UNIVERSITÀ DEGLI STUDI FIRENZE

ASSOCIAZIONE PER GLI STUDI E LE RICERCHE PARLAMENTARI

Seminario di studi e ricerche parlamentari

«Silvano Tosi»

Ricerca 2025

«La decretazione d'urgenza nella storia costituzionale italiana: dallo Statuto Albertino alla prassi della XIX legislatura»

a cura di

Andrea Cardone, Paolo Caretti, Massimo Morisi

Giugno 2025

SOMMARIO

Introduzione alla Ricerca	2-7
Capitolo I	9-116
Capitolo II	117-196
Capitolo III	197-301
Capitolo IV	303-373

CAPITOLO IV
DECRETI E ORDINANZE DI NECESSITÀ: PROSPETTIVE COMPARATE

SOMMARIO: 1) GLI ATTI NORMATIVI DEL GOVERNO DOTATI DI FORZA DI LEGGE E I REGIMI DEROGATORI ECCEZIONALI IN CASO DI URGENZA IN FRANCIA: 1. Introduzione. – 2. Antecedenti storici: dalle ordinanze sovrane alla Costituzione del 1958, passando per i *décrets-lois*. – 3. Le *ordonnances*: quadro normativo e prassi di una "deriva". – 4. Gli altri meccanismi normativo-istituzionali di reazione all'urgenza (cenni). – 5. Considerazioni conclusive. 2) LA DECRETAZIONE D'URGENZA NELL'ORDINAMENTO DELLA REPUBBLICA FEDERALE DI GERMANIA: UNA ASSENZA NON SENTITA: 1. L'evoluzione storica della decretazione di urgenza in Germania: dagli Stati tedeschi pre-unitari alla degenerazione della Repubblica di Weimar. - 2. La *Grundgesetz* il travagliato processo di promulgazione. - 2.1 La *Grundgesetz*: i princìpi in materia di potere normativo di urgenza del Governo. 3. Le modalità di intervento del *Bundesregierung* nel procedimento legislativo: le modalità ordinarie e le modalità straodinarie. - 3.1. *(segue)* Stato di tensione (*Spannungsfall*), stato di difesa (*Verteidingungsfall*) e stato di calamità (*Katastrophenfall*). - 3.2. *(segue)* Lo stato di emergenza legislativa (*Gesetzgebungsnotstand*) e il desueto art. 127 *GG*. - 3.3. *(segue)* I regolamenti normativi (*Rechtsverordnungen*). - 4. Conclusioni e profili di comparazione con il potere governativo di decretazione d'urgenza in Italia. 3) PRENDERE SUL SERIO LA COSTITUZIONE: IL *DECRETO-LEY* SPAGNOLO NELLA TEORIA E NELLA PRASSI: 1. Introduzione. – 2. Alle origini del *real decreto-ley*: l'esperienza spagnola… – 3. (*segue*) … e il panorama comparato. – 4. L'articolo 86 della Costituzione del '78. – 4.1 Straordinaria e urgente necessità. – 4.2 I limiti materiali. – 4.3 Il controllo del *Congreso de los Diputados.* – 5. Uso e abuso del *real decreto-ley*: i *decretos-leyes omnibus.* – 6. I *decretos-leyes autonómicos* nella teoria… – 7. (*segue*) … e nella prassi. – 8. Osservazioni conclusive. 4) GLI EXECUTIVE ORDERS E IL RISCHIO DELL'UNILATERALISMO DELLA PRESIDENZA: 1. Introduzione – 2. Origini ed evoluzione degli Executive Orders – 3. La natura degli Executive orders – 4. La Corte Suprema e gli Executive orders – 5. Gli Executive order strumento dell'unilateralismo Presidenziale – 6. Conclusioni. 5) IL POTERE NORMATIVO DELL'ESECUTIVO TRA MODELLI A CONFRONTO: 1. Introduzione – 2. Il potere normativo dell'esecutivo tra modelli a confronto – 3. Osservazioni conclusive.

GLI ATTI NORMATIVI DEL GOVERNO DOTATI DI FORZA DI LEGGE E I REGIMI DEROGATORI ECCEZIONALI IN CASO DI URGENZA IN FRANCIA

di Michele Feleppa

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Antecedenti storici: dalle ordinanze sovrane alla Costituzione del 1958, passando per i *décrets-lois*. – 3. Le *ordonnances*: quadro normativo e prassi di una "deriva". – 4. Gli altri meccanismi normativo-istituzionali di reazione all'urgenza (*cenni*). – 5. Considerazioni conclusive.

1. *Introduzione*

L'analisi dell'esperienza francese rispetto al tema degli atti normativi del Governo dotati di forza di legge e più in generale dei poteri utilizzabili da parte dell' Esecutivo e/o dell'autorità amministrativa in situazioni di emergenza in deroga alle regole ordinarie si mostra particolarmente interessante, poiché, oltre a mettere in evidenza analogie (maggiori di quanto si pensi) e differenze rispetto all'esperienza italiana, consente di conoscere più da vicino un originale e complesso contemperamento tra la centralità dell'organo rappresentativo e della Legge classicamente intesa, di cui la Francia rappresenta una delle espressioni storicamente più significative, e l'esigenza, comunque fortemente avvertita anche in questa realtà, di riconoscere più ampi poteri all'Esecutivo in situazioni di difficoltà istituzionale.

2. *Antecedenti storici: dalle ordinanze sovrane alla Costituzione del 1958, passando per i* décrets-lois

L'originario principio della supremazia della Legge, che in questo contesto e nel periodo rivoluzionario si è manifestato nei testi costituzionali con particolare decisione[1], non ha impedito il formarsi di un potere normativo autonomo da parte del Governo. Dopo il periodo napoleonico, infatti, sulla scia della volontà di Luigi XVIII di riaffermare il suo potere assoluto, la Carta del 1814, prendendo a modello gli *emergency powers* del sistema britannico, attribuì al Re il potere di emanare anche le ordinanze necessarie per la sicurezza dello Stato[2].

[1] Com'è noto, infatti, la teoria della supremazia della legge del Parlamento, come espressione della volontà popolare, si affermò soprattutto a seguito della Rivoluzione francese. Cfr. G. JELLINEK, *Gesetz und Verordnungen*, J. C. B. Mohr, Freiburg, 1887, 51 ss., 73 ss., 84 ss.; R. CARRÉ DE MALBERG, *La Loi, expression de la volonté générale*, Recueil Sirey, Paris, 1931, 5 s.; J. DE SOTO, *La loi et le règlement dans la Constitution du 4 octobre 1958*, in *Revue de Droit Public* 1959, 240 ss.; J.-M. COTTERET, *Le pouvoir législatit en France*, LGDJ - R. Pichon et R. Durand-Auzias, Paris, 1962, 7 ss.; E. CHELI, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1967, 40 ss.; G. VOLPE, *L'ingiustizia delle leggi*, Giuffrè, Milano, 1977, 11 ss.; E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*, Duncker & Humblot GmbH, Berlin, 1981, 45 ss.; G. LOMBARDI, *Le garanzie costituzionali. Appunti delle lezioni,* CUSL P.G. Frassati, Torino, 1984, 2 ss. e 73.

[2] E. PALICI DI SUNI, *La regola e l'eccezione. Istituzioni parlamentari e potestà normative dell'esecutivo*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 24.

Si tratta di un potere di cui, in epoca poco successiva, il Re Carlo X abusò, e perciò, dopo i moti del 1848, la Costituzione repubblicana intese riaffermare nettamente il principio di separazione dei poteri stabilendo che il Presidente fa i decreti e regolamenti necessari per l'esecuzione delle leggi, formula che fu poi ripresa dall'art. 3 della Legge costituzionale 25 febbraio 1875.

