9, 1061-1062.

¹³⁷ F. Cuocolo, *All'origine della patologia del decreto-legge*, in *I decreti-legge non convertiti*, cit., 139 ss.; F. Modugno-A. Celotto, *Rimedi all'abuso del decreto-legge*, in *Giur. cost.*, 1994, 3232 ss.

¹³⁸ S. Traversa, *Patologia del decreto legge*, cit., 29.

¹³⁹ G. Silvestri, *Alcuni profili problematici*, cit., 421 ss.

in materia elettorale, di regolazione di rapporti giuridici sorti sulla base di decreti non convertiti, di rinnovazione di disposizioni di decreti-legge cui una delle Camere aveva negato la conversione¹⁴⁰.

Le tesi di Silvestri e Angiolini sorgono, pertanto, come sostanziali interventi di ortopedia costituzionale destinati ad operare come succedanei di una revisione costituzionale ritenuta assolutamente improbabile. Non stupisce, pertanto, la caduta in sonno di queste teorie all'indomani della svolta segnata in tema di reiterazione dalla sentenza n. 360 del 1996. Avvenuta questa svolta, si torna piuttosto rapidamente alla media dei circa tre decreti-legge al mese che costituiva, con qualche sporadica variazione, il 'tasso strutturale' di decretazione d'urgenza¹⁴¹. Ciò è particolarmente evidente nel caso di Angiolini: in tre scritti di qualche anno successivi alla relazione del 1995 egli, nel riaffermare che la legge di conversione ha come effetto tipico quello di stabilizzare o sanare gli effetti del decreto-legge e che i due atti sono "tappe di una vicenda normativa sostanzialmente unitaria", non è più interessato a trarre da tali assunti la conseguenza dell'inemendabilità, ma solamente a ribadire quella, ben diversa, dell'efficacia solo per il futuro delle modifiche introdotte in sede di conversione, giustificata invocando la distinzione tra potere di conversione e potere di legislazione ordinario del Parlamento¹⁴².

Questo rifocalizzazione del proprio orientamento interpretativo da parte di Angiolini potrebbe essere richiamata per evidenziare il carattere *de combat* delle teorie dell'inemendabilità, il loro nascere e morire come rimedi incastonati nella contingenza delle situazioni politico-istituzionali del momento. Nel 1995 l'inemendabilità può essere il grimaldello per far saltare il *monstrum* delle catene di decreti reiterati; nel 1998, due anni dopo la sentenza n. 360 del 1996 della Corte costituzionale, la reiterazione è un fenomeno ormai archiviato e ad esso si è sostituito quello delle leggi di sanatoria degli effetti di decreti-legge decaduti per scadenza del termine. In questa nuova situazione a nulla servirebbe invocare l'inemendabilità del decreto, mentre assai più utile si rivela la distinzione tra potere di conversione retroattivo e potere legislativo ordinario non retroattivo, in quanto idonea a sospingere la legge di sanatoria nell'area della conversione tardiva.

Alla presenza del nuovo *monstrum* e *hostis* della legge di sanatoria Angiolini si riferisce esplicitamente quando rileva che il Parlamento dopo la sentenza n. 360 del 1996 è stato colto da una sorta di 'furore della sanatoria' e quando paventa l'insorgere "di una situazione non augurabile che, agevolmente, potrebbe crearsi per la concomitanza tra il divieto di (<<iterazione>> o) reiterazione e la libertà illimitata di <<sanatoria>> parlamentare ... Il governo potrebbe proseguire nel fare decreti-legge a piacimento e abbandonarli, disinteressandosi della loro sorte, alla responsabilità del Parlamento; giacché sarebbe il Parlamento che, potendo <<sanare>> gli effetti del decreto-legge non convertito nei sessanta giorni, in carenza di qualsiasi termine finale, diventerebbe l'unico responsabile effettivo"¹⁴³. Nella nuova situazione si tratta di impedire che il Governo possa "reiterare" i decreti, pur nella consapevolezza di agire contro la Costituzione, con la speranza o l'auspicio che il parlamento, a posteriori, ne consolidi gli effetti sotto forma di regolazione dei <<rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti non convertiti>> "¹⁴⁴. Per questo l'interpretazione dell'art. 77 Cost. deve ora essere riorientata in una nuova direzione, che non passa più attraverso l'inemendabilità, giacché l'abuso della decretazione d'urgenza adesso va ricollegato al "lassismo complice del Parlamento, nel convertire e nel <<sanare>> gli effetti dei decreti non convertiti" e al fatto che "è stato proprio il Parlamento, nell'ultimo scorcio dell'esperienza repubblicana, a farsi garante della 'reiterazione', introducendo con allarmante sistematicità, nella legge di conversione del decreto-legge che chiudeva la serie, la clausola di 'salvezza' degli effetti dei decreti anteriormente decaduti e 'reiterati' "¹⁴⁵.

Proprio in contemporanea con le tesi dell'inemendabilità di Silvestri e Angiolini, Paladin tiene a ricordare che "lo scandalo della decretazione riguarda l'uso arbitrario dei decreti-legge, ben più che la rivalutazione e l'appropriazione di tali provvedimenti da parte delle Camere" e che, rispetto agli abusi che si registrano, che "in prima linea offendono il riparto costituzionale delle attribuzioni legislative fra il Governo e il Parlamento, le leggi di conversione rappresentano un falso bersaglio"¹⁴⁶. L'osservazione di Paladin è più che fondata, ma per comprendere pienamente la portata delle tesi dell'inemendabilità della metà degli anni

¹⁴⁰ Cfr. A. Pace, *Sull'uso <<alternativo>> del decreto-legge in luogo del decreto delegato, per eludere i principi della delega*, in *Giur. cost.*, 1993, 1786 ss.; F. Modugno - A. Celotto, *Rimedi all'abuso del decreto-legge*, *cit.*, 3232 ss.

¹⁴¹ Così A. Simoncini, *1998-2008: la fine della legge?*, in www.osservatoriosullefonti.it.

¹⁴² V. Angiolini, *La 'reiterazione' dei decreti-legge. La Corte censura i vizi del governo e difende la presunta virtù del parlamento*, in *Diritto pubblico*, 1997, 113; *La Corte riapre un occhio sui vizi del decreto-legge convertito?*, in *Giur. cost.*, 1997, 2010 ss.; *Decreto-legge, conversione e <<sanatoria>> nel giudizio in via principale*, in *Le Regioni*, 1998, 423 ss.

¹⁴³ V. Angiolini, *Decreto-legge, conversione e <<sanatoria>>*, *cit.*, 429.

¹⁴⁴ V. Angiolini, *La 'reiterazione' dei decreti-legge*, *cit.*, 118.

¹⁴⁵ V. Angiolini, *La Corte riapre un occhio*, *cit.*, 2014; *La 'reiterazione' dei decreti-legge*, *cit.*, 121.

¹⁴⁶ L. Paladin, *Atti legislativi del Governo*, *cit.*, 24-25.

Novanta, nella loro oggettività, occorre considerare che alla situazione fattuale per cui, attraverso il meccanismo della reiterazione, il decreto-legge conquista una posizione centrale nel sistema delle fonti, tanto che "non si saprebbe più dire se la regola sia ormai più rappresentata dalla funzione legislativa parlamentare ovvero da quella governativa"¹⁴⁷, quelle tesi oppongono una strategia di rientro alla normalità costituzionale che vuole sì disinnescare la reiterazione attraverso l'inemendabilità, ma che, proprio attraverso l'inemendabilità, stabilizza la centralità del decreto-legge nel sistema delle fonti.

Se si considera che l'abuso della decretazione d'urgenza è "l'effetto e la concausa della debolezza e della precarietà dei Governi italiani, incapaci di formulare veri e propri indirizzi politici"¹⁴⁸, si comprende come alla metà degli Novanta rendere (assolutamente o sostanzialmente) inemendabili i decreti-legge significa puntellare quella debolezza e quella precarietà, anche perché l'inemendabilità non solo non scalfisce l'impiego del decreto in chiave di anticipazione della legge parlamentare (sganciata da qualsiasi straordinaria necessità e urgenza), ma anzi lo favorisce e lo incentiva. Questo effetto di puntellamento di un Governo percepito come destinato, specie in quella fase critica del sistema politico italiano, ad una sorte di debolezza e precarietà è tutt'altro che indesiderato, giacché sono quegli gli anni dei cosiddetti Governi tecnici, salva la breve parentesi del I Governo Berlusconi, e sono anche gli anni in cui si diffondono ricostruzioni della forma di governo italiana che individuano nel Governo e nel Parlamento organi qualitativamente diversi e reciprocamente indipendenti: "I governi dei tecnici ci offrono invece motivo di riflessione su una versione della democrazia parlamentare, diversa da quella occupazione partitica del potere che si è avuta per tanti anni ed è infine degenerata in partitocrazia: una visione <<duale>> nella quale Parlamento e governo siano organi qualitativamente diversi e reciprocamente indipendenti ... Una tale dualità è, come insegnano i classici, il presupposto indispensabili per evitare di degenerare nel regime assembleare dei partiti"¹⁴⁹.

In questo contesto politico-costituzionale, segnato dalla crisi dei partiti, dal persistere della devastante immagine del 'Parlamento degli inquisiti'¹⁵⁰, da un forte attivismo del Quirinale¹⁵¹ e da Governi tecnici che cercano in Parlamento la propria maggioranza, l'inemendabilità del decreto-legge si pone non come un rimedio all'abuso della decretazione d'urgenza, bensì come una razionalizzazione del procedimento di produzione governativa di norme primarie d'urgenza, che rende quest'ultimo più fluido, sicuro e spedito, sottraendolo alla contaminazione delle mediazioni e dalle contrattazioni parlamentari, ingombrante sopravvivenza del 'parlamentarismo integrale' degli anni Settanta nella nuova stagione della centralità dell'Esecutivo¹⁵².

4. L'inemendabilità del decreto-legge come pharmakon

Il percorso genealogico sin qui seguito mostra che le tesi dell'inemendabilità nascono sempre per intervenire su di una specifica situazione contingente di politica istituzionale e sono sempre elaborate e proposte come un rimedio a un male ritenuto causa di una patologica condizione di degenerazione della vita e del funzionamento delle istituzioni (il consociativismo degli anni Settanta, la reiterazione come forma e luogo del confronto tra Governo e gruppi parlamentari alla metà degli anni Novanta). Analoga constatazione può farsi per la più recente riflessione di Ruggeri, nell'ambito della quale l'inemendabilità appare davvero una 'malizia della Costituzione' (*rectius*: del costituzionalista) impiegata per combattere la malizia della politica. Una regola formulata dal costituzionalista per indebolire le 'regolarità della politica' e per tonificare "una 'materia costituzionale' fin troppo docile ed arrendevole davanti alle più vigorose espressioni di una

¹⁴⁷ F. Modugno, *Riflessioni interlocutorie cit.*, 453. Si veda anche F. Sorrentino, *Il decreto legge non convertito*, in *I decreti-legge non convertiti*, Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nel giorno 11 novembre 1994, Milano, 1996, 74.

¹⁴⁸ L. Paladin, *Atti legislativi del Governo, cit.*, 12.

¹⁴⁹ G. Zagrebelsky, *Una buona democrazia <<duale>>*, in *La Stampa*, 13 agosto 1995. Cfr. anche A. Manzella, *Governare senza la tassa dei partiti*, in *la Repubblica*, 22 settembre 1995.

¹⁵⁰ Cfr. M. Luciani, *Il Parlamento negli anni Novanta*, in *Storia d'Italia, Annali*, 17, *Il Parlamento*, a cura di L. Violante, Torino, 2001, 419 ss. L. Ricolfi (*L'ultimo Parlamento. Sulla fine della prima Repubblica*, Roma, 1993, 30) giunge a calcolare il tasso di criminalità dei parlamentari e a confrontarlo con quello generale della popolazione.

¹⁵¹ A. Manzella, *Il garante sul colle*, in *la Repubblica*, 1 marzo 1995.

¹⁵² Cfr. M. Cotta, *Il parlamento nel sistema politico italiano, cit.*, 205; M. Calise, *Il Governo*, in *Storia dell'Italia repubblicana, cit.*, III, *L'Italia nella crisi mondiale. L'ultimo ventennio. Istituzioni, politiche, culture*, 388 ss; P. Martelli, *Governo tecnico un passo verso il presidenzialismo?*, in *Il Mulino*, 2012, 226 ss. L'esperienza dei Governi tecnici degli anni della transizione dopo Tangentopoli si svolge all'insegna di una grande crescita dei poteri normativi (anche primari) dell'Esecutivo, con un'ulteriore impennata del ricorso alla decretazione d'urgenza e un abnorme impiego della delega legislativa plurima e sostanzialmente in bianco: cfr. C. De Fiore, *Trasformazioni della delega legislativa e crisi delle categorie normative*, Padova, 2001; N. Lupo, *Deleghe e decreti legislativi 'correttivi': esperienze, problemi, prospettive*, Milano, 1996.

politica debordante", così da ridare fiato a una Costituzione ormai 'dolente' sotto i colpi di una politica sempre più aggressiva¹⁵³.