Nella prassi però al Governo furono delegati poteri normativi sempre più consistenti, attraverso i cosiddetti *décrets-lois*. Occorre però fare attenzione: nonostante l'omonimia e la somiglianza sostanziale, in quanto emanazione di una potestà normativa di valore primario riconducibile al Governo, si trattava di atti che si distinguono dagli attuali decreti-legge italiani perché presupponevano sempre, a monte, una legge di delegazione da parte del Parlamento. Tuttavia, se inizialmente la pratica dell'emanazione dei *décrets-lois* veniva intesa in modo restrittivo, col passare del tempo, e in particolare a partire dalle leggi del 22 marzo 1924 e del 3 agosto 1926 che permettevano al Governo Poincarè di procedere per *décrets-lois* a ogni riforma in materia di semplificazione amministrativa e di risparmio delle spese dello Stato (legge del '24) e in materia di organizzazione e funzionamento dei servizi pubblici (legge del '26), il loro ambito di regolazione si fece sempre più esteso e meno determinato nei contenuti dalle leggi di delegazione.

L'utilizzo estensivo dei *décrets-lois*, messo in discussione dalla dottrina, fu ancora più evidente in seguito, con il voto delle leggi sui poteri speciali o delle leggi-quadro: in quest'ultima ipotesi, il legislatore si accontentava di determinare i principi di fondi rinviando tutto il resto ai *décrets-lois*. Il loro utilizzo "*extra-ordinem*" era confermato dal fatto che il vocabolo *décrets-lois* in questa accezione ampia, se veniva correntemente utilizzato dalla dottrina e nel linguaggio politico dell'epoca, non era invece impiegato nei testi ufficiali[3].

Al momento della Liberazione, i *décrets-lois* furono stigmatizzati come simbolo della crisi del regime parlamentare che aveva condotto, nel luglio del '40, al disastro militare, politico e giuridico[4] (con la delegazione del potere costituente al Maresciallo Pétain). È per questa ragione che la Costituzione del 1946 intese proibire il ricorso ai *décrets-lois*, prevedendo, all'art. 13, che solo l'Assemblea Nazionale potesse votare la legge, e che essa non potesse delegare questo diritto.

Ciononostante, la maggior parte dei Governi che si succedettero al potere dopo il 1953 ricorsero, soprattutto attraverso la pratica della legge-quadro, al sistema dei *décrets-lois*[5]. La profezia di Paul Reynaud, secondo il quale "questa arma capitale era quella dei *décrets-lois*, di cui, vi ho già detto, con la complessità della vita moderna e la necessità di decisioni rapide è impossibile liberarsene."[6], si realizzò. È solo infatti con la Costituzione del 4 ottobre 1958, attualmente in vigore, che i *décrets-lois* verranno definitivamente abbandonati, sostituiti, nella loro funzione, dalle *ordonnances* di cui all'art. 38[7].

Prima di entrare nel merito dell'analisi di quest'ultime, occorre premettere che la Costituzione del 1958, pur nella scelta di attribuire maggiori poteri all'Esecutivo, nella

[3] A titolo di esempio, il *Journal officiel* indica che la legislazione mineraria è stata modificata dal decreto n. 55-588 del 20 maggio 1955 concernente la ricerca e lo sfruttamento delle sostanze minerarie.

[4] J.-É. GICQUEL, *Ordonnances*, *Jurisclasseur administratif*, *fasc. 35,* in www.boutique.lexisnexis.fr, 1° ottobre 2022.

[5] D. AMSON, *Décret & décret-loi*, in *www.universalis.fr.*

[6] *JOAN constituante*, *débat*, *Seconde séance*, 28 settembre 1946, p. 4230.

[7] D. AMSON, *Décret & décret-loi*, cit..

volontà di ripristinare una situazione fisiologica per quanto riguarda la titolarità e l'esercizio del potere legislativo, delinea un sistema in cui quest'ultimo, di competenza del Parlamento, e il potere regolamentare, di competenza del Governo, sono chiaramente distinti e autonomi. Tuttavia, a differenza della legge 17 agosto 1948, che già prevedeva una riserva di potere regolamentare a favore del Governo, la Costituzione del 1958 individua espressamente le materie riservate alla legge e le materie nelle quali la legge è competente a determinare i principi fondamentali, ponendo invece una "clausola residuale" per il potere regolamentare: stabilisce infatti l'art. 37 che "*Les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire*" (le materie diverse da quelle dell'ambito della legge hanno un carattere regolamentare).

Quest'innovazione è stata nondimeno ridimensionata dalla giurisprudenza del Consiglio costituzionale e del Consiglio di Stato, che hanno in più occasioni sostenuto che, anche nelle materie riservate al potere regolamentare, i regolamenti soggiacciono ai principi generali dell'ordinamento: oggigiorno pertanto, più che di una ripartizione "orizzontale" di competenze tra legge e regolamento, persiste una ripartizione "verticale", il cui criterio di distinzione più diffuso è quello secondo il quale la legge determina la *mise en cause* ed il regolamento la *mise en oeuvre*[8]. Posto che un'analisi più approfondita porterebbe lontano, basti ricordare che la Costituzione attualmente in vigore in Francia restituisce un rapporto "normale" di distribuzione del potere normativo che vede, almeno sulla carta e in linea generale, l'attribuzione del potere legislativo al Parlamento e del potere regolamentare al Governo.

3. *Le ordonnances: quadro normativo e prassi di una "deriva"*

Se la regola di attribuzione del potere normativo è quella descritta nel paragrafo precedente, nondimeno l'art. 38 della Costituzione del '58 consente al Governo, per l'esecuzione del suo programma, di chiedere al Parlamento l'autorizzazione a prendere, attraverso ordinanza, delle misure normalmente di competenza di quest'ultimo.

Già nei motivi del progetto preliminare della Costituzione del 29 luglio 1958, l'articolo 34 riservava al Parlamento la possibilità di delegare al Governo alcune delle sue attribuzioni per far fronte a delle necessità urgenti, per una durata limitata[9]. Tuttavia, come ha sottolineato il Professor Gaudemet[10], se da una parte dai lavori preparatori si evince la volontà dei Costituenti di mantenere e anche corroborare il ricorso alla legislazione delegata, dall'altra è parimenti evidente il loro rifiuto all'instaurazione di un modello britannico di delegazione permanente per l'esecuzione di un programma di Governo.

Non è un caso che lo stesso art. 38 imponga per l'adozione di tali misure un termine "stabilito", da intendersi non solo come limitato nel tempo, ma anche come relativamente breve[11], anche se la prassi sembra aver preso una direzione diversa. Il termine di durata entro il quale possono essere prese le misure attraverso il dispositivo dell'ordinanza è fissato dalla

[8] Cfr. L. FAVOREU, *Le droit constitutionnel jurisprudentiel en 1981-1982*, in *Revue de Droit Public*, 1983, p. 348.
[9] J.-M. SAUVÉ, *La législation déléguée*, in www.conseil-etat.fr, 6 giugno 2014.
[10] Y. GAUDEMET, *La loi administrative*, in *Revue de Droit public*, 2006, n. 1-2006, p. 68.
[11] J.-M. SAUVÉ, *La législation déléguée,* cit..

legge di abilitazione votata dal Parlamento, come il termine entro il quale il progetto di legge di ratifica dell'ordinanza deve essere presentato dal Governo dinanzi al Parlamento.