In Ruggeri il male da curare attraverso l'inemendabilità è la volontà di potenza del *continuum* Governo-maggioranza parlamentare, giacché grazie alla possibilità di emendare i decreti-legge "Il Parlamento (e, perciò, non nascondiamocelo, quella maggioranza politica che è in buona sostanza pilotata dallo stesso Governo) ha infatti mano libera, potendo caricare i propri atti di norme contenute in più vari, piegando le forme (e le funzioni per il cui esercizio le stesse si rendono disponibili) alle congiunturali esigenze della politica, al suo bisogno irresistibile di farsi sempre e comunque valere"¹⁵⁴. Di fronte a questo male, il costituzionalista usa la propria scienza e la propria sapienza per dare, con un tocco ingegneristico, il giusto e virtuoso equilibrio al processo circolare delle regole e delle regolarità, facendo in modo che "un'oculata rigenerazione della Costituzione" soccorra la politica spingendola a autorigenerarsi¹⁵⁵. Non si tratta di confrontarsi con la storia costituzionale e con il dibattito dottrinale precedente per interrogare consapevolmente il testo dell'articolo 77 Cost., bensì di auscultare il corpo malato delle istituzioni, individuare l'affezione che lo affligge e quindi rigenerarlo attraverso la somministrazione di un rimedio, consistente nella formulazione di una nuova regola costituzionale.

La riflessione di Ruggeri si colloca tutta dentro le vicende politiche della XVI legislatura che, radicalizzando la tendenza (rilevabile già nella XIV legislatura) al frequente e combinato ricorso a decreti *omnibus*, maxiemendamenti e voti di fiducia¹⁵⁶, hanno favorito una percezione essenzialmente governativo-maggioritaria della legge di conversione e la conseguente preoccupazione che il *continuum* maggioritario Camere-Governo utilizzi la sede della conversione per inserire nel decreto nuove normative senza sottostare al controllo esercitato dal Capo dello Stato in sede di emanazione del provvedimento d'urgenza e di autorizzazione alla presentazione alle Camere del relativo disegno di legge di conversione¹⁵⁷. In una situazione contingente vissuta e interpretata come il fronteggiarsi della volontà di potenza della maggioranza politica del momento e della volontà di garanzia del Capo dello Stato, custode della Costituzione e degli interessi permanenti della Nazione, il 'prendere o lasciare' è pensato come un rimedio atto ad assicurare l'effettività e l'ineludibilità del controllo presidenziale sulla conformità a Costituzione dei contenuti della decretazione d'urgenza. Difatti, Ruggeri, con riferimento alla Presidenza Napolitano, descrive il Capo dello Stato come quotidianamente alla ricerca di un contatto diretto con l'opinione pubblica "davanti al diabolico perseverare degli operatori politici nella realizzazione di disegni *contra Constitutionem*"¹⁵⁸.

Mentre negli anni Settanta il 'prendere o lasciare' viene teorizzato e proposto come rimedio al consociativismo che, in contrasto con l'interesse generale, si realizza in sede parlamentare attraverso l'accordo tra maggioranza e opposizione sugli emendamenti da apportare ai decreti-legge, ora esso è indicato come rimedio allo strapotere della maggioranza, che utilizza la sede della conversione per saltare il controllo presidenziale sull'emanazione dei decreti-legge. La limitazione del potere parlamentare di emendamento in sede di conversione viene ritenuta ora equivalente alla restrizione degli spazi per l'uso abnorme della decretazione d'urgenza¹⁵⁹ e questo accade perché, con il mettere l'accento sul *continuum* Governo-maggioranza parlamentare, non solo il Governo legislatore appare una figura assai meno straordinaria di quanto la Costituzione pretenderebbe, ma soprattutto lo stesso Parlamento legislatore finisce con il ridursi, nella vicenda della conversione dei decreti-legge, a null'altro che al Governo sotto mentite spoglie¹⁶⁰.

¹⁵³ Per questo ordine concettuale e per questa terminologia: A. Ruggeri, *Dal caos delle fonti, cit.*; *Evoluzione del sistema politico-istituzionale, cit.*

¹⁵⁴ A. Ruggeri, *Ancora in tema di decreti-legge, cit.*

¹⁵⁵ Cfr. A. Ruggeri, *Dal caos delle fonti, cit.*

¹⁵⁶ Cfr. E. Griglio, *La conversione dei decreti-legge nella XIV legislatura: da procedimento duale a procedimento a prevalente connotazione governativa?*, in *Le regole del diritto parlamentare nella dialettica tra maggioranza e opposizione*, a cura di E. Gianfrancesco e N. Lupo, Roma, 2007, 309 ss.

¹⁵⁷ Su questa preoccupazione R. Dickmann, *Corte costituzionale e sindacato dei presupposti di costituzionalità dei decreti-legge*, in *Rass. parl.*, 2007, 1014.

¹⁵⁸ A. Ruggeri, *Evoluzione del sistema politico-istituzionale, cit.*

¹⁵⁹ Per tutti A. Ruggeri, *Ancora una stretta, cit.*; R. Filippo, *Il decreto-legge tra requisiti di costituzionalità e prassi: l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale negli ultimi dieci anni*, in www.amministrazioneincammino.it.

¹⁶⁰ Cfr. E. Bettinelli, *I poteri del Capo dello stato nella stagione del 'superpotere politico'*, in www.astrid-online.it: "l'accentuazione della 'volontà popolare' organizzata, su cui si fonda la legittimazione di tutti gli organismi che fanno parte dei circuiti della rappresentanza politica, rende plausibile l'opinione che nelle democrazie contemporanee potere legislativo e potere esecutivo siano di fatto manifestazione di un medesimo 'super-potere': quello politico, appunto, che si avvale di attori e di procedure di decisione (formali e

Sia che si guardi al presente, sia che si guardi al passato, ciascuna teoria dell'inemendabilità è pensata e proposta come *pharmakon*, come rimedio e medicina che il costituzionalista elabora con la sua sapienza e quindi applica e inocula per combattere il male che affligge il corpo dello Stato. Ma l'ambiguità costitutiva del *pharmakon*, in quanto artificio, fa sì che esso sia, sempre, volta a volta o a un tempo, rimedio e veleno, beneficio e malefico, soluzione del male o suo spostamento o aggravamento¹⁶¹. Solo riducendo la complessità dinamica e storica della vita istituzionale alla semplice, parziale e istantanea concretezza di un aspetto del qui e dell'ora ci si può illudere di sfuggire a questa ambiguità e di usare l'inemendabilità come un rimedio non velenoso, non destabilizzante per gli equilibri costituzionali della forma di governo e della stessa forma di Stato. Pericolosa illusione perché appartiene all'essenza del *pharmakon* una *dynamis* non pienamente programmabile e controllabile e sempre sorprendente per chi pretenda di padroneggiarne e pilotarne gli effetti.

Così il costituzionalista, prima di trasformare l'interpretazione della Costituzione in una *pharmakeia* per preparare il rimedio del 'prendere e lasciare', dovrebbe tener presente che le norme dettate dall'art. 77 Cost. tutelano in generale il Parlamento, e in particolare le opposizioni¹⁶², e che se in una specifica situazione storico-politica l'inemendabilità del decreto-legge potrebbe valere a proteggere le opposizioni da colpi di mano del *continuum* Governo-maggioranza, in altre situazioni, nella normalità delle situazioni, l'inemendabilità del decreto-legge riduce drasticamente la possibilità per le opposizioni di far valere il proprio ruolo e di attirare, anche attraverso il ricorso all'ostruzionismo, l'attenzione del paese sulla gravità delle scelte compiute dall'Esecutivo.

Addirittura all'interno di una stessa legislatura possono realizzarsi condizioni politiche, partitiche e di rapporti Governo-maggioranza profondamente diverse, così che rispetto ad alcune di esse il 'prendere o lasciare' opererebbe come un rimedio, rispetto ad altre come un veleno. Proprio la XVI legislatura lo dimostra: se con riferimento alla fase del IV Governo Berlusconi si può rilevare l'esistenza di un 'superpotere politico', dato lo stretto controllo del Governo sulla sua maggioranza (malgrado ripetute tensioni e defezioni), completamente diversa è la situazione politico-parlamentare del Governo Monti, Esecutivo tecnico costretto a confrontarsi quotidianamente con la volontà dei partiti che lo sostengono in Parlamento e a contrattare con essi. Nel caso del IV Governo Berlusconi, la *moral suasion* del Quirinale per l'inemendabilità (o per la marginale emendabilità) dei decreti-legge può produrre l'effetto di ridurre la possibilità per il Governo di aggirare, attraverso la ferrea direzione della maggioranza parlamentare e la presentazione di emendamenti in sede di conversione, il controllo svolto dal Capo dello Stato al momento dell'emanazione del decreto. Nel caso, invece, del Governo Monti quella *moral suasion* può produrre l'effetto di ridurre la capacità dei gruppi parlamentari di confrontarsi con gli intendimenti del Governo e, simmetricamente, determinare un rafforzamento tanto rilevante quanto artificioso della posizione del Governo tecnico in Parlamento, con effetti di destabilizzazione del complessivo sistema istituzionale¹⁶³.

A quest'ultimo riguardo, dato il contenuto assolutamente eterogeneo che i decreti-legge tradizionalmente presentano, non si può poi ignorare la possibilità che un Governo adotti un provvedimento d'urgenza contenente da una parte misure urgenti, necessarie e attese dai cittadini (ad esempio, misure fiscali vantaggiose per i contribuenti) e dall'altra misure né urgenti, né necessarie, impopolari e magari irragionevolmente restrittive delle libertà individuali e collettive¹⁶⁴. In un simile caso, l'inemendabilità consentirebbe al Governo di sottrarsi artificialmente al dovere costituzionale di saggiare preventivamente, con riferimento alle diverse misure che intende assumere, la possibilità di tempestiva conversione del provvedimento d'urgenza e di non adottare decreti-legge privi di concrete possibilità di conversione¹⁶⁵. In particolare, tenendo presenti le vicende politiche della fase finale della XVI legislatura, ci si potrebbe domandare cosa accadrebbe, accogliendo l'opzione del 'prendere e lasciare', se un Governo tecnico decidesse di adottare un decreto-legge sulla riforma del diritto del lavoro o, più in generale, cosa accadrebbe

informali) diversificate, ma convergenti al medesimo scopo". Si veda anche R. Perna, *Tempi della decisione ed abuso della decretazione d'urgenza*, in *Quad. cost.*, 2010, 61.

¹⁶¹ Su questa caratteristica essenziale del *pharmakon* in Platone si veda ovviamente J. Derrida, *La pharmacie de Platon*, in *La dissémination*, Paris, 1972, 69 ss.

¹⁶² A. Pace, *Divagazioni sui decreti-legge non convertiti*, in *Pol. dir.*, 1995, 400.

¹⁶³ Sottolinea la diversa strutturazione dei rapporti tra il presidente Napolitano e ripetutamente il IV Governo Berlusconi e il Governo Monti N. Maccabiani, *Il presidente Napolitano e la decretazione d'urgenza nella XVI legislatura*, in www.rivistaaic.it, n. 4/2012.

¹⁶⁴ A. Celotto, *L'abuso*, cit., 455 ss, ricorda che la *Lex Caecilia Didia de modo legum promulgandarum* del 98 a.C. vietò la sottoposizione al voto dell'assemblea di provvedimenti eterogenei, nell'intento di stroncare la prassi di comprendere in una sola *rogatio* più leggi di carattere diverso per riuscire a far approvare dall'assemblea qualche misura meno gradita assieme a provvedimenti più popolari.