Questi termini appaiono particolarmente importanti, poiché in loro costanza l'ordinanza ha valore meramente regolamentare, almeno in parte. L'ordinanza acquisisce valore legislativo solo a certe condizioni, ossia solo qualora il progetto di legge di ratifica sia presentato nel termine previsto ed essa venga effettivamente ratificata dal Parlamento. Inoltre, a partire dalla legge costituzionale n. 2008-724 del 23 luglio 2008 di modernizzazione delle istituzioni della V Repubblica, tale ratifica deve essere esplicita, essendo stata espunta dalla Costituzione la pratica della "ratifica implicita"[12].

Secondo il Consiglio Costituzionale, "solo il Governo può chiedere al Parlamento l'autorizzazione a procedere per ordinanza"[13]. Se il Governo non presenta un progetto di legge di ratifica nel termine previsto l'ordinanza diviene caduca, e lo *status quo ante* è ristabilito. Se invece il progetto di legge è presentato nel termine previsto e ratificato espressamente dal Parlamento, l'ordinanza acquisisce valore (interamente) legislativo, e pertanto, allo scadere del termine di abilitazione, le ordinanze potranno essere modificate solo dalla legge[14].

La questione della natura giuridica dell'ordinanza non ratificata, poc'anzi anticipata, è una questione che fino a poco tempo fa non presentava particolari problematiche, ma che, in ragione di due recenti decisioni del *Conseil Constitutionnel*, ha subito un reinquadramento sostanziale. Se prima di questi recenti pronunciamenti era infatti pacifica la natura regolamentare dell'ordinanza non ratificata, oggi si tende a riconoscere all'ordinanza non ratificata una natura mista, ossia in parte legislativa, in parte regolamentare[15]. Nelle decisioni n. 2020-843 e n. 2020-851/852 il Consiglio costituzionale ha dichiarato che quando un progetto di legge di ratifica viene presentato nel termine previsto, le disposizioni di un'ordinanza non ratificata dal Parlamento devono essere considerate, sin dalla scadenza del termine di abilitazione e nelle materie che appartengono al *domaine legislatif*, come delle disposizioni legislative ai sensi dell'art. 61-1 della Costituzione. Sulla base di questa impostazione, non sarebbe quindi più competente ad esaminare la costituzionalità di un'ordinanza il giudice amministrativo ma lo stesso Consiglio costituzionale. Con la decisione del 16 dicembre 2020, il Consiglio di Stato ha fatto propria la posizione del Consiglio costituzionale, in quanto, investito della questione di legittimità di un'ordinanza rispetto ai diritti e libertà garantiti dalla Costituzione, ha trasmesso il ricorso al Consiglio costituzionale. Ciononostante, il Consiglio di Stato non ha abdicato completamente al suo ruolo, in quanto si considera sempre competente a giudicare della conformità dell'ordinanza rispetto alle altre regole e principi di valore costituzionale, agli accordi internazionali della Francia, ai limiti fissati dal Parlamento nella legge d'abilitazione, ai principi generali del diritto ed alle regole di competenza, di forma e di procedura[16].

---

[12] H. PORILLE, *Les ordonnances. L'élaboration des lois relative aux ordonnances de l'article 38 de la Constitution – habilitation législative et ratification*, in *www.senat.fr.*

[13] *Cons. const*., 20 gennaio 2005, n. 2005-510 DC.

[14] H. PORILLE, *Les ordonnances. L'élaboration des lois relative aux ordonnances de l'article 38 de la Constitution – habilitation législative et ratification,* cit..

[15] *Qu'est-ce qu'une ordonnance ?*, in www.vie-publique.fr, ultima modifica 8 luglio 2024.

[16] *Qu'est-ce qu'une ordonnance ?,* cit..

Il Governo non è solo tenuto a presentare il progetto di legge di ratifica nel termine previsto, ma, nell'ambito del deposito del progetto di legge di ratifica e ai fini della giustificazione dell'autorizzazione dallo stesso richiesta, deve anche indicare con precisione qual è la finalità delle misure che intende prendere per ordinanza e il loro ambito di intervento[17]. Esso ha comunque un margine di manovra, poiché, secondo giurisprudenza costante, non è tenuto a far conoscere al Parlamento il tenore delle ordinanze che prenderà in ragione dell'abilitazione[18].

Se è vero che l'art. 38 consente al Governo di chiedere l'autorizzazione al Parlamento di prendere, attraverso ordinanza, delle misure normalmente di competenza del *domaine de la loi* (che comprende, a titolo di esempio, la legislazione economica relativa al controllo delle concentrazioni, alla concorrenza e ai prezzi, o ai principi fondamentali delle obbligazioni) è anche vero che, almeno storicamente, uno degli ambiti privilegiati è sicuramente quello della semplificazione del diritto e della codificazione: la codificazione normativa in Francia viene infatti ad essere realizzata principalmente attraverso ordinanza[19], non dissimilmente da quanto avviene in Italia per le codificazioni adottate con decreti legislativi delegati. A titolo di esempio, il nuovo Codice del consumo (entrato in vigore nel 2016) è stato integralmente adottato, per la parte legislativa, con ordinanza. Tuttavia, il Consiglio costituzionale, nell'ambito di suoi tentativi di arginare una prassi distorsiva del procedimento di cui all'art. 38, ha affermato che un'autorizzazione data al Governo per procedere alla codificazione tramite ordinanza non potrà comunque permettergli di privare di garanzie legali le esigenze costituzionali inerenti alla protezione del *domaine public*[20]. Non è raro che sia la stessa legge di abilitazione a prevedere, di volta in volta, delle limitazioni di questo tipo[21].

Prima di passare alla prassi e all'attuazione concreta dell'art. 38, occorre approfondire ancora un paio di profili.

Un primo aspetto riguarda la procedura da seguire per l'adozione delle ordinanze di cui all'art. 38: il dettato costituzionale stabilisce infatti che "dette ordinanze sono deliberate dal Consiglio dei ministri, previo parere del Consiglio di Stato". Quest'ultimo partecipa, secondo l'articolo L111-2 del Codice di giustizia amministrativa, alla "*confection"* delle ordinanze. Salvo eccezioni, la consultazione del Consiglio di Stato da parte del *secrétariat général* del Governo avviene almeno 4 settimane prima la data stabilita per l'iscrizione del progetto all'ordine del giorno del Consiglio dei ministri[22]. Il Consiglio di Stato si pronuncia sia sulla forma che sul contenuto del progetto e rende un parere (*avis*) che non è giuridicamente vincolante[23], anche se nella pratica il Governo riprende generalmente *in extenso* il testo adottato dal Consiglio di Stato[24]. Questo perché se il Consiglio di Stato viene adito tramite il

[17] *Cons. const*., 26 giugno 1986, n. 86-207 DC.

[18] *Cons. const*., 26 giugno 1986, n. 86-207 DC.

[19] J.- É. GICQUEL, *Ordonnances*, *Jurisclasseur administratif*, *fasc. 35*, cit.

[20] *Cons. const*., 26 giugno 2003, n. 2003-473 DC.

[21] È il caso, ad esempio, dell'art. 3 della legge n. 2004-1343 del 9 dicembre 2004 di semplificazione del diritto, che autorizza il Governo ad agire attraverso ordinanza nell'ambito degli scambi elettronici nel rispetto delle regole di protezione della libertà individuale e della vita privata stabiliti dalla legislazione relativa all'informatica, ai *file* e alle libertà.

[22] *Guide de légistique*, Doc. fr., III ed., 2017, p.124.

[23] J.-É. GICQUEL, *Ordonnances*, *Jurisclasseur administratif*, *fasc. 35*, cit.

[24] *Ibidem*.

ricorso per eccesso di potere potrà trasformarsi qualche mese più tardi nel giudice competente in primo e ultimo grado.