¹⁶⁵ Per questo dovere: A. Pace, *Divagazioni sui decreti-legge*, cit., 400.

se un Governo senza maggioranza precostituita, e costretto a cercare in Parlamento il consenso sui singoli provvedimenti, adottasse un decreto-legge contenente incentivi, benefici e misure fiscali di vantaggio per i cittadini unitamente a interventi che, ad esempio, limitassero il diritto di sciopero e le libertà sindacali. Certo, si potrebbe obiettare che in questo caso vi sarebbe sempre il controllo del Capo dello Stato al momento dell'adozione del decreto. Tuttavia, anche a voler cedere alle suggestioni della mistica e della mitologia del Capo dello Stato sempre illuminato e necessariamente imparziale perché rappresentante dell'unità nazionale, resta il fatto che l'inemendabilità del decreto farebbe del Quirinale il punto di fuga delle prospettive e delle tensioni politiche e parlamentari, oltre che di quelle sociali, evocandone in modo insostenibile la responsabilità politica.

Specie in una situazione che vede il decreto-legge impiegato come strumento ordinario di legislazione, l'inemendabilità - con il bloccare, o quanto meno seriamente limitare, il confronto tra Governo e Parlamento sui contenuti delle disposizioni - sposta il baricentro della forma di governo sul versante dei rapporti tra Capo dello Stato e Esecutivo. Lo snodo cruciale del sistema di produzione delle norme primarie diventa il confronto tra Governo e Capo dello Stato, ancor più se quest'ultimo mostra di voler esercitare con intensità le proprie competenze in ordine all'emanazione del decreto. Questo confronto può, a seconda delle situazioni contingenti, assumere carattere oppositivo o collaborativo, ma in ogni caso attrae il Capo dello Stato nella sfera dell'indirizzo politico, portando così la forma di governo al di là del modello definito in Costituzione.

Occorre anche riflettere sul fatto che il crescente coinvolgimento palese del Capo dello Stato nella vicenda formativa dei decreti-legge - con la presidenza Napolitano si hanno rifiuti ufficiali di emanazione, emanazioni con comunicati che pubblicizzano motivazioni dissenzienti, emanazioni con comunicati recanti indirizzi al Governo e al Parlamento - e il delinarsi di una formazione negoziata degli stessi decreti tra Governo e Quirinale, con momenti di elevata e sorprendente irrivalenza¹⁶⁶, inducono a guardare con ancor maggiore perplessità alla soluzione del 'prendere o lasciare' rispetto a un decreto confezionato da Capo dello Stato e Governo. Insuperabile risulta qui il prudente realismo, essenza del costituzionalismo come teoria dei limiti del potere, che ispira l'autorevole ammonimento di Manlio Mazziotti di Celso, che osserva che se è vero che nei regimi parlamentari odierni l'intima armonia tra maggioranza parlamentare e Esecutivo fa venire in gran parte meno la possibilità di contrapposizione e di antitesi tra le Camere e il Governo, è anche vero che questo venir meno dipende dall'estraniarsi del Capo dello Stato dalla funzione di governo secondo una tendenza che caratterizza nel suo complesso l'evoluzione dei regimi parlamentari, ma che non è senza eccezioni né arresti¹⁶⁷.

Inoltre, se l'obiettivo che ci si prefigge attraverso l'inemendabilità è davvero quello di contenere l'abuso della decretazione d'urgenza, à la Candide si potrebbe osservare che basterebbe rifiutare qualche volta l'emanazione del decreto-legge incostituzionale. Sempre Candide si chiederebbe se tra i fenomeni che in questi anni hanno maggiormente concorso ad alterare il sistema costituzionale delle fonti e il modello costituzionale della forma di governo (adozione di decreti-legge *omnibus*, adozione di decreti-legge privi dei requisiti di necessità e urgenza, conferimento con decreto-legge al Governo dell'autorizzazione a disciplinare con regolamento intere materie, decreti-legge di presunta semplificazione, decreti-legge che prorogano termini di delega legislativa già scaduti, decreti-legge taglia-leggi, deleghe legislative in bianco) quello degli emendamenti approvati in sede di conversione sia effettivamente tra i più rilevanti. Come ci si potrebbe domandare se l'inemendabilità potrebbe davvero assicurare livelli più elevati di qualità e di non contraddittorietà della normativa d'urgenza e se non sia di contro ancor oggi attuale l'osservazione di Mortati per la quale spesso l'urgenza dei decreti-legge è gabelata come tale da direttori generali "che li improvvisano all'ultimo momento, concorrendo a formare quella legislazione tumultuaria, caotica e contraddittoria di cui tutti i cittadini sono vittime"¹⁶⁸.

Riesce comunque piuttosto difficile immaginare che l'inemendabilità dei decreti-legge possa determinare una limitazione dell'abuso della decretazione d'urgenza. Difatti, poiché questo abuso origina

¹⁶⁶ Che ha spinto taluni addirittura a riferire al Quirinale un ruolo di 'colegislatore': M. E. Bucalo, *L'"anomala" estensione dei poteri presidenziali a fronte della "ritrosia" della Corte costituzionale nell'epoca del maggioritario*, in www.gruppodipisa.it. Sul complesso rapporto tra la 'nuova stagione' del controllo presidenziale sulla decretazione d'urgenza e l'estraneità del Capo dello Stato al circuito dell'indirizzo politico: A. Simoncini, *Dalla prassi in materia di fonti nuove gravi "torsioni" della forma di governo e della forma di stato*, in www.gruppodipisa.it

¹⁶⁷ M. Mazziotti di Celso, *I conflitti di attribuzione*, cit., I, 145.

¹⁶⁸ C. Mortati, Intervento in *Assemblea Costituente, Commissione per la Costituzione, Seconda Sottocommissione*, 21 settembre 1946, 257.

dalla debolezza dei Governi, che utilizzano il decreto-legge per mettere il Parlamento (a volte la propria maggioranza, a volte le opposizioni, a volte la prima e le seconde) di fronte al fatto compiuto¹⁶⁹, escludere l'emendabilità significherebbe incentivare il Governo ad abusare ancor più del decreto-legge e far divenire il fatto compiuto ancor più compiuto, venendosi a trovare il Parlamento nella difficile e svantaggiosa condizione di scegliere tra la conversione e la decadenza *ex tunc* di una normativa che ha già prodotto i suoi effetti¹⁷⁰. Per di più l'inemendabilità del decreto-legge ne accentuerebbe il carattere di disegno di legge motorizzato o garantito, in quanto il Parlamento non avrebbe alternative non solo circa la scelta se iniziare o meno la sua discussione, ma anche rispetto alla delimitazione dell'area delle possibili soluzioni da dare alle tematiche affrontate con il decreto. Senza tener conto del fatto, decisivo sotto il profilo della forma di Stato democratica, che le minoranze sono tutelate soltanto in sede di conversione e non anche in sede di emanazione del decreto-legge¹⁷¹.

5. La sentenza n. 22 del 2012 della Corte costituzionale e l'omogeneità come limite della legge di conversione

Nella sentenza n. 22 del 2012 la Corte costituzionale afferma che il presupposto del caso straordinario di necessità e urgenza inerisce sempre e soltanto al decreto-legge concepito come un tutto unitario, atto normativo fornito di intrinseca coerenza, anche se articolato e differenziato al suo interno, e che la necessaria omogeneità del decreto-legge, "inteso come insieme di disposizioni omogenee per la materia o per lo scopo", deve essere osservata dalla legge di conversione. Per la Corte, l'art. 77, secondo comma, Cost. "istituisce un nesso di interrelazione funzionale tra decreto-legge, ... , e legge di conversione, caratterizzata da un procedimento di approvazione peculiare rispetto a quello ordinario", e questo nesso comporta "l'esclusione della possibilità di inserire nella legge di conversione di un decreto-legge emendamenti del tutto estranei all'oggetto e alle finalità del testo originario". Poiché il Parlamento è chiamato a convertire un atto unitariamente considerato, per la Corte "l'oggetto del decreto-legge tende a coincidere con quello della legge di conversione" ed esorbita dalla "sequenza tipica" profilata dall'art. 77, secondo comma, Cost. l'alterazione dell'omogeneità di fondo della normativa urgente, quale risulta dal testo originario. Questa tendenziale coincidenza di oggetto non esclude che le Camere possano, per ragioni di economia procedimentale, 'innestare' nell'iter di conversione l'ordinaria funzione legislativa, apportando emendamenti al testo del decreto-legge, "a patto di non spezzare il legame essenziale tra decretazione d'urgenza e potere di conversione". Se tale legame viene interrotto, si ha una violazione dell'art. 77 Cost. "per l'uso improprio, da parte del Parlamento, di un potere che la Costituzione gli attribuisce, con speciali modalità di procedura, allo scopo tipico di convertire, o non, in legge un decreto-legge".

Assai significativo è il passaggio argomentativo della sentenza n. 22 del 2012 nel quale la Corte ricorda che il "principio della sostanziale omogeneità delle norme contenute nella legge di conversione di un decreto-legge è stato richiamato nel messaggio del 29 marzo 2002, con il quale il Presidente della Repubblica, ai sensi dell'art. 74 Cost., ha rinviato alle Camere il disegno di legge di conversione del decreto-legge 25 gennaio 2002, n. 4 (Disposizioni urgenti finalizzate a superare lo stato di crisi per il settore zootecnico, per la pesca e per l'agricoltura), e ribadito nella lettera del 22 febbraio 2011, inviata dal Capo dello Stato ai Presidenti delle Camere ed al Presidente del Consiglio dei ministri nel corso del procedimento di conversione del decreto-legge oggetto degli odierni giudizi". Da questo passaggio risulta *per tabulas*, difatti, la volontà della Corte di convergere sulla ricerca da parte del Presidente della Repubblica di una convenzione sull'emendabilità dei decreti-legge e di indicare l'omogeneità di questi ultimi come il limite da far valere nei confronti della legge di conversione, mettendo da parte pertanto la soluzione del 'prendere o lasciare'.

Pochi giorni dopo la decisione della Corte, il 23 febbraio 2012, il Presidente Napolitano invia ai Presidenti delle Camere e al Presidente del Consiglio una lettera nella quale, richiamando la sentenza n. 22 del 2012, afferma: "Sottopongo pertanto alla vostra attenzione - in spirito di leale collaborazione istituzionale - la necessità di attenersi, nel valutare l'ammissibilità degli emendamenti riferiti a decreti-legge, a criteri di stretta attinenza allo specifico oggetto degli stessi e alle relative finalità, anche adottando - se ritenuto necessario - le opportune modifiche dei regolamenti parlamentari, al fine di non esporre disposizioni, anche quando non censurabili nel merito, al rischio di annullamento da parte della Corte costituzionale per ragioni

¹⁶⁹ Per tutti B. Caravita di Torrito, *La deriva elettorale della decretazione d'urgenza*, in *IdeAzione*, 1996, 3, 222.

¹⁷⁰ Cfr. G. Zagrebelsky, *Manuale di diritto costituzionale*, cit., 181.

¹⁷¹ A. Celotto, *L'abuso*, cit., 345; A. Di Giovine, *La decretazione d'urgenza*, cit., 7.

esclusivamente procedurali ma di indubbio rilievo istituzionale". Il Capo dello Stato, in una lettera pubblicata dal quotidiano *la Repubblica* il 25 febbraio 2012, tiene a precisare che "Nessuno può impedire che in parlamento si presentino ed eventualmente si approvino emendamenti volti a modificare norme contenute in decreti-legge approvati dal Consiglio dei ministri ed emanati dal Presidente della Repubblica. Quel che non può correttamente farsi è introdurre attraverso emendamenti - in sede di legge di conversione - norme estranee alla materia e alle finalità del decreto emanato".

Il riallineamento tra le posizioni del Quirinale e della Consulta non può essere descritto nei termini di un mero accoglimento da parte della Corte dell'orientamento del Capo dello Stato¹⁷², essendo piuttosto il risultato di una duplice correzione di rotta. Il Capo dello Stato lascia cadere il precedente appello alla 'sostanziale inemendabilità' per attestarsi sulla linea dell'omogeneità del decreto-legge quale limite per il potere di conversione delle Camere, mentre la Corte lascia cadere la propria precedente e costante giurisprudenza in tema di omogeneità. Il *revirement* della Corte appare tanto radicale quanto improvviso, specie se si considera che ancora con le sentenze n. 355 e n. 367 del 2010, ribadendo le conclusioni esposte nella sentenza n. 128 del 2008, essa aveva ammesso espressamente e inequivocabilmente che la legge di conversione potesse introdurre disposizioni eterogenee rispetto al decreto, nonché negato che la medesima legge fosse tipicizzata nella competenza¹⁷³. Questo *revirement*, nella sua subitanità, si esprime anche a livello di interpretazione del dato normativo costituito dall'art. 15, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, e dall'art. 96-*bis*, comma 7, Reg. Camera. Nelle sentenze n. 391 del 1995 e n. 196 del 2004 la Corte aveva espressamente negato la rilevanza costituzionale del requisito dell'omogeneità previsto dall'art. 15, comma 3, della legge n. 400 del 1988 e nella sentenza n. 171 del 2007, pur soffermandosi sulla particolarità del percorso parlamentare della legge di conversione disciplinato dall'art. 96-*bis* Reg. Camera, non aveva tratto da questa particolarità alcuna conseguenza sul terreno della tipicità della forza della legge di conversione e aveva configurato il decreto e la legge di conversione come atti ben distinti. Nella sentenza n. 22 del 2012, invece, l'art. 15, comma 3, della legge n. 400 diventa "esplicitazione della *ratio* implicita nel secondo comma dell'art. 77 Cost."¹⁷⁴ e l'art. 96-*bis* Reg. Camera è invocato, *ad adiuvandum*, per fondare il principio della sostanziale omogeneità delle norme contenute nella legge di conversione di un decreto-legge e la tipicità di quest'ultima.