Prima di essere però pubblicate sul *Jornal officiel* ed entrare in vigore, con le precisazioni che si sono già fatte, le ordinanze devono essere firmate dal Presidente della Repubblica, sulla base della competenza che la stessa Costituzione del 1958 gli attribuisce all'art.13. Sulla natura del potere del Presidente, e in particolare sul suo margine di apprezzamento, non ci si è granché interrogati a lungo, almeno fino alla comparsa della *cohabitation* nel 1986: fino a quella data infatti, sarebbe stato assurdo che il capo dello Stato rifiutasse di firmare dei progetti di ordinanza presentati dal suo "Governo". Nel 1986 tuttavia, durante la *cohabitation* Mitterand-Chirac, il Presidente della Repubblica Mitterand si rifiutò, a tre riprese, di firmare dei progetti di ordinanza. Da allora il caso non si è più verificato, ma si ritiene, sulla base dell'art. 11 della Costituzione, che attribuisce al capo dello Stato il diritto di dare un'interpretazione alle disposizioni costituzionali delle quali egli è incaricato di vigilare il rispetto, e della teoria secondo la quale, nella logica kelseniana, questa interpretazione sarebbe "autentica" e insuscettibile di ricorso[25], che il Presidente della Repubblica possa rifiutarsi di firmare un'ordinanza[26], seppure, non comparendo esplicitamente il suo ruolo nell'art. 38, una certa cautela è ovviamente da consigliarsi.

Se è vero che le ordinanze *ex* art. 38 rappresentano le ordinanze più significative, sia da un punto di vista giuridico-formale che quantitativo-sostanziale, è anche vero che non sono le uniche: accanto alle *ordonnances* di diritto comune, si trovano infatti altre tipologie che, o non possono più essere utilizzate[27], o vengono utilizzate molto poco, o non lo sono mai state. Tralasciando le prime, le seconde sono quelle che possono essere adottate in base all'art. 74-1 della Costituzione, aggiunto con la legge costituzionale n. 2003-276, che prevede che nelle collettività d'oltremare di cui all'articolo 74, nonché in Nuova Caledonia, il governo possa, nelle materie che rimangono di competenza dello Stato, estendere tramite ordinanze, con i necessari adattamenti, le disposizioni aventi natura legislativa in vigore nel territorio metropolitano, ovvero adattare le disposizioni in vigore aventi natura legislativa all'organizzazione particolare della collettività interessata, salvo che la legge non abbia espressamente escluso, per le disposizioni in causa, il ricorso a tale procedura. Come si può facilmente notare, trattasi di ordinanze che, a differenza di quelle di cui all'art. 38, hanno un ambito di applicazione limitato: *ratione loci* alle sole collettività d'oltremare e alla Nuova Caledonia, e *ratione materiae* all'estensione delle disposizioni aventi natura legislativa in vigore nel territorio metropolitano e all'adattamento delle disposizioni legislative all'organizzazione particolare della collettività interessata.

Un discorso analogo si può fare per le ordinanze ex art. 47 e 47-1 della Costituzione, che riguardano specificamente la legge finanziaria e la legge di finanziamento del sistema di protezione sociale: i due articoli infatti prevedono, al fine di ottenere "in tempo utile e in particolare prima dell'inizio dell'anno l'intervento delle misure necessarie alla continuità della vita nazionale"[28], che se il Parlamento non si pronuncia nel termine di 70 giorni (per la

[25] M. TROPER, *Le droit, la théorie du droit, l'État*, P.U.F, Paris, 2001, p. 69-84.

[26] J.-É. GICQUEL, *Ordonnances*, *Jurisclasseur administratif*, *fasc. 35*, cit.

[27] È il caso delle ordinanze prese da De Gaulle ex art. 92 della Costituzione, disposizione che gli consentiva di prendere temporaneamente per ordinanza i provvedimenti necessari alla *mise en place* delle istituzioni e al funzionamento dei poteri pubblici.

[28] *Cons. const*., 24 dicembre 1979, n. 79-110 DC.

legge finanziaria) o 50 giorni (per la legge di finanziamento del sistema di protezione sociale) le disposizioni del progetto di legge possono entrare in vigore tramite ordinanza. Nonostante ciò non si sia mai verificato dal 1958, si tratta di disposizioni, come facilmente intuibile, di grande importanza sistematica, che si inseriscono in quel disegno di razionalizzazione della forma parlamentare e di potenziamento del ruolo del Governo proprio della Costituzione del '58.

Se questo è il quadro costituzionale e normativo, apparentemente molto definito e stringente, non sono mancate nella realtà delle prassi volte, se non ad aggirarlo apertamente, quanto meno ad eluderlo, non così difformemente da quanto avviene nell'esperienza italiana. L'utilizzo delle ordinanze da parte del Governo è infatti molto mutato nel tempo, sia quantitativamente che qualitativamente, fino a far parlare alcuni autori di "*dérèglement juridique et politique"*[29], o di "*confusion des pouvoirs"*[30].

Basti considerare che, guardando all'aspetto quantitativo, dal 1960 a metà anni '90, il ricorso all'art. 38 si è verificato "solo" 25 volte, per una pubblicazione totale di 158 ordinanze[31]. A partire dalla fine degli anni '90, si comincia a verificare un aumento consistente del ricorso all'ordinanza: dal 1991 al 2000 si contano infatti 85 ordinanze pubblicate (di cui 29 per il solo anno 2000), ordinanze che diventeranno ben 316 dal 2001 al 2010, fino ad arrivare a 621 ordinanze pubblicate nel decennio che va dal maggio 2012 al maggio 2022[32]. Quest'incremento è ancora più evidente se si considera la proporzione tra le ordinanze pubblicate e il numero complessivo dei testi intervenuti nel *domaine legislatif*: come fa notare uno studio del 2022 del gruppo di lavoro sulla modernizzazione dei metodi di lavoro del Senato, nel quinquennio 2017-2022 il 58,5% dei testi normativi intervenuti nel *domaine legislatif* è rappresentato da ordinanze. In quest'ottica, il ricorso a espressioni quali "*mécanisme de désinvestiture du législateur"*[33] e "*confusion des pouvoirs"* appare del tutto giustificato. Un altro dato quantitativo interessante, che fa da contraltare all'aumento numerico delle ordinanze, è la diminuzione progressiva del numero di ratifiche: lo stesso rapporto constata che nel mandato del Presidente Sarkozy la ratifica di ordinanze pubblicate raggiunge il tasso del 79,6%, mentre si abbassa fino al 20,3% nel primo mandato del Presidente Macron[34].

Al significativo accrescimento quantitativo, si accompagna, come anticipato, anche un mutamento sostanziale nel ricorso all'ordinanza, che non è più utilizzata solo per questioni di natura tecnica (codificazione, semplificazione del diritto, applicazione *outre-mer*), ma anche per questioni di carattere maggiormente politico[35]. In particolare, a partire dagli anni 2000, tutti i settori del diritto cominciano ad essere interessati dalla regolamentazione per ordinanza,

---

[29] P. DELVOLVÉ, *L'été des ordonnances*, in *Revue française de droit administratif*, 2005, n.5, p. 909.

[30] A.-M. LE POURHIET, Le*s ordonnances, la confusion des pouvoirs en droit public français*, LGDJ, Paris, 2011.

[31] S. SALLES, *Derrière l'arbre de la loi, la forêt des ordonnances*, in www.questions-constitutionnelles.fr, 12 ottobre 2023.

[32] *Qu'est-ce qu'une ordonnance ?,* cit..

[33] Y. GAUDEMET, *La loi administrative*, in *Revue du droit public*, 2006, n.1, p. 68.