L'*enjeu* principale della sentenza n. 22 del 2012 è la ricerca di una convenzione per la limitazione del potere parlamentare di modificare i decreti-legge, quale rimedio ad una condizione patologica del circuito di produzione normativa, e ciò spiega la facilità con la quale la Corte elude - dando per scontato quello che

¹⁷² Così, invece, C. Bertolino, *Ulteriori considerazioni in tema di conversione del decreto legge*, in www.rivistaaic.it, n. 3/2012; A. Sperti, *La sentenza n. 22 del 2012: la Corte costituzionale <<chiude il cerchio>>*, in *Quad. cost.*, 2012, 395 ss. Sul legame tra la sentenza n. 22 del 2012 e le prese di posizione del Quirinale: R. Dickmann, *La Corte sanziona la "evidente estraneità" di disposizioni di un decreto-legge inserite con la legge di conversione. Error in procedendo o vizio di ragionevolezza?*, in www.federalismi.it.

¹⁷³ Sottolinea la nettezza della svolta impressa dalla Corte alla propria giurisprudenza S. M. Cicconetti, *Obbligo di omogeneità del decreto-legge e della legge di conversione*, in www.giurcost.org. Prima della sent. n. 22 del 2012 l'omogeneità per la Corte non è un requisito costituzionalmente imposto, non è un vizio autonomo del decreto-legge ed è un mero indice della sussistenza dei requisiti della straordinaria necessità ed urgenza, ovvero il presupposto per l'attivazione del sindacato della Corte sulle modifiche apportate in sede di conversione (A. Di Carlo, *Omogeneità dei decreti-legge: spunti di riflessione da uno studio di casi concreti della XVI legislatura*, in www.osservatoriosullefonti.it). Basti pensare alla sent. n. 196 del 2004: "quanto poi alla carenza di omogeneità dell'oggetto del decreto-legge, è sufficiente rilevare che non si tratta di un requisito costituzionalmente imposto". Nella sentenza n. 171 del 2007 l'evidente disomogeneità può essere sintomo dell'evidente mancanza dei presupposti di necessità e urgenza, mentre nella sent. n. 128 del 2008 essa è elemento *ad adiuvandum* (P. Carnevale, *Considerazioni sulle più recenti decisioni della Corte costituzionale in tema di sindacato sui presupposti del decreto-legge (sentt. nn. 171 del 2007 e 128 del 2008)*, in *Per un tentativo di lettura combinata*, in www.forumcostituzionale.it). Solo nella ord. n. 294 del 2008 ricorre un passo, piuttosto maldestro, in cui sembrerebbe darsi per scontata la parificazione, quali vizi indipendenti, proprio sulla base della sent. n. 171 del 2007, della evidente disomogeneità e della evidente mancanza dei presupposti (S. Boccalatte, *La Corte manipola se stessa: la disomogeneità (evidente?) come motivo di illegittimità dei decreti-legge?*, in *Giur. cost.*, 2008, 3978 ss). Sulla giurisprudenza in tema di omogeneità si vedano anche G. Piccirilli, *Il Presidente della Repubblica alle prese con un nodo non ancora sciolto*, cit.; G. Monaco, *"Necessità e urgenza" del decreto-legge: alcune precisazioni della Corte dopo la "storica" sentenza n. 171 del 2007*, in www.gruppodipisa.it; P. Carnevale-D. Chinni, *C'è posta per tre*, cit.

¹⁷⁴ La legge n. 400 del 1988 è definita "legge di attuazione costituzionale" dal Presidente Napolitano nella lettera inviata ai Presidenti delle Camere e al Presidente del Consiglio il 22 febbraio 2011 e riguardante il disegno di legge di conversione del decreto-legge n. 225 del 2010. Sottolineano l'improprietà della scelta di riferire alla legge di conversione il requisito dell'omogeneità di cui all'art. 15 della legge n. 400 D. Chinni, *Le "convergenze parallele" di Corte costituzionale e Presidente della Repubblica sulla limitata emendabilità della legge di conversione del decreto-legge*, in www.giurcost.org; P. Carnevale, *Mancata promulgazione di legge di conversione e rinvio alle Camere: il caso del messaggio presidenziale del 29 marzo 2002*, in *Rass. parl.*, 2003, 413; A. Celotto, *Un rinvio rigoroso ma... laconico. Linee guida per una riflessione*, in *Rass. parl.*, 2002, 815.

scontato non è - il tema fondamentale della definizione del criterio dell' omogeneità¹⁷⁵, nonché la rapidità apodittica con la quale la stessa Corte si libera del profilo, indubbiamente complesso, della riferibilità del limite dell'omogeneità alla legge di conversione. Che si tratti della ricerca di un rimedio destinato a curare il corpo malato del sistema delle fonti solo in uno specifico punto - al fine, cioè, non di ripristinare uno stato di salute generale, ma soltanto di spostare in una determinata direzione la condizione di equilibrio di uno stato patologico - lo dimostra la scelta della Corte di effettuare la verifica dell'omogeneità a scapito di quella della sussistenza dei presupposti di straordinaria necessità e urgenza. Difatti, uno dei casi indicati dalla dottrina come paradigmatico della violazione di quei presupposti (il decreto milleproroghe¹⁷⁶) viene ora implicitamente proposto dalla Corte come paradigmatico rispetto alla praticabilità di un giudizio sull'omogeneità riferito a un decreto non omogeneo dal punto di vista contenutistico.

Peraltro, la Corte nulla dice riguardo la possibilità di praticare il giudizio di omogeneità rispetto al caso, che poi è il caso normale nella concreta esperienza della decretazione d'urgenza, di un decreto non omogeneo tanto dal punto di vista teleologico (se non in un senso amplissimo e tale da svuotare di rilievo ogni verifica) che da quello contenutistico. Si pensi, solo per fare esempi recenti, e di grande rilievo politico e normativo, al decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 211, recante "Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici", o al decreto-legge 9 febbraio 2012, n. 5, recante "Disposizioni urgenti in materia di semplificazione e di sviluppo", o al decreto-legge 2 marzo 2012, n. 16, recante "Disposizioni urgenti in materia di semplificazioni tributarie, di efficientamento e potenziamento delle procedure di accertamento", o da ultimo al decreto-legge 18 ottobre 2012 recante "Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese". Rispetto a decreti come questi il giudizio sull'omogeneità definito dalla sentenza n. 22 è impraticabile, mentre potrebbe essere effettuato un giudizio riferito alle singole disposizioni, il che però contrasterebbe con la tesi (proposta dalla Corte) secondo la quale la conversione ha per oggetto il decreto nel suo complesso¹⁷⁷.

Viene da chiedersi perché mai la Corte abbia voluto affermare quest'ultima tesi, tanto più in presenza sia dell'art. 78, comma 4, Reg. Senato che di un'autorevole opinione dottrinale che a un tempo propende per l'omogeneità come presupposto costituzionale e riconduce la conversione alle singole disposizioni del decreto¹⁷⁸. Soprattutto viene da pensare che l'affermazione della tesi dell'intero decreto come oggetto della conversione, non strettamente necessaria nell'economia della costruzione del giudizio di omogeneità, sia funzionale unicamente alla massima valorizzazione, a carico della legge di conversione, del vincolo di rispecchiamento del decreto, a conferma della circostanza per cui l'obiettivo perseguito dalla Corte sembra essere non già quello di assicurare l' omogeneità della normativa recata dai provvedimenti normativi d'urgenza, ma quello, ben diverso, di limitare la capacità della legge di conversione di modificare la versione originaria di quella normativa.

In effetti, la tesi *de qua* serve a dare supporto agli argomenti della 'sequenza procedimentale' e della 'interrelazione funzionale' al fine di provare a irrobustire il fondamento della configurazione della legge di conversione come fonte atipica a forza attiva depotenziata. Qui la Corte, con arrischiata apoditticità, si ricollega implicitamente sia all'argomento della 'sequenza tipica' utilizzato da Silvestri nel 1995, sia alla recente *nouvelle petite vague* dell'atipicità della legge di conversione in quanto legge 'a funzione costituzionalmente tipicizzata', che presuppone l'esistenza di un decreto-legge e che è contenutisticamente

¹⁷⁵ Giustamente P. Carnevale (*Mancata promulgazione, cit.*, 408) osserva che si tratta di un "criterio sfuggente ed ambiguo, quant'altri mai", circondato da una indeterminatezza concettuale e definitoria che ha dato luogo a infinite discussioni anche in sede parlamentare. Si vedano anche A. Ghiribelli, *Decretazione d'urgenza e qualità della produzione normativa*, Milano, 2011, 43 ss.; N. Maccabiani, *La conversione dei decreti-legge davanti alla Camera dei deputati. La prassi del comitato per la legislazione, Brescia, 2001*; A. Ruggeri, "Evidente mancanza", *cit.*; N. Lupo, *L'omogeneità dei decreti-legge (e delle leggi di conversione): un nodo difficile, ma ineludibile per limitare le patologie della produzione normativa*, in www.astrid-online.it/rassegna, n. 4/2012, che rileva come l'omogeneità sia "un requisito difficile, se non impossibile, da definire a priori".

¹⁷⁶ Su questi decreti: N. Lupo, *Decreto-legge e manutenzione legislativa: i c.d. decreti-legge "milleproroghe"*, in *L'emergenza infinita. La decretazione d'urgenza in Italia*, a cura di A. Simoncini, Macerata, 2006, 173 ss.

¹⁷⁷ Il fatto poi che la stessa Corte, nelle sentenze n. 171 del 2007 e n. 128 del 2008, abbia individuato il *tertium comparationis* (da utilizzare per svolgere lo scrutinio di omogeneità nei riguardi di una determinata disposizione del decreto) non solo nell'intitolazione dell'atto e nel suo preambolo, ma anche nelle restanti disposizioni del medesimo decreto induce a guardare con grande perplessità alla semplicistica impostazione del tema dell'omogeneità presente nella sentenza n. 22 del 2012. Cfr. S. Boccalatte, *Tra norma e realtà: riflessioni sulla motivazione del decreto-legge alla luce della sentenza n. 171/2007*, in www.federalismi.it; A. Ruggeri, "Evidente mancanza", *cit.*

¹⁷⁸ A. Pace, *I ridotti limiti della potestà normativa del Governo nella legge n. 400 del 1988*, in *Giur. cost.*, 1988, II, 1489; *Sull'ammissibilità costituzionale di un rinvio parziale, cit.* Peraltro, le argomentazioni svolte sul punto dell'omogeneità nelle sentt. n. 355 del 2010 e n. 93 del 2011 inducevano a ritenere che per la Corte oggetto della conversione fossero anche le singole disposizioni del decreto.

vincolata alla *occasio* della conversione di quest'ultimo¹⁷⁹. Peraltro, la matrice di questi impliciti riferimenti concettuali della Corte è la monografia di Pitruzzella del 1989, nella quale la legge di conversione è descritta come una "sottospecie della legge ordinaria del parlamento dotata di proprie peculiarità procedurali e di efficacia" e tipicizzata nella competenza, in quanto espressione di una potestà legislativa condizionata dalla disciplina adottata dal Governo e capace soltanto di modificare e integrare quest'ultima nei limiti del suo oggetto originario, non potendosi mai vanificare "il nesso di presupposizione tra il procedimento di formazione del decreto-legge e quello di formazione della legge di conversione"¹⁸⁰.