[34] *« Désormais, on compte davantage d'ordonnances publiées que de lois promulguées », note un rapport du Sénat*, in www.publicsenat.fr, 8 luglio 2022.

[35] *Qu'est-ce qu'une ordonnance ?,* cit..

compreso il diritto civile, a lungo preservato[36]. Solo il diritto penale, ma non la procedura penale[37], sembra esserne immune in ragione di una consuetudine[38].

Le ragioni di questa trasformazione qualitativa e quantitativa sono sicuramente molteplici, e sarebbe utopistico pensare di potere condurre in questa sede un'indagine esaustiva, ma anche solo approfondita, su questo tema. È bene tuttavia, ai nostri fini, metterne in luce alcune di carattere giuridico-istituzionale che hanno sicuramente agevolato un uso inflazionistico dell'art. 38.

Tra queste, rientra senza dubbio l'indebolimento dei meccanismi di razionalizzazione del parlamentarismo e il fallimento del tentativo di limitare il *domaine legislatif*[39]: è apparentemente paradossale ma, se si ricorda ciò che si è detto a proposito del fatto che le *ordonnances* intervengono nell'ambito del *domaine legislatif*, si capisce chiaramente perché una prassi di estensione dell'ambito di competenza del legislatore e un fenomeno di "inflazione legislativa"[40] fa sì che il meccanismo di cui all'art. 38 rappresenti un rimedio di decongestione del Parlamento e di accelerazione del procedimento legislativo, oltre che una necessità per normare gli svariati ambiti di regolazione.

Un altro analogo elemento di giustificazione dell'abuso del meccanismo di cui all'art. 38 è quello relativo a una lettura estensiva delle sue condizioni da parte della giurisprudenza, ossia quella che l'ex membro del Consiglio costituzionale Jean-Claude Colliard chiamava la "*permissivité de la jurisprudence*"[41]. Si pensi, a titolo di esempio, che la nozione di programma richiamata dall'art. 38, per l'esecuzione del quale sarebbe necessario adottare una o più ordinanze, è stata interpretata come non necessariamente vincolata a quella che si ritrova nell'art. 49, che fa riferimento al programma che impegna la responsabilità del Primo ministro e del Governo tutto dinanzi all'Assemblea Nazionale[42]. O ancora, la stessa interpretazione del Consiglio costituzionale poc'anzi richiamata secondo la quale il Governo, pur essendo tenuto a indicare con precisione al Parlamento qual è la finalità delle misure che esso intende prendere attraverso ordinanza, non deve invece far conoscere il tenore delle ordinanze che adotterà in virtù di una legge di abilitazione sicuramente lascia al Consiglio dei ministri un potere discrezionale maggiore.

Un'ulteriore ragione, sempre di carattere giuridico-istituzionale, che spiegherebbe il ricorso massiccio alle *ordonnances* è in generale il malfunzionamento del sistema parlamentare (*dysfonctionnements du régime parlementaire*[43]): analogamente a quanto avviene in Italia infatti, le assemblee, abituate all'esautorazione del loro potere legislativo da parte del Governo, attuale detentore quasi esclusivo del potere normativo, e in parte anche da parte delle istituzioni europee e degli altri centri di potere, non hanno posto quasi alcuna

[36] Si vedano, a titolo di esempio, i quasi 300 articoli del Codice civile interessati dall'ordinanza n. 2016-131, 10 febbraio 2016, recante riforma del diritto dei contratti, del regime generale e della prova e delle obbligazioni.

[37] *Ord. n° 2020-303, 25 mars 2020 portant adaptation de règles de procédure pénale sur le fondement de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020*

[38] M. GUILLAUME, *Les ordonnances : tuer ou sauver la loi ?*, in *Pouvoir*, 2005, n. 18, p.122.

[39] J.-M. SAUVÉ, *La législation déléguée,* cit..

[40] R. SAVATIER*, L'inflation législative et l'indigestion du corps social,* in *Dalloz,* 1977., n. 6, p. 43.

[41] J.-C. COLLIARD, *Que reste-t-il de l'article 38 de la Constitution* ?, in *Terres du droit, Mélanges en l'honneur d'Yves Jégouzo*, 2009, p. 121.

[42] *Cons. const*., 12 gennaio 1977, n. 76-72 DC.

[43] H. PORTELLI, *Les ordonnances : les raisons d'une dérive*, in *Droits*, 2006, n. 44, pp 3-8.

resistenza a questo fenomeno, come dimostra lo stesso intervento delle ordinanze in settori tradizionalmente di competenza parlamentare, come il diritto civile.

Complessivamente, si può affermare che in Francia, all'espansione del *domaine legislatif* oltre i limiti previsti dai costituenti, si è accompagnato il fenomeno, non solo francese, di una marginalizzazione dell'istituzione parlamentare e di una sua difficoltà ad esercitare il potere legislativo di fronte a un attivismo normativo solo in parte giustificato da parte del Governo.

4. *Gli altri meccanismi normativo-istituzionali di reazione all'urgenza (cenni)*

Se è vero che il *focus* nel nostro lavoro consiste nell'indagare, in una prospettiva comparata, gli istituti espressivi del potere normativo del Governo che possono essere assimilati, anche solo in parte, ai decreti legge dell'ordinamento italiano, è altrettanto vero che in una prospettiva sistematica appare quanto meno opportuno completare l'analisi dei poteri normativi del Governo con quella degli altri istituti, previsti dalla stessa Costituzione del 1958 o da alcune leggi di capitale importanza, che l'ordinamento francese contempla per far fronte a situazioni di urgenza/emergenza, e che spesso, pur non attribuendo al Governo strettamente inteso la capacità di produrre atti dotati di forza di legge, riconoscono ampi poteri all'Esecutivo e alle autorità amministrative. Naturalmente, essendo un tema che solo parzialmente riguarda l'oggetto della nostra ricerca, non ci si potrà soffermare nel dettaglio, ma ci si dovrà limitare a dei cenni sui principali istituti alternativi alle *ordonnances* previsti dal sistema francese per gestire i momenti di urgenza.

Il primo meccanismo da considerare, che, ruotando attorno alla figura del Presidente della Repubblica, riconosce poteri molto ampi all'Esecutivo, è quello previsto dall'art. 16 della Costituzione del 1958, il quale stabilisce che "quando le istituzioni della Repubblica, l'indipendenza della nazione, l'integrità del territorio o l'esecuzione degli impegni internazionali sono minacciati in maniera grave ed immediata e il regolare funzionamento dei poteri pubblici costituzionali è interrotto, il Presidente della Repubblica adotta le misure richieste dalle circostanze dopo aver ufficialmente consultato il Primo ministro, i Presidenti delle assemblee ed il Presidente del Consiglio costituzionale", prevedendo poi l'intervento del Consiglio costituzionale a garanzia della legittimità costituzionale dell'intervento. Si tratta di una disposizione voluta da De Gaulle, che, per usare le parole di Georges Vedel, fa del Presidente della Repubblica "un dittatore nel senso romano del termine"[44]: l'articolo 16 mette infatti a disposizione del Capo dello Stato la totalità dei poteri esercitabili in un ordinamento, ad eccezione dei poteri giurisdizionali. Egli può arrivare financo a sostituirsi al legislatore, prendendo decisioni riconducibili al *domaine legislatif*. L'evidente importanza costituzionale del meccanismo previsto all'art. 16 della Costituzione del 1958 è controbilanciata da un'estrema parsimonia nell'applicazione concreta, tanto che fu utilizzato solo una volta nel 1961, al momento del tentativo di colpo di Stato in Algeria nel 1961. Si tratta comunque di una disposizione oggetto di dibattito[45], tanto da aver subito una modifica in occasione della riforma costituzionale del 23 luglio 2008, che ha previsto il successivo intervento del Consiglio Costituzionale per verificare il permanere delle condizioni legittimanti il ricorso all'art. 16.