Gli argomenti della 'sequenza procedimentale', della 'interrelazione funzionale', della 'sequenza tipica', sono proposti come constatazioni oggettive di una verità autoevidente, ma che la legge di conversione presupponga un decreto da convertire è solo in apparenza un'osservazione lapalissiana, perché in realtà si tratta di un'osservazione che rovescia l'art. 77 Cost., trasformandolo da articolo sui limiti del potere normativo primario del Governo in articolo sui limiti del potere legislativo delle Camere. Ai sensi dell'art. 77 Cost., è il decreto-legge che presuppone la legge di conversione, nel senso che esso è adottato in vista della sua conversione ad opera delle Camere e non può neppure essere pensato se non in vista di essa, tanto che la mancata conversione comporta l'eliminazione della sua rilevanza giuridica, il suo *tamquam non fuisset*¹⁸¹. La legge di conversione, più che presupporre il decreto-legge, è provocata da quest'ultimo, e lo è quale manifestazione piena della potestà legislativa delle Camere. A voler proprio ragionare in termini di presupposizione, occorrerebbe caso mai rilevare che, presupponendo il decreto-legge la conversione come suo destino costituzionale, il vizio originariamente caratterizzante un decreto recante una normativa non interamente condivisa dalla maggioranza parlamentare esige l'emendabilità del decreto medesimo, quale rimedio all'alterazione arrecata al nesso di presupposizione.

Gli argomenti della 'sequenza procedimentale', della 'interrelazione funzionale' e della 'sequenza tipica', proprio mentre sembrano valorizzare al massimo la connessione funzionale tra decreto-legge e legge di conversione ne stravolgono totalmente il senso costituzionalmente determinato. Poiché il processo di integrazione politica è affidato dalla Costituzione fondamentalmente alla legge, questa deve intervenire per ricondurre e conformare la normativa recata dal decreto (atto provvisorio e precario) a quel processo. Proprio questa funzione di riconduzione e conformazione della normativa dettata dal decreto-legge al processo di integrazione politica esige l'emendabilità dello stesso decreto, che deve essere considerata anche alla luce della pubblicità del procedimento parlamentare e del ruolo che in questo possono svolgere le opposizioni. E i limiti dell'emendabilità non possono certo essere fatti derivare dalle scelte compiute dal Governo, in quanto ciò significherebbe rimettere all'Esecutivo la delimitazione dei tempi e degli spazi di apertura del processo di integrazione politica.

Il fatto è che gli argomenti della 'sequenza procedimentale', della 'interrelazione funzionale' e della 'sequenza tipica' stravolgono la temporalità (costituzionalmente orientata) del procedimento di conversione: non è più il decreto-legge che cerca la sua legittimazione in un successivo atto legislativo secondo una direzionalità progressiva, ma è la legge del Parlamento che cerca la sua legittimazione in un previo atto del Governo secondo una direzionalità regressiva. Questo stravolgimento fa sì che l'art. 77 Cost. diventi il punto in cui vanno in cortocircuito forma di governo parlamentare e sistema costituzionale delle fonti, venendo da una parte a fondare un potere legislativo ordinario del Governo (talmente ordinario da essere agganciato alla sola urgenza del provvedere) e dall'altra a limitare i poteri del Parlamento, in quanto l'omogeneità cessa di essere un limite interno ad un potere straordinario del Governo e diventa un limite al potere ordinario del Parlamento.

Ciò spiega perché Pitruzzella, nella sua monografia del 1989 - pure in presenza di una crisi di rappresentatività e di legittimazione dei partiti da tempo conclamata e tale da indurre a guardare ormai a questi ultimi come a "filtri frantumati" tra la società civile e lo Stato¹⁸² -, avverta la necessità dogmatica di

¹⁷⁹ Cfr. rispettivamente G. Silvestri, *Alcuni profili problematici*, cit., 425 e Q. Camerlengo, *Il decreto legge e le disposizioni <<eccentriche>> introdotte in sede di conversione*, in *Rass. parl.*, 2011, 91 ss.; A. Melani, *Considerazioni in tema di limiti al potere emendativo*, cit.; F. Biondi - S. Leone, *Il Governo "in" Parlamento: evoluzione storica e problematiche attuali*, in www.rivistaaic.it, n. 1/2012; nonché in precedenza A. Concaro, *Il sindacato di costituzionalità*, cit., 89 ss.

¹⁸⁰ G. Pitruzzella, *La legge di conversione*, cit., 194. Pitruzzella ritiene ammissibili i soli emendamenti al disegno di legge di conversione che si riferiscono all'oggetto del decreto-legge e inammissibili gli emendamenti concernenti rapporti e istituti non presi in considerazione dal decreto, sebbene con essi connessi (*ivi*, 200).

¹⁸¹ Sul punto si veda da ultimo E. Cacace, *La decadenza del decreto-legge*, in *Rass. parl.*, 2011, 69 ss.

¹⁸² Così S. Fois, *La crisi delle istituzioni*, relazione tenuta a Sassari il 16 aprile 1989 e pubblicata in *Dir. soc.*, 1992, 1 ss. Cfr. P. Ridola, *Partiti politici*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 77 ss.; M. Revelli, *Movimenti sociali e spazio politico*, cit., 383 ss.; G. Crainz, *Il paese reale. Dall'assassinio di Moro all'Italia di oggi*, Roma, 2012, 131 ss.

riproporre, addirittura radicalizzandolo in chiave maggioritaria, l'argomento partitico-plebiscitario à la Leibholz per sostenere che "la relazione fiduciaria direttamente intercorrente tra partiti di maggioranza e governo assicura al governo una diretta rappresentatività"¹⁸³. Ciò spiega anche perché Alessandro Pace, con la consueta lucidità, vede nella monografia di Pitruzzella il momento della resa degli studiosi "di fronte all'evidenza del governo che usa ed abusa della decretazione d'urgenza come se fosse un potere proprio"¹⁸⁴. E spiega, infine, come mai, nel commentare positivamente la sentenza n. 22 del 2012, ci si sia premurati di ricordare che in regime maggioritario è centrale per il Governo rendere visibile l'opera di attuazione del proprio programma e che i decreti-legge si prestano "insuperabilmente" a scandire le tappe di quest'ultimo "individuando *coram populo* le misure politicamente più urgenti"¹⁸⁵.

Ad operare sempre nella medesima direzione di stravolgimento dell'art. 77 Cost. e di fondazione di un autonomo, e nei fatti ordinario, potere legislativo del Governo è anche il riferimento che nella sent. n. 22 del 2012 la Corte fa, a sostegno della atipicità della legge di conversione, alle particolarità della procedura di conversione, e in particolare alla iniziativa riservata del Governo e al fatto che la conversione deve intervenire entro 60 giorni. Qui non interessa tanto evidenziare la scarsa fondatezza di questo ordine di argomentazioni, che trasforma la precarietà del decreto-legge nella precarietà del potere parlamentare di conversione: non è possibile desumere da particolarità procedurali la qualifica della legge di conversione come legge atipica e depotenziata¹⁸⁶, in dottrina non è affatto pacifico che l'iniziativa delle leggi di conversione sia riservata al Governo¹⁸⁷; stando alla Costituzione non è la legge di conversione che deve essere approvata entro sessanta giorni, ma è il decreto che deve essere convertito entro questo termine, pena la decadenza, così che a venir meno, decorsi i sessanta giorni, non è la possibilità per le Camere di disciplinare la materia oggetto delle disposizioni del decreto, bensì la normativa adottata dal Governo. Piuttosto va segnalato che si tratta di un ordine argomentativo¹⁸⁸ che fa derivare dalle caratteristiche di provvisorietà e precarietà dell'atto governativo una tipizzazione, che nella sostanza è una limitazione, del potere legislativo di conversione e che configura la decretazione d'urgenza come 'procedimento legislativo alternativo' attraverso il quale il Governo precostituisce una legge obbligando le Camere a pronunciarsi su di essa, approvandola, respingendola o modificandola compatibilmente con il requisito dell'omogeneità entro sessanta giorni. In effetti, la sentenza n. 22 del 2012 sembra far parzialmente rivivere, rispolverandola dal lontano passato statutario, la riflessione di Donato Donati, nella quale ricorre una nozione procedurale di legge formale, essendo questa connotata da un peculiare *iter* formativo, caratterizzato dall'iniziativa riservata al Governo, dall'allegazione alla legge dell'atto autorizzato o approvato e dall'assenza del potere parlamentare di emendamento¹⁸⁹. Ma la fa rivivere in una versione che radicalizza e stravolge lo stesso pensiero di Donati, perché fa inammissibilmente derivare l'assenza del (pieno) potere parlamentare di emendamento dalle altre due caratteristiche procedurali delle leggi formali.

Non sembra poi possibile ricostruire la legge di conversione come fonte atipica, distinguere il potere di conversione dall'ordinario potere legislativo e poi concludere per la limitata emendabilità del decreto-

¹⁸³ G. Pitruzzella, *La legge di conversione*, cit., 87. Il leibholzismo di Pitruzzella, in realtà, inizia dove finisce quello di Leibholz, visto che questi tiene a precisare con fermezza che, per evitare che i partiti siano i distruttori della nuova democrazia, occorre che essi non siano retti in modo autoritario e centralistico, che siano combattute e estirpate le tendenze oligarchico-autoritarie presenti nei loro apparati e che la loro vita si democratizzi attraverso la formazione dal basso verso l'alto delle decisioni: G. Leibholz, *Il mutamento strutturale della democrazia nel XX secolo*, in *La rappresentazione nella democrazia*, Milano, 1989, 305 ss, citaz. p. 339-340.

¹⁸⁴ A. Pace, *Divagazioni sui decreti-legge*, cit., 396. Nel medesimo scritto Pace, peraltro, qualifica la legge di conversione come legge tipica a competenza predeterminata sulla base di una accentuazione talmente forte della straordinarietà della decretazione d'urgenza da negare che la legge di conversione costituisca esercizio di ordinaria potestà legislativa e da affermare che il decreto-legge può fare più di quel che può fare la legge ordinaria, potendo sospendere provvisoriamente l'efficacia di norme costituzionali (*ivi*, 402 ss) Sulla straordinarietà quale essenziale carattere costituzionale della decretazione d'urgenza si veda ora M. Luciani, *Atti normativi e rapporti fra Parlamento e Governo davanti alla Corte costituzionale. Tendenze recenti*, in *Alle frontiere del diritto costituzionale: scritti in onore di Valerio Onida*, cit., 1163.

¹⁸⁵ M. Manetti, *La via maestra che dall'inemendabilità dei decreti legge conduce all'illegittimità dei maxi-emendamenti*, in www.rivistaaic.it, n. 3/2012.

¹⁸⁶ Sul fatto che una legge è sottoposta a limiti solo se questi limiti sono posti dall'ordinamento: C. Esposito, *La validità*, cit., 153-154; V. Crisafulli, *Gerarchia e competenza*, cit., 798 nota 38. R. Dickmann, *Decreti legge e sindacato dei presupposti di costituzionalità: forse la Corte costituzionale non ha ragione*, in www.federalismi.it, ricorda che sul piano formale non c'è differenza tra legge ordinaria e legge di conversione, visto che l'abbreviazione dei tempi del procedimento non influisce né sulla forza né sul valore della legge di conversione.

¹⁸⁷ Cfr. per tutti A. M. Sandulli, *Legge*, in *Nss. dig. it.*, Torino, 1963, IX, 630 ss, ora in *Scritti*, cit., I, 115 ss, citaz. 132.

¹⁸⁸ Presente già in G. Pitruzzella (*La legge di conversione*, cit., 132, 186), che non a caso attribuisce alla legge di conversione l'effetto di rafforzare, e non già di stabilizzare, la situazione giuridica determinata dal decreto-legge.

¹⁸⁹ D. Donati, *Le leggi di autorizzazione e di approvazione*, Modena, 1914.

legge. Se il potere di conversione non è l'ordinario potere legislativo delle Camere, non ha senso porre una questione di quantità di potere legislativo esercitabile in sede di conversione, giacché logica e coerenza vorrebbero che si ponesse la questione della caratteristica che distingue questo potere da quello legislativo, caratteristica che non potrebbe che risiedere nella sua essenza e finalità funzionale, ossia nella sua destinazione alla stabilizzazione degli effetti del decreto. Logica e coerenza dovrebbero indurre i sostenitori del potere tipico di conversione a ritenere che spazio non possa esservi per emendamenti, limitati o marginali che siano. In altri termini o la legge di conversione è una legge ordinaria o è una legge tipica a competenza limitata, ma non può essere una legge tipica a competenza limitatamente limitata.

Quanto all'omogeneità, va osservato che un atto normativo è o meno omogeneo rispetto a determinate caratteristiche, di scopo e di oggetto (come rileva la Corte) assunte come riferimento. Le diverse disposizioni che compongono l'atto sono legate fra loro da un nesso che non è nella natura delle cose, ma che si fonda e si innerva su una valutazione - quali finalità perseguire, quali oggetti disciplinare - che è eminentemente politica. Nel caso del decreto-legge questa valutazione è compiuta dal Governo, che delimita lo scopo e l'oggetto del provvedimento d'urgenza e che quindi seleziona, all'interno dello spettro di tutte le possibili misure relative allo scopo e a all'oggetto delimitati, quelle da inserire nell'atto. La valutazione del Governo appartiene per intero alla sfera dell'indirizzo politico¹⁹⁰ e, in base ai principi fondamentali della forma di governo parlamentare delineata in Costituzione, non può essere ritenuta né definitiva né ultimativa. Al contrario, essa rimane aperta a modifiche, adattamenti e integrazioni ad opera delle Camere e questa sua apertura sussiste non solo al livello della determinazione (secondaria) delle misure da assumere, ma anche a quello della determinazione (primaria) delle finalità da perseguire e dell'oggetto da disciplinare. Se così non fosse, in palese contrasto con i principi costituzionali, il Parlamento risulterebbe privato della possibilità di avere voce su scelte di indirizzo politico fondamentali, perché matrici di scelte successive, mentre il Governo si vedrebbe riconosciuta una sfera riservata di indirizzo politico. Sfera che paradossalmente coinciderebbe con quella dell'adozione dei decreti-legge, ossia di atti che per la loro natura provvedimentale e precaria sono inadeguati, di per sé, a concorrere al processo di integrazione politica.

Ben potendo il Parlamento rimodellare tanto le misure recate dal decreto, quanto le caratteristiche di scopo e di oggetto che rendono questo omogeneo, l'omogeneità della legge di conversione non coincide con quella del decreto, ma è distinta e autonoma, con la conseguenza che il potere parlamentare di emendamento non incontra il limite specifico e eteronomo dell'omogeneità del decreto, bensì quello generale e autonomo della non estraneità all'oggetto della discussione (art. 89 Reg. Camera; art. 97, comma 1, Reg. Senato)¹⁹¹. Quest'ultimo limite può essere applicato in maniera particolarmente rigorosa nel caso dei disegni di legge di conversione¹⁹², ma è il solo a garantire, in conformità alla Costituzione, l'autonoma partecipazione del Parlamento alla formazione dell'indirizzo politico e a scongiurare l'esito del formarsi di un *domaine réservé* dell'Esecutivo in tema di finalità e oggetto degli interventi necessitati d'urgenza¹⁹³. *Domaine* che (vista la costante tendenza del Governo ad abusare della decretazione d'urgenza) sarebbe semplicemente l'anticamera dell'autoattribuzione da parte dell'Esecutivo della competenza a delineare le fondamentali direzioni di svolgimento dell'indirizzo politico statale.

In altri termini, l'omogeneità della legge di conversione va riferita alla materia sulla quale incide il disegno di legge di conversione ed è quella materia - e non i fini e gli oggetti prescelti dal Governo con il decreto-legge - a fungere da riferimento, quale entità razionalmente unitaria, per la valutazione di

¹⁹⁰ Giustamente N. Lupo osserva che l'individuazione della finalità del provvedimento costituisce la scelta politica per eccellenza nell'ambito del processo di produzione normativa (*L'omogeneità dei decreti-legge, cit.*).

¹⁹¹ Sulla fondamentale differenza tra i limiti alla potestà legislativa delle Camere attraverso i quali si esprime comunque la loro autonomia e i limiti imposti alle Camere stesse dall'esterno: M. Mazziotti di Celso, *Note descrittive sulla funzione legislativa secondo la Costituzione della V Repubblica francese*, in *Il diritto dell'economia*, 1961, 93-94.

¹⁹² Cfr. il parere espresso dalla Giunta per il Regolamento del Senato l'8 novembre 1984, richiamato, a sua volta, dalla circolare sull'istruttoria legislativa nelle Commissioni del 10 gennaio 1997. In conformità ai principi costituzionali, lo stesso art. 96-bis Reg. Camera, che prevede l'ammissibilità dei soli emendamenti strettamente attinenti alla materia del decreto-legge, dovrebbe ritenersi esplicitazione particolarmente rigorosa del limite dell'estraneità alla materia oggetto della discussione.

¹⁹³ Per Q. Camerlengo (*Decreto legge, cit.*, 114-115) se il Parlamento ha all'esame un decreto-legge avente un determinato oggetto (assumendo per ipotesi che esistano nella realtà decreti omogenei), non può modificarlo attraverso emendamenti disomogenei diretti a fronteggiare situazioni sopravvenute di straordinaria necessità e urgenza, giacché affrontare quelle situazioni compete al Governo, e non al Parlamento, che potrebbe eventualmente avviare un procedimento legislativo ordinario, ma che non lo farà perché la lentezza di quel procedimento non consentirebbe di fronteggiare quelle situazioni. Ormai lontana, e consegnata all'oblio, appare qui la preoccupazione dei costituenti per l'alterazione dell'ordine delle competenze conseguente all'adozione del decreto-legge, mentre emerge una nuova preoccupazione, quella per l'invasione ad opera delle Camere della competenza dell'Esecutivo per i casi urgenti, come se fosse risorta, addirittura a livello normativo primario, l'ottocentesca e dualistica *Vermutung der Zuständigkeit*.

emendamenti recanti norme 'intruse' o 'eccentriche'. Per meglio comprendere la rilevanza di questo punto, ipotizziamo che il Governo adotti un decreto-legge finalizzato a consentire alle aziende di fronteggiare una situazione di grave crisi dell'economia nazionale e recante da una parte agevolazioni fiscali per le stesse aziende e dall'altra la previsione per cui il lavoratore illegittimamente licenziato ha diritto solo ad un indennizzo e non anche al reintegro. Riferendo l'omogeneità all'oggetto del decreto, si dovrebbe concludere per l'ammissibilità, in sede di conversione, dei soli emendamenti aventi ad oggetto rispettivamente le agevolazioni fiscali per le aziende e la disciplina del licenziamento; considerando poi la finalità come criterio alternativo all'oggetto, dovrebbero ritenersi ammissibili anche tutti gli emendamenti che recano disposizioni volte a consentire alle aziende di meglio fronteggiare la crisi. Invece, riferendo l'omogeneità alla materia del decreto¹⁹⁴, si dovrebbe concludere per l'ammissibilità sia degli emendamenti che incidono sulla materia del sostegno alle aziende sia di quelli che incidono sulla materia del rapporto di lavoro subordinato. Ed è evidente che solo in questo secondo caso il Parlamento potrebbe confrontarsi con il Governo sul terreno della determinazione dell'indirizzo politico senza dover assumere come predeterminato (dallo stesso Esecutivo) lo spettro delle scelte possibili, a cominciare dall'abbinamento incentivi per le aziende e riduzione delle garanzie per il lavoratore, e potrebbe, ad esempio, non solo sopprimere o modificare la normativa sulla tutela solo obbligatoria del lavoratore illegittimamente licenziato, ma anche inserire disposizioni di maggior favore per i lavoratori in tema di orario di lavoro e di esercizio delle libertà sindacali.

Configurare l'omogeneità del decreto-legge come uno specifico limite al potere di conversione conduce poi al paradosso di ritenere che la legge di conversione, ossia l'atto che dovrebbe reintegrare l'ordine delle competenze alterato dal decreto-legge, non solo non ha la stessa forza della legge, ma neppure quella del decreto-legge quale atto con forza di legge. La legge di conversione, difatti, disporrebbe di una capacità innovativa del diritto vigente minore e più limitata non solo della legge ordinaria, ma dello stesso decreto che converte, in quanto lo spazio delle possibili innovazioni da questo recate è delimitato soltanto dalla Costituzione, mentre quello della legge di conversione sarebbe delimitato anche dal decreto-legge. Per questa via, nel nostro ordinamento, superato il principio della sovranità della legge parlamentare, entrerebbe paradossalmente quello della sovranità del decreto-legge per i casi d'urgenza.

Quanto detto sinora vale a evidenziare la siderale distanza tra le odierne tesi dell'omogeneità del decreto-legge quale limite specifico della legge di conversione e la riflessione di Esposito. Per Esposito il legame essenziale che lega decreto e legge di conversione è che la conversione è richiesta per sanare il vizio dell'atto governativo derivante dall'incompetenza del Governo ad adottare atti normativi primari fuori dall'ipotesi della delega. E' questo legame a far sì che "seppure in sede di conversione siano ammissibili emendamenti del provvedimento del Governo e la conversione con emendamenti non sia da ricostruire come una mancata conversione (e regolamentazione del provvedimento non convertito attraverso emissione di una legge disciplinante *ex novo* il caso per il futuro), deve ritenersi interdetto alle leggi di conversione di mutare l'oggetto o il senso del decreto convertito"¹⁹⁵.

6. *L'ambiguità costitutiva del pharmakon e gli effetti non padroneggiabili del limite dell'omogeneità*

La trattazione in termini farmacologici dell'omogeneità della legge di conversione, punto di arrivo di una appassionata e assolutamente condivisibile critica dell'esistente, percorre gran parte degli scritti sul tema che hanno preceduto e accompagnato la sentenza n. 22 del 2012, come dimostra il recente, equilibrato e approfondito scritto di Nicola Lupo, che illustra con precisione le patologie che si registrano in sede di conversione dei decreti-legge ('disposizioni rampino' presenti originariamente nel decreto solo per consentire l'aggancio di emendamenti parlamentari, emendamenti pilotati dal Governo o da un Ministero, emendamenti recanti interi corpi normativi già contenuti in disegni di legge) e che, sin dal titolo, indica nel criterio dell'omogeneità il rimedio indispensabile per tali patologie¹⁹⁶.

Questa attenzione clinica per l'omogeneità della legge di conversione è senz'altro dovuta anche alla constatazione dei deleteri effetti del sistematico abbinamento di maxi emendamenti e questione di fiducia

¹⁹⁴ Per G. Zagrebelsky (*Manuale di diritto costituzionale*, cit., 182) l'emendabilità del decreto-legge trova un limite nella materia del decreto, nel senso che la materia degli emendamenti deve essere congrua rispetto a quella del decreto in conversione.

¹⁹⁵ C. Esposito, *Decreto-legge*, cit., 233 ss.

¹⁹⁶ N. Lupo, *L'omogeneità dei decreti-legge (e delle leggi di conversione): un nodo difficile, ma ineludibile per limitare le patologie della produzione normativa*, cit..

nelle legislature del maggioritario¹⁹⁷. La conversione dei decreti-legge è la sede nella quale il 'superpotere politico' costituito dal Governo e dalla sua maggioranza parlamentare altera lo stato fisiologico della forma di governo e, nel preparare il farmaco per curare il male degli emendamenti eterogenei¹⁹⁸, il costituzionalista si affida a una interpretazione *de combat thérapeutique* dell'art. 77 Cost., che incide sul corpo vivente del parlamentarismo italiano la distinzione tra una patologia cronica (la continua adozione da parte del Governo di decreti-legge disciplinanti interi ambiti materiali di grande rilievo) e una patologia acuta (l'inserimento di norme intruse in sede di conversione). La prima ormai acquisita da quel corpo come un nuovo equilibrio, la seconda invece pericolosa e da aggredire con determinazione. E' sulla base di questa interpretazione clinicamente orientata che l'abuso della decretazione d'urgenza può ora essere convertito nella 'inescapabilità' del ricorso al decreto-legge e che il male acuto della decretazione d'urgenza può essere individuato nella fuga del legislatore dal procedimento ordinario attraverso l'approvazione di emendamenti eterogenei in sede di conversione¹⁹⁹ (come se questa fuga non fosse che un aspetto di quella 'inescapabilità').

L'omogeneità come *pharmakon* in grado di arginare anche la prassi dei maxi-emendamenti²⁰⁰ è fatta propria persino da quei commentatori della sent. n. 22 del 2012 che pure avanzano forti dubbi sulla riferibilità di questo requisito alla legge di conversione, come ad esempio Chinni, che rileva che "il principio dell'omogeneità delle norme contenute nella legge di conversione di un decreto-legge (...) appare pienamente condivisibile, specie perché appare in grado (...) di dare una ulteriore stretta agli abusi che sono oramai connaturati alle fonti normative previste dall'art. 77 Cost."²⁰¹. E l'utilità del *pharmakon* è ritenuta ora, pure da chi in passato aveva manifestato perplessità sulla riferibilità dell'omogeneità alla legge di conversione, talmente promettente sul terreno terapeutico da giustificare la licenza costituzionalistica di annoverare tra i richiami che l'ordinamento contiene alla necessaria omogeneità della legge di conversione (accanto alla legge n. 400 del 1988 e ai regolamenti parlamentari) "gli orientamenti del Presidente della Repubblica"²⁰². Qui il frequente ricorso a termini medici (patologia, male, etc.) non è solamente metaforico. Più essenzialmente esso allude alla chiamata del costituzionalista a una decisione sulla crisi acuta che colpisce il corpo delle istituzioni, una crisi che per la sua gravità esige risoluzione e risolutività: la risoluzione del costituzionalista a formulare un rimedio immediatamente efficace, senza limitarsi a avanzare una proposta di revisione della Costituzione, destinata a cadere nel vuoto della miopia e dell'ignavia dei politici; la risolutività del rimedio rispetto al male che ha prodotto la crisi.