[44] G. VEDEL, prefazione all'opera M. VOISSET, *L'article 16 de la Constitution du 4 octobre 1958*, LGDJ, Paris, 1969.

[45] Lo stesso Presidente Mitterand ne aveva proposto l'abrogazione.

Di ben maggiore importanza pratica sono comunque i regimi derogatori di origine legislativa, che appunto si presentano, almeno sul piano giuridico-costituzionale, come eccezioni al normale svolgersi della vita istituzionale. Cominciando l'esame dallo "stato di assedio" (*état de siège*), il più risalente, esso è nato durante il Secondo Impero con la legge del 9 agosto 1849, ma è stato anche costituzionalizzato con l'art 36 della Costituzione del 1958. Si tratta di un regime eccezionale che può essere dichiarato in caso di pericolo imminente risultante da un'aggressione militare straniera o da un'insurrezione armata dal Consiglio dei ministri, e consiste sostanzialmente nella sostituzione dell'autorità civile da parte dell'autorità militare, alla quale vengono attribuiti significativi poteri di polizia. Esso venne applicato per i moti rivoluzionari del 1849, durante la Comune di Parigi e i due conflitti mondiali.

Di maggiore attualità è il regime sullo "stato d'urgenza" (*état d'urgence*), risultante dalla legge n. 55-385 del 3 aprile 1955: esso può essere dichiarato su tutto o parte del territorio nazionale, sia in caso di pericolo imminente derivante da attentati gravi all'ordine pubblico, sia in caso di evento che presenti il carattere di calamità pubblica (come i cataclismi naturali). Deciso anch'esso in Consiglio dei ministri, la sua proroga al di là dei dodici giorni deve essere autorizzata dalla legge, e si caratterizza per un'estensione dei poteri di polizia dell'autorità amministrativa e/o ministeriale: ad esempio, i prefetti possono interdire, sotto forma di coprifuoco, la circolazione di persone e veicoli, mentre il Ministro dell'Interno può ordinare la permanenza nella propria abitazione di qualsiasi persona la cui attività si riveli pericolosa per la sicurezza e l'ordine pubblico[46]. Esso è stato applicato a più riprese: nell'ambito della guerra d'Algeria, nel 1984 in Nuova Caledonia, nel 2005 per fronteggiare dei moti nelle *banlieues* francesi, in occasione degli attentati terroristici del 2015, nel contesto dei quali è stato prorogato ben 6 volte, e da ultimo di nuovo in Nuova Caledonia lo scorso anno. Esiste anche un regime cosiddetto "aggravato", che conferisce ancora più poteri all'autorità ministeriale, la quale può arrivare a disporre delle perquisizioni diurne e notturne senza necessità di controllo di un giudice[47].

Di recente applicazione è anche "lo stato d'urgenza sanitaria" (*état d'urgence sanitaire*), regime eccezionale previsto a titolo provvisorio nel 2020 dalle disposizioni del *Code de la santé publique* per fronteggiare la pandemia da Covid-19. Esso è infatti stato istituito dalla Legge del 23 marzo 2020 e prorogato più volte, fino a cessare i suoi effetti il 1° agosto 2022. Si tratta di una misura eccezionale che poteva essere decisa sempre con decreto dal Consiglio dei ministri in caso di catastrofe sanitaria pericolosa per la salute della popolazione. Al di là di un mese, anch'essa poteva essere prorogata solo con legge. La dichiarazione dello stato d'urgenza sanitaria autorizzava il Primo ministro a prendere per decreto delle misure limitanti le libertà fondamentali (come quella di spostamento e quella di riunione) e delle misure di requisizione di tutti i beni e servizi necessari per mettere fine all'emergenza sanitaria, oltre che delle misure temporanee di controllo dei prezzi. Queste misure dovevano essere comunque necessarie e proporzionate ai rischi che si correvano. Il Consiglio costituzionale, con la pronuncia n. 2020-800 DC dell'11 maggio 2020, ha inoltre validato la maggior parte delle misure in questione, fondando la sua decisione sull'obiettivo di valore costituzionale della protezione della salute richiamato nel Preambolo della Costituzione del 1946.

[46] F. CROUZATIER-DURAND, *Fiche 35. Les régimes d'exception (3) : les régimes d'origine législative*, in *Fiches de Libertés publiques et droits fondamentaux*, Ellipses, Paris, 2021.

[47] *Ibidem.*

5. *Considerazioni conclusive*

È venuto adesso il momento di trarre alcune osservazioni di fondo da questa sintetica descrizione del sistema francese nella sua comparazione con il tema dei decreti-legge italiani, senza voler sottrarre argomenti alle considerazioni conclusive su tutti gli ordinamenti esaminati.

In primis, in Francia non esiste un atto paragonabile in tutto e per tutto al decreto-legge italiano, perché anche l'*ordonnance*, atto che si è visto essere più simile nella forma e nella sostanza al decreto-legge, presuppone comunque a monte una legge di delega parlamentare. Evidentemente, la scelta operata da De Gaulle e dalla Costituzione del 1958 di limitare gli abusi del parlamentarismo e riconoscere maggiore importanza all'Esecutivo non si è spinta fino a prevedere atti con forza di legge che non trovassero il loro fondamento in una fonte propriamente parlamentare.

Tuttavia, come si è visto, le analogie con il sistema francese sono ben maggiori di quanto si pensi: si è visto come infatti le *ordonnances* assolvano una funzione analoga ai decreti-legge italiani, e abbiano comunque un valore di carattere legislativo, in parte anche se non ratificate dal Parlamento. Quest'ultimo elemento le rende, se si vuole, in un certo senso ancora più dotate di forza legislativa propria rispetto ai decreti-legge italiani, che comunque necessitano della conversione.

Non solo: si è visto come anche in Francia la prassi si sia evoluta in una direzione quanto meno imprevista dai costituenti, con un numero di *ordonnances* nel *domaine legislatif* in certi periodi assolutamente concorrente con quello delle leggi parlamentari, espropriando in buona parte il Parlamento della sua funzione precipua. Anche in quel contesto, una giurisprudenza abbastanza permissiva e un'istituzione parlamentare in un certo modo rassegnata hanno spianato la strada all'abuso di un atto normativo del Governo di valore legislativo.

In questo contesto di maggiore centralità dell'Esecutivo si inseriscono gli istituti previsti dall'ordinamento francese per far fronte a situazioni di urgenza, derogatori talvolta, come si è potuto vedere, anche a libertà fondamentali sancite in Costituzione. Anche nel contesto francese, che pure ha storicamente riconosciuto una primazia alla Legge quale prodotto della volontà generale, è risalente l'idea secondo la quale, per dirla con le parole di Montesquieu, "ci sono dei casi nei quali è necessario per un momento porre un velo sulla libertà, così come si usava nascondere le statue degli dèi"[48].

Viene da chiedersi, soprattutto in una prospettiva *de jure condendo*, nel momento in cui l'urgenza o comunque l'esigenza di risposte normative rapide e efficaci, percepite come difficili da ottenere con il normale procedimento legislativa, diventi in qualche misura "fisiologica", se e in che misura gli stessi atti e istituti che erano pensati per periodi di tempo limitati possano costituire una valida risposta, dal punto di vista formale e sostanziale. Questo è l'interrogativo che fa un po' da *fil rouge* al nostro lavoro di ricerca, e rispetto al quale anche l'ordinamento francese non sembra ancora aver trovato una risposta originale, continuando anch'esso ad utilizzare, riadattandoli, strumenti giuridici concepiti nel passato.