Il costituzionalista, una volta uscito dalla sua farmacia, dove ha elaborato, tra alambicchi interpretativi e preparazioni dogmatiche, il rimedio più efficace per modificare artificialmente i comportamenti dei soggetti politici e istituzionali, non può sfuggire, però, all'ambiguità costitutiva del *pharmakon*, al suo essere rimedio e veleno, al suo avere una dimensione (Platone scrive di droga o di incantesimo) che lo rende non padroneggiabile da chi lo usa.

In primo luogo, il divieto di inserire nel decreto-legge, in sede di conversione, norme non omogenee con gli oggetti e le finalità prescelti dal Governo produce non solo l'effetto, desiderato, di sbarrare al legislatore le vie di fuga dal procedimento legislativo ordinario, ma anche quello di rendere il Governo *dominus* del procedimento di conversione²⁰³, in assoluto contrasto con la lettera, la *ratio* e i lavori preparatori dell'art. 77 Cost. Per di più il primo effetto non è sicuro, potendo benissimo accadere che si registri nella prassi il diverso, e non voluto, effetto di un esercizio della potestà d'urgenza maggiormente frazionato (su richiesta della maggioranza parlamentare), restando immutata invece la tendenza delle Camere ad inserire nei decreti-legge nuove disposizioni disinteressandosi della procedura legislativa ordinaria. Invece, il secondo effetto è assolutamente certo, con la conseguenza che la possibilità per le Camere di incidere sui diritti dei consociati al di fuori delle procedure normali risulta ridotta solo nella misura in cui questo esito è voluto dal Governo, il cui ruolo di *dominus* travalica così il procedimento di conversione

¹⁹⁷ N. Lupo, *Emendamenti, maxi-emendamenti e questione di fiducia*, cit., 41 ss; G. Piccirilli, *L'emendamento nel processo di decisione parlamentare*, cit., 259 ss.

¹⁹⁸ Cfr. V. Marcenò, *L'eterogeneità delle disposizioni come "male" da elusione delle fonti sulla produzione del decreto-legge*, in www.forumcostituzionale.it.

¹⁹⁹ M. Manetti, *La via maestra*, cit.

²⁰⁰ Cfr. G. Serges, *La "tipizzazione" della legge di conversione del decreto-legge ed i limiti agli emendamenti parlamentari*, in www.giurcost.org.

²⁰¹ D. Chinni, *Le "convergenze parallele"*, cit.

²⁰² A. Celotto, *L'abuso delle forme della conversione (affinamenti nel sindacato sul decreto-legge)*, in www.giurcost.org.

²⁰³ Come ammette M. Manetti, *La via maestra*, cit.

per investire la sfera della rappresentanza politica, con una profonda alterazione non solo della forma di governo, ma della stessa forma di Stato.

L'ambiguità del *pharmakon* rivela tutta la sua natura di veleno e si tratta di una rivelazione tutt'altro che inattesa, giacché il rimedio dell'emendabilità limitata dall'omogeneità è escogitato e somministrato lasciando essere la malattia principale (l'abuso della decretazione d'urgenza da parte del Governo), e anzi quasi normalizzandola (l' 'inescapabilità' del ricorso al decreto-legge, di cui parla Manetti), mentre l'azione medicamentosa è indirizzata su un sintomo di quella malattia (l'approvazione di emendamenti disomogenei). Si manifesta qui la cattiva infinità costituzionalistica di un rimedio che non potrà mai minimamente contrastare o attenuare il ricorso da parte del Governo a decreti-legge dal contenuto disomogeneo, e neppure l'approvazione di maxiemendamenti con voto di fiducia, ma che limita drasticamente le prerogative delle Camere rispetto ai decreti-legge, altera il sistema delle fonti, la forma parlamentare di governo e la stessa forma di Stato.

Ad aggiungere ordine di preoccupazione a ordine di preoccupazione sta il fatto che la ridefinizione dei ruoli del Parlamento e del Governo, determinata dall'omogeneità come limite all'emendabilità del decreto-legge e dal connesso riconoscimento all'Esecutivo di un potere legislativo ordinario per le urgenze, giunge in un contesto politico-costituzionale segnato dalla continua e caotica espansione del potere normativo del Governo, dal venir meno della consistenza autonoma dei partiti e dallo strutturarsi del sistema istituzionale attorno a 'catene di potere' colleganti cariche pubbliche e leadership mediatico-carismatiche²⁰⁴. Sotto la spinta dei vincoli esterni dettati dai mercati finanziari e attraverso l'uso combinato della decretazione d'urgenza e della questione di fiducia, il Governo attua, in rapida e incessante successione, una miriade di interventi normativi dal più svariato contenuto che, sotto l'ombrello di intitolazioni giornalistiche destinate a creare un immaginario mediatico (si pensi al decreto-legge "Salva Italia"), riscrivono la disciplina di interi e fondamentali settori della vita economica e sociale²⁰⁵.

Il rischio è che il *pharmakon* dell'omogeneità si risolva in un altro tassello di una *governance* impegnata ad articolare sovranità e mercato²⁰⁶ attraverso prestazioni di efficienza decisionale richieste dal *policy-making* globale e libere dai condizionamenti di una rappresentanza parlamentare vieppiù ingovernabile anche perché espressione di una materialità sociale vieppiù irrepresentabile. Certo, si può anche scrivere che con la sentenza n. 22 del 2012 la Corte è entrata in Parlamento non per porre l'agenda politica delle Camere nelle mani del Governo, ma per richiamare le Assemblee alla propria missione storica, rappresentata dalla tutela dei consociati²⁰⁷, rimane tuttavia da dimostrare, e sembra trattarsi di una *probatio diabolica*, che la limitata emendabilità del decreto-legge non abbia effetti negativi proprio rispetto alla missione delle Camere, che è quella di rappresentare i consociati non solo per tutelarli, ma per rendere effettivi i loro diritti promuovendo l'eguaglianza e la partecipazione alla vita politica, come recita l'art. 3 Cost.

Il fatto è che il sistema delle fonti è parte della forma di governo e della forma di Stato non solo perché contribuisce a determinare le relazioni tra gli organi preposti alla determinazione dell'indirizzo politico, ma anche perché, essendo organizzazione e strutturazione delle modalità di trasformazione in norme giuridiche di quell'indirizzo, contribuisce a definire il circuito della rappresentanza politica. L'omogeneità quale limite all'emendabilità del decreto-legge, al pari dell'inemendabilità di quest'ultimo, interviene su quel circuito e lo riconfigura perché opera come dispositivo di governo del reale, di apertura e chiusura dell'integrazione della materialità pluralistica del reale. Come ogni dispositivo di governo del pluralismo²⁰⁸, il limite dell'omogeneità incide sulla forma e la direzione del rapporto tra la sfera istituzionale e i processi di soggettivazione politica del sociale, incide cioè sulla qualità democratica della forma di Stato. Omogeneità e inemendabilità sono entrambi, in particolare, dispositivi di immunizzazione dal pluralismo, di fissazione di un *limes* al dispiegamento del pluralismo, un *limes* al di qua del quale sta lo Stato e al di là del quale sta lo 'stato di natura' pluralistico, con i suoi conflitti e i suoi soggetti. L'immunizzazione protegge l'anteriorità della

²⁰⁴ Si vedano sul punto le importanti considerazioni di M. Dogliani, *Procedimenti, controlli costituzionali e conflitti nell'attività di governo*, Relazione al Convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti su "Decisione, conflitti, controlli. Procedure costituzionali e sistema politico", Parma 29-30 ottobre 2010.

²⁰⁵ G. Rivosecchi ha attirato l'attenzione su questa situazione in *Governo, maggioranza e opposizione. A quarant'anni dai regolamenti parlamentari del 1971: dai (presunti) riflessi della stagione consociativa al (presumibile) declino del Parlamento*, in www.rivistaaic.it, n. 2/2012.

²⁰⁶ Su questa *governance* S. Chignola, *In the Shadow of the State. Governance, governamentalità, governo*, in *Governance: oltre lo Stato?*, a cura di G. Fiaschi, Soveria Mannelli, 2008, 117 ss.

²⁰⁷ M. Manetti, *La via maestra*, cit.

²⁰⁸ E' merito di F. Rimoli (*Presupposti oggettivi*, cit., 262) aver sottolineato l'importanza del rapporto tra emendabilità del decreto-legge e integrazione del pluralismo.

statualità, che a sua volta è funzionale alla regolazione dall'alto dei conflitti sociali, da un alto che, visto dal basso, coincide con i più forti dei contendenti sociali.

La questione dell'emendabilità del decreto-legge è, nella sua essenza, una questione di rappresentanza politica e di potenza rappresentativa e il diffondersi di una convinzione favorevole alla riduzione del potere di emendamento, pur in presenza di una prassi univoca (e conforme a Costituzione) di oltre mezzo secolo, sta ad indicare che la potenza rappresentativa del Parlamento è in forte declino. Non è un caso che in uno dei commenti più penetranti della sentenza n. 22 del 2012 sia rilevabile una sostanziale amministrativizzazione del procedimento legislativo, che viene descritto come un procedimento preordinato all' "adeguata considerazione in contraddittorio dei diritti incisi dalla disciplina legislativa"²⁰⁹, facendo così scomparire ogni legame tra procedimento legislativo e concetto di legge in senso democratico e riducendo lo stesso nesso con la rappresentanza politica alla misera dimensione del *noli me tangere* se non dopo adeguata ponderazione.

A ben vedere, lo sfondo che accomuna le teorie dell'inemendabilità e dell'emendabilità conforme a omogeneità nei diversi momenti in cui si manifestano (in corrispondenza rispettivamente della crisi della metà degli anni Settanta, dei Governi tecnici degli anni Novanta, del IV Governo Berlusconi, del Governo Monti) è la crisi della capacità rappresentativa del Parlamento, nel senso del venir meno della sua capacità di aggregare e unificare le istanze che animano e rendono conflittuale il sociale in conseguenza rispettivamente: della crisi dei partiti (metà anni Settanta, Governi tecnici degli anni Novanta); del controllo ferreo dell'Esecutivo sulla sua maggioranza in un contesto di forte personalizzazione della politica e della leadership (IV Governo Berlusconi); della difficilissima situazione determinata dalle manovre speculative sui titoli di Stato italiani (Governo Monti).

A questa crisi di rappresentatività del Parlamento, che permette di raffigurarlo come passivo recettore di un pluralismo non filtrato e perciò selvaggio, anarchico, irresponsabile e disgregatore²¹⁰, viene fatta corrispondere la naturale capacità del Governo di affrontare, controllare e disinnescare quell'eccedenza, quella dismisura che sempre il pluralismo è²¹¹. Così che l'inemendabilità assoluta o relativa del decreto-legge si pone come necessario strumento per dare alla produzione legislativa una forma all'altezza dell'imperativo di contenere ogni eccedenza, ogni disaccordo pluralista che minacci di attirare lo Stato nel gorgo dei conflitti che attraversano il suo territorio. In particolare oggi alla crisi del Parlamento si oppone, più o meno consapevolmente, il figurino del Governo quale soggetto rappresentativo unitario e coerente la cui capacità di decisione argina e limita gli effetti che sullo Stato-persona ha la dissoluzione della sovranità e delle sue categorie giuridiche, conseguenza dei processi di deterritorializzazione e di globalizzazione²¹². Il Governo appare qui una sorta di *superiorem non recognoscens* che dà per scontata la propria dipendenza da realtà esterne al territorio nazionale, ma che pretende di non avere né concorrenza né resistenza all'interno di quello stesso territorio, così da mantenere, all'interno dello Stato nazionale, la verticalità della politica sovrana allineando ad essa il momento, tradizionalmente orizzontale, del procedimento parlamentare²¹³.

Questa verticalità, che (per restare sul terreno della spazialità politica) porta con sé una riduzione dell'estensione e della profondità dell'integrazione del pluralismo, è vista e vissuta come irrinunciabile su

²⁰⁹ M. Manetti, *La via maestra*, cit.