[48] COTTA, Sergio (a cura di): *Lo spirito delle leggi di Charles de Secondat barone di Montesquieu*, vol. I., UTET, Torino, 2002, p. 346.

LA DECRETAZIONE D'URGENZA NELL'ORDINAMENTO DELLA REPUBBLICA FEDERALE DI GERMANIA: UNA ASSENZA NON SENTITA

di Andrea Giorgilli

SOMMARIO: 1. L'evoluzione storica della decretazione di urgenza in Germania: dagli Stati tedeschi pre-unitari alla degenerazione della Repubblica di Weimar. - 2. La *Grundgesetz* il travagliato processo di promulgazione. - 2.1 La *Grundgesetz*: i princìpi in materia di potere normativo di urgenza del Governo. 3. Le modalità di intervento del *Bundesregierung* nel procedimento legislativo: le modalità ordinarie e le modalità straordinarie. - 3.1. *(segue)* Stato di tensione (*Spannungsfall*), stato di difesa (*Verteidingungsfall*) e stato di calamità (*Katastrophenfall*). - 3.2. *(segue)* Lo stato di emergenza legislativa (*Gesetzgebungsnotstand*) e il desueto art. 127 *GG*. - 3.3. *(segue)* I regolamenti normativi (*Rechtsverordnungen*). - 4. Conclusioni e profili di comparazione con il potere governativo di decretazione d'urgenza in Italia.

1. *L'evoluzione storica della decretazione di urgenza in Germania: dagli Stati tedeschi pre-unitari alla degenerazione della Repubblica di Weimar.*

L'ordinamento tedesco differisce molto da quello italiano in materia di decretazione di urgenza. Anticipando le conclusioni, si può dire piuttosto agevolmente che, nello spettro delle possibili soluzioni attraverso cui, in uno Stato, il governo può influenzare le funzioni legislative, la disciplina costituzionale tedesca si colloca quasi all'estremo di limitare al massimo questa influenza, e di escludere un potere normativo indipendente dell'organo esecutivo. Ciò è dovuto, in particolare, alle peculiari vicende storiche attraverso cui l'ordinamento tedesco è dovuto passare, che ne hanno inevitabilmente caratterizzato gli strumenti di cui è fornito nel quadro attuale.

Occorre anzitutto considerare brevemente le costituzioni ottriate dai vari Stati pre-unitari tedeschi a partire dal Congresso di Vienna.

Per ciascuna di esse si riteneva, anche laddove non fosse stabilito esplicitamente, che al Sovrano spettasse il potere di intervenire, senza il consenso delle Camere, per ragioni di sicurezza nazionale[49]. Inoltre, tra Camere e Sovrano vi era una condivisione del potere legislativo basata sul riparto di competenze: alle prime, che pure erano le uniche a poter adottare le "leggi" in senso formale, era attribuita la competenza in materie determinate stabilite dalla relativa costituzione[50]; al secondo, in tutte le altre – secondo una presunzione generale.

La disposizione costituzionale pre-unitaria più rilevante è il par. 63 della Costituzione prussiana del 1851: *«Solo nel caso in cui si tratti della sicurezza pubblica, o di bisogni urgenti e straordinari, potranno in assenza delle Camere e sotto la responsabilità di tutti i ministri, emanarsi provvedimenti aventi forza di legge, sempreché non contrari alla Costituzione. Simili provvedimenti però dovranno, al primo riunirsi delle Camere, essere immediatamente*

[49] La misura risulta esplicitamente, tuttavia, solamente dalla Costituzione del Granducato di Assia del 1820 (§ 73). Cfr. E.R. HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, I, Johlhammer, Stoccarda, 1957, p. 337 ss.

[50] v. Costituzione del Regno di Baviera del 1818, Titolo VII, § 2, laddove si parla di «*Gesetz, welches die Freyheit der Person oder das Eigenthum des Staats-Angehörigen betriff* [...]».

sottomessi alla loro approvazione»[51].

Tuttavia, la ripartizione delle competenze legislative tra Sovrano e Parlamento emerse nuovamente, se non nella lettera della Costituzione dell'Impero del 1871, quantomeno nella dottrina dell'epoca. Fu questa a sviluppare la teoria della distinzione tra leggi in senso formale e leggi in senso sostanziale, e a estendere in via interpretativa le norme costituzionali riferite ai poteri del sovrano[52].

Numerosi furono, nella Costituzione di Weimar del 1919 (*Weimarer Reichsverfassung*, *WRV*), gli aspetti di razionalizzazione della forma di governo parlamentare in materia di distribuzione del potere normativo – si tratta di accorgimenti che, paradossalmente, hanno portato alla marginalizzazione del Parlamento legislatore[53].

Il più importante di questi correttivi, in quest'ottica, era il potere di ordinanza attribuito al Presidente del *Reich* di emettere ordinanze (*Notverordnungen*) per adottare le misure necessarie al ristabilimento dell'ordine e della sicurezza pubblica, *ex* § 48 *WRV*[54]. Il potere di decretazione di urgenza del Presidente del *Reich*, dunque, prescindeva da qualsivoglia forma di delegazione – e per il suo tramite era possibile attribuire al Governo una autonoma potestà legislativa. L'istituto fu pressoché da subito usato e abusato, determinando una frequente sospensione dei diritti individuali e dellle prerogative degli organi istituzionali, spesso senza che sussistessero reali esigenze di eccezionalità e urgenza. La stessa lettera costituzionale parlava solo di «*ristabilimento della sicurezza pubblica e dell'ordine pubblico*» («*die öffentliche Sicherheit und Ordnung*»), senza nemmeno porre un obbligo di motivazione[55].

Già ampiamente utilizzate nei primi anni di vita della Repubblica di Weimar, soprattutto per affrontare la grave instabilità dell'ordine pubblico[56], il loro numero crebbe all'aumentare delle tensioni negli anni '30. A seguito della nomina di Adolf Hitler a Cancelliere il 30 gennaio 1933, il processo subì una netta accelerazione. In particolare, col c.d. Decreto dell'incendio del Reichstag (*Reichstagsbrandverordnung*) del 28 febbraio 1933 si giunse a prevedere la limitazione dei «*diritti di libertà personale, di libertà di espressione – compresa la libertà di stampa, di libertà di libertà di assembramento, di riservatezza di corrispondenza* […], *nonché* [a] *disporre perquisizioni e confische, e* [a] *porre limiti al diritto di proprietà*»[57].

---

[51] «*Nur in dem Falle, wenn die Aufrechthaltung der öffentlichen Sicherheit, oder die Beseitigung eines ungewöhnlichen Nothstandes es dringend erfordert, können, insofern die Kammern nicht versammelt sind, unter Verantwortlichkeit des gesammten Staatsministeriums, Verordnungen, die der Verfassung nicht zuwiderlaufen, mit Gesetzeskraft erlassen werden. Dieselben sind aber den Kammern bei ihrem nächsten Zusammentritt zur Genehmigung sofort vorzulege*».

[52] v. P. LABAND, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, II, Friburgo-Tubinga, 1878, pp. 59 ss.

[53] E. PALICI DI SUNI, *La regola e l'eccezione. Istituzioni parlamentari e potestà normative dell'esecutivo*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 39 ss.

[54] § 48 c. 2° e 3°, *WRV*: «*Der Reichspräsident kann, wenn im Deutschen Reiche die öffentliche Sicherheit und Ordnung erheblich gestört oder gefährdet wird, die zur Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nötigen Maßnahmen treffen, erforderlichenfalls mit Hilfe der bewaffneten Macht einschreiten. Zu diesem Zwecke darf er vorübergehend die in den Artikeln 114, 115, 117, 118, 123, 124 und 153 festgesetzten Grundrechte ganz oder zum Teil außer Kraft setzen*».