²¹⁰ Cfr., ad esempio, F. Cerutti, *Democrazia e/o generazioni future*, in *Il Mulino*, 2012, 389 ss, che tra l'altro osserva che "è stato fatale, per la buona fama della democrazia stessa, identificare il regime democratico tutto e solo con la parlamentarizzazione, ciò che ha contribuito ad iniettare nelle politiche quegli interessi particolari e corporativi di cui i parlamenti sono più che mai intessuti" (389).

²¹¹ C. Galli (*Il paradosso dei partiti nella rete delle lobby*, in *la Repubblica*, 20 gennaio 2012) osserva che "l'esecutivo - che fisiologicamente dovrebbe essere di parte, ossia l'espressione di un preciso orientamento politico - è oggi un'istituzione relativamente universale, mentre il parlamento è la rappresentanza di una frammentazione sociale e civile che i partiti non riescono a ridurre". Si veda anche F. Lanchester (*Il concetto di rappresentanza in campo politico e i problemi della integrazione sovranazionale e della globalizzazione*, in *Il Filangieri. Quaderno*, 2006, 19 ss), il quale nota che oggi le Assemblee parlamentari rischiano di tornare allo stadio della mera rappresentanza di interessi di fronte alle istituzioni che esercitano in modo effettivo il potere politico, mentre i Governi svolgono un ruolo privilegiato di rappresentanza politica. Sull'ascesa della funzione governativa nell'ordinamento italiano si vedano le considerazioni critiche di A. D'Andrea, *La funzione parlamentare*, in www.rivistaaic.it, n. 2/2012.

²¹² Sulle conseguenze che questi processi hanno sulla capacità regolativa della Costituzione: M. Luciani, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 161.

²¹³ Come ha osservato nel 2011 l'allora Governatore della Banca d'Italia Mario Draghi (*Globalizzazione e politiche economiche: lezioni da una crisi*, in *Il pensiero economico moderno*, 2011, n. 4, 5 ss), le strutture transgovernative nelle quali si discutono le riforme economiche in campo internazionale (dal FMI, all'OCSE al G20) "prefigurano nuovi modi con cui esplicitare la sovranità, che viene per loro tramite disarticolata funzionalmente, prospettando una forma di politica pubblica globale. Accanto alla sovranità nazionale classica, esercitata unitariamente dai governi, possono così svilupparsi capacità decisionali sussidiarie su scala internazionale, su cui i governi nazionali si riservano solo un potere di ratifica *ex post*".

due fronti interni della statualità, rispetto ai quali la mediazione parlamentare potrebbe rivelarsi rischiosa per le prestazioni decisionali richieste dalle istituzioni della *governance* economica internazionale. Da un lato c'è la crescente difficoltà che il meccanismo della rappresentanza politica incontra nel confrontarsi con le esigenze e i desideri della moltitudine di singolarità disseminata dalla fine del fordismo, del suo lavoro, delle sue città, del suo tempo sociale e individuale, delle sue identità collettive e personali. Una difficoltà che dà forza e sostanza sempre maggiori a processi di soggettivazione del sociale che autoorganizzano per reti orizzontali, tra territorio e networks, l'energia e la spontaneità del pluralismo, dando vita a movimenti civici e territoriali, comitati, pratiche di democrazia partecipativa che pongono istanze di responsabilità e di giustizia²¹⁴ e che esprimono bisogni non facilmente negoziabili all'interno delle compatibilità definite dal mercato²¹⁵. Dall'altro lato c'è il fronte dei microinteressi localistici e sezionali di cui sono aggressive portatrici le cordate politico-affaristiche alle quali, come rileva Carlo Galli²¹⁶, lasciano spazio sia l'avvento della politica spettacolo del leader comunicatore, sia l'inadeguatezza della forma partito rispetto alla dimensione globale dei problemi di interesse generale, e che operano una riterritorializzazione su scala locale e in chiave affaristica della politica, come dimostrano ad esempio le vicende urbanistiche degli ultimi decenni²¹⁷.

La mediazione parlamentare, esposta per sua natura e per il collegamento con il momento elettorale al rischio di contaminazione con le dinamiche (sia virtuose che clientelari) del pluralismo, deve essere sottratta a questo rischio per assicurare *performances* all'altezza delle richieste veicolate dall'Esecutivo. L'inemendabilità del decreto-legge vale a garantire, pertanto, proprio la verticalità della penetrazione del comando normativo del Governo, la sua capacità di penetrare irresistibilmente nel tessuto del sociale per dirigere dall'alto l'evoluzione delle relazioni, di vita e di potere, che lo compongono, per definire ed orientare le condizioni di possibilità della vita sociale.

Occorre a questo punto chiedersi se in fondo con le teorie dell'inemendabilità o della limitata emendabilità dei decreti-legge non torni a rivivere - in una veste radicalmente nuova, che sconta le trasformazioni avvenute sul versante della sovranità statale - l'idea di salvare il *Mehrwert* del politico dalla dissoluzione ad opera del pluralismo, quella dissoluzione che le Assemblee parlamentari non solo non sono in grado di fronteggiare, ma che anzi portano direttamente dentro lo Stato. Un'idea che attraversa tutta la vicenda teorica dello Stato amministrativo, da Meyer a Romano a Schmitt²¹⁸ e che ora riaffiora, traendo nuova linfa e forza dalla oggettiva constatazione che nello Stato costituzionale la legge ha perduto la sua centralità e la sua sovranità. Il ritirarsi della legge, conseguenza dell'accento posto sul suo 'indebolimento' ad opera della Costituzione, lascia in primo piano gli atti normativi primari del Governo, quale nucleo dello Stato in grado di organizzare e filtrare il pluralismo senza lasciarsi corrompere, perché *Gewalt* e non *Repräsentation*.

Di fronte all'eccedenza pluralista di un sociale che da una parte ha subito la rottura del suo novecentesco rapporto osmotico con la statualità e che dall'altra fatica a 'respirare con il mercato', in chi, se non nel Governo e nei suoi atti, può incarnarsi il *Mehrwert* del politico oggi che il mercato stesso si propone come portatore di una razionalità specifica della politica e delle sue istituzioni e che il capitale finanziario si presenta come rappresentante collettivo dei soggetti della società civile, tendendo a esercitare quelle funzioni di responsabilizzazione del potere pubblico che un tempo venivano riferite esclusivamente alla cittadinanza politica? ²¹⁹ E' su questo sfondo che si colloca l'ulteriore, nettissimo spostamento del fulcro della produzione normativa dal Parlamento al Governo che ora si registra con il vorticoso ricorso del

²¹⁴ Cfr. G. Borrelli, *Trasformazioni governamentali e eccedenze democratiche: l'enigma dell'innovazione politica nell'epoca della mondializzazione*, in www.kainos-portale.com.

²¹⁵ Cfr. V. Pellegrino, *Conflitti ambientali e nuovi soggetti politici. Riflessioni sulle rivolte 'eco-epidemiologiche'*, in *La società degli individui*, n. 3, 2011, 81 ss.

²¹⁶ C. Galli, *Il disagio della democrazia*, Torino, 2011, 39; *Liste civiche*, in *la Repubblica*, 29 marzo 2012.

²¹⁷ Cfr. P. Berdini, *La città in vendita. Centri storici e mercato senza regole*, Roma, 2008.

²¹⁸ Il riferimento d'obbligo è a M. FIORAVANTI, *Stato di diritto e Stato amministrativo nell'opera giuridica di Santi Romano*, in *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia fra Otto e Novecento*, a cura di A. Mazzacane, Napoli, 1986, 309 ss; *Otto Mayer e la scienza del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1983, 600 ss; *Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell'Ottocento*, in *Crisi istituzionale e teoria dello stato in Germania dopo la Prima guerra mondiale*, a cura di G. Gozzi e P. Schiera, Bologna, 1987, 51 ss; *Storia costituzionale, storia amministrativa e storia della scienza giuridica*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XIII, 1984, 591 ss. Cfr. anche B. SORDI, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo*, Milano, 1985, 323 ss; M. NIGRO, *Carl Schmitt e lo Stato amministrativo*, in *Quad. cost.*, 1986, 461 ss.

²¹⁹ S. CHIGNOLA, *In the Shadow of the State*, cit., 117 ss; L. BAZZICALUPO, *Il soggetto politico: morte e trasfigurazione*, in *Fil. pol.*, 2012, 9 ss; C. MARAZZI, *Il comunismo del capitale. Finanziarizzazione, biopolitiche del lavoro e crisi globale*, Verona, 2010, 58.

Governo Monti alla decretazione d'urgenza e con il contemporaneo ulteriore rarefarsi delle leggi (non di conversione o di ratifica di trattati)²²⁰.

In questo contesto e in questa prospettiva, probabilmente non di breve periodo, l'inemendabilità del decreto-legge, al pari dell'emendabilità conforme a omogeneità, rischia di concorrere alla disattivazione del Parlamento come momento (fondamentale, anche se non esclusivo) dell'organizzazione aperta del pluralismo²²¹ e di rivelarsi una preziosa risorsa a disposizione di quelle *Machtkombinationen* fra settori dell'apparato statale e costellazioni di potentati nazionali e internazionali che sorgono e prosperano all'ombra della globalizzazione e che sono interessate a desostanzializzare il pluralismo sociale e a risolverlo, per il tramite della mediazione governativo-statale, nella conveniente oggettività di un presunto interesse generale. Un interesse generale che, secondo uno schema neo-organicista, si definisce sussumendo e risolvendo la pluralità degli interessi individuali e collettivi in una sorta di 'comunità del debito' e che per questo esige la 'solubilità' del pluralismo, ossia la sua neutralizzazione, quale potenziale di conflitti, in nome della 'virtù sociale' della corrispondenza al giudizio dei mercati²²².

Di fronte a questo presente e memore delle lezioni del passato, il costituzionalista dovrebbe sforzarsi di guardare al di là dei dati contingenti (la corrente modalità di selezione del personale politico-parlamentare, la qualità rappresentativa del Parlamento del momento, il livello di prestigio dell'Esecutivo in carica, etc.) e al di là del proprio personale giudizio su questi dati, per evitare di proporre come salvifico un *pharmakon* che potrebbe forse avere qualche limitato effetto benefico nell'immediatezza del brevissimo termine, ma che è sicuramente destinato ad operare come un potente veleno una volta superata la contingenza del momento. Il costituzionalista, più in generale, dovrebbe evitare di trasformare, con il volontarismo delle proprie scelte di interpretazione terapeutica e di ortopedia istituzionale, contingenti situazioni di debolezza politica, e magari morale, in permanenti condizioni di fragilità e di squilibrio istituzionale.

Giustamente Gustavo Zagrebelsky ha ricordato che, anche nel tempo in cui il Parlamento appare mero recettore passivo di decisioni prese altrove e quasi privo di una sua ragion d'essere rappresentativa, alla scienza costituzionalistica e alla Corte costituzionale spetta comunque il compito "di mantenere vivi e saldi i principi essenziali della nostra tradizione costituzionale, il primo dei quali è la spettanza della legislazione all'organo dotato del maggiore e più ampio carattere rappresentativo, per il momento in cui, prima o poi, anche se non sappiamo quando, a tali principi ci si rivolgerà di nuovo, avendo cessato di apparire gusci vuoti ed essendo di nuovo - come tante volte nella storia delle costituzioni è accaduto - riempiti di aspettative e speranze"²²³.

²²⁰ Si vedano al riguardo G. Azzariti, *A proposito della riforma costituzionale: questioni di legittimazione e merito*, in www.rivistaaic.it, n. 2/2012; M. Francaviglia, *La decretazione d'urgenza nell'esperienza del Governo Monti*, in www.rivistaaic.it, n. 4/2012; M. Laze, *La produzione normativa del Governo Monti tra decreti-legge, questioni di fiducia e spinte esterne. Ruolo della legge in un sistema delle fonti in transizione*, in www.rivistaaic.it, n. 4/2012.

²²¹ Cfr. P. Ridola, *Divieto del mandato imperativo e pluralismo politico*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, II, Padova, 1986, 679 ss.

²²² Su questi temi: M. Revelli, *Le due destre. Le derive politiche del postfordismo*, Torino, 1996, 64 ss; M. Lazzarato, *La fabbrica dell'uomo indebitato. Saggio sulla condizione neoliberista*, Roma, 2012.

²²³ G. Zagrebelsky, *Conclusioni*, in *La delega legislativa*, Atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta il 24 ottobre 2008, Milano, 2009, 329.