[55] Si ricordi l'ordinanza per il trasferimento del comando sull'Esercito al Ministro dell'Esercito del 20 agosto 1919.

[56] Si pensi in particolare alle ordinanze del 26 e del 29 giugno 1922, a seguito dell'omicidio del ministro delle finanze Rathenau.

[57] § 1, *Verordnung des Reichspräsidentem zum Schutz von Volk und Staat* del 28 febbraio 1933, RGBl. I, S.83: «[...] *Es sind daher Beschränkungen der persönlichen Freiheit, des Rechts der freien Meinungsäußerung, einschließlich der Pressefreiheit, des Vereins- und Versammlungsrechts, Eingriffe in das Brief-, Post-, Telegraphen- und Fernsprechgeheimnis, Anordnungen von Haussuchungen und von Beschlagnahmen sowie Beschränkungen des Eigentums auch außerhalb der sonst hierfür bestimmten gesetzlichen Grenzen zulässig*».

Il definitivo stravolgimento (pur svolto scon meccanismi formalmente consentiti dall'ordinamento) del sistema costituzionale della Repubblica di Weimar avvenne con la c.d. Legge sui pieni poteri (*Ermächtigungsgesetz*) approvata dal *Reichstag* il 24 marzo 1933: questa autorizzava il governo del *Reich* a emanare leggi parificate a quelle parlamentari, e anche derogatorie della Costituzione[58]. Originariamente in vigore per un periodo quadriennale, la legge fu prorogata fino alla fine del regime nazionalsocialista. Da ultimo, la legge del 30 gennaio 1934 sancì che le nuove leggi costituzionali dovessero essere approvate su decisione del Governo presieduto dal *Führer*.

2. *La* Grundgesetz*: il travagliato processo di promulgazione.*

La promulgazione della *Grundgesetz* avvenne nel tumultuoso contesto storico caratterizzato dalla divisione della Repubblica Federale di Germania e dalla contrapposizione tra le potenze occupanti occidentali e l'Unione Sovietica. A seguito della capitolazione tedesca dell'8 maggio 1945, il territorio tedesco fu – com'è noto – suddiviso in quattro zone di occupazione sotto il controllo di Stati Uniti, Regno Unito, Francia e Unione Sovietica, senza istituire alcuna autorità amministrativa o di raccordo centrale. Ciascuno all'interno della propria zona di occupazione, gli Alleati istituirono gli stati federali tedeschi: a questi era concesso di esercitare la propria autorità legislativa, esecutiva e giudiziale, pur rimanendo soggetti alla vigilanza della rispettiva forza occupante. Col consenso di queste ultime, gli Stati federati della Germania occidentale cominciarono ad approvare proprie costituzioni.

Dopo che, col rapido raffreddamento delle relazioni tra Stati Uniti e Unione Sovietica, la prospettiva di una Germania unificata si fu fatta più improbabile, Stati Uniti, Regno Unito e (pur con qualche resistenza) Francia, a partire dalla Conferenza di Londra di giugno 1948, decisero di promuovere la creazione di un nuovo Stato democratico nella loro area di influenza. La stesura della nuova carta costituzionale venne affidata al Consiglio Parlamentare (*Parlamentarischer Rat*), una assemblea composta da 65 delegati nominati dai parlamentari dei *Länder* occidentali. I lavori si svolsero a Bonn tra il 1° settembre 1948 e il maggio 1949, con la partecipazione di figure chiave come Konrad Adenauer (cristiano-democratico, presidente dell'assemblea) e Carlo Schmid (social-democratico, principale architetto del testo).

Il progetto costituzionale si ispirò alla *WRV*, ma con significative modifiche per prevenire le debolezze che avevano portato alla degenerazione della Repubblica di Weimar[59]. Furono introdotte forte garanzie costituzionali, una rigida separazione dei poteri e una notevole

---

[58] *Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich*, RGBl, I S. 141, § 1: «[...] *Reichsgesetze können außer in dem in der Reichsverfassung vorgesehenen Verfahren auch durch die Reichsregierung beschlossen werden* [...]»; § 2: «*Die von der Reichsregierung beschlossen Reichsgesetze können von der Reichsverfassung abweichen, soweit sie nicht die Einrichtung des Reichstags und des Reichsrats als solche zum Gegenstand haben. Die Rechte des Reichspräsidenten bleiben unberührt*».

[59] Cfr. P. CARETTI - E. CHELI, *Statute and Statutory Instruments in the Evolution of European Constitutional Systems*, in A. PIZZORUSSO, *Law in the Making. A Comparative Survey*, Springer, Berlino, 1988, p. 140: «*The 1949 Constitution of the Federal Republic of Germany* […] *is an expression of the current which aimed to restore the parliamentary model, but also to rationalise its functioning by acting on its weaker points (greater stability of the Executive, broadening of reciprocal control mechanisms among constitutional organs, adoption of the principle of constitutional rigidity, strengthening of conventional law and territorial autonomies, and so on)*».

preminenza del Parlamento, al fine di evitare derive autoritarie. Per sottolineare il carattere provvisorio della nuova carta, in attesa della futura riunificazione del Paese, il testo assunse la denominazione di *Grundgesetz* (Legge fondamentale), anziché *Verfassung* (Costituzione). L'8 maggio 1949 il Consiglio Parlamentare approvò la *Grundgesetz*[60]. Quattro giorni dopo il testo ricevette l'approvazione degli Alleati cocidentali, e il 23 maggio 1949 la *GG* entrò ufficialmente in vigore, segnando la nascita della *Bundesrepublik Deutschland*.

2.1 *La* Grundgesetz*: i princìpi in materia di potere normativo di urgenza del Governo.*

La *Grundgesetz* definisce un sistema costituzionale in cui il principio democratico si realizza attraverso l'integrazione del pluralismo politico e sociale, garantendo la rappresentanza popolare in Parlamento attraverso una legge elettorale fondamentalmente proporzionale[61]. In conformità all'art. 20, c. 3°, *GG*[62], il Parlamento esercita la funzione legislativa in via esclusiva, vincolando sia il potere esecutivo che quello giurisdizionale. Nonostante non esista una riserva di legge generale per tutte le attività statali, come avviene invece nelle costituzioni di alcuni *Länder*[63], numerose disposizioni della *GG* rafforzano la centralità del legislatore e impongono riserve di legge particolari, specialmente in materia di diritti fondamentali (art. 19 c. 1°), organizzazione federale (art. 87 c. 3°) e bilancio dello Stato (artt. 109-115).

Ulteriore strumento attraverso cui il Parlamento mantiene centralità nel sistema delineato dalla *GG* è la c.d. teoria dell'essenzialità (*Wesentlichkeitstheorie*). Questo principio, sviluppato dalla giurisprudenza del Tribunale Costituzionale Federale tedesco (*Bundesverfassungsgericht*, *BVerfG*) prevede che le decisioni in fondamentali per l'ordinamento giuridico e i diritti dei cittadini debbono essere adottate dal legislatore parlamentare, e non possono essere delegate al potere esecutivo. La portata dell'assioma è oscillante, nella giurisprudenza, ed è stata spesso messa in discussione anche dalla dottrina, ma ha comunque fatto sì che si rafforzasse notevolmente una riserva parlamentare

[60] Sebbene inizialmente concepita come un testo temporaneo, la *Grundgesetz* si consolidò come costituzione definitiva della Germania Occidentale. La *GG* conteneva, al suo interno, due meccanismi alternativi per l'unificazione: l'art. 23, vecchia versione, che stabiliva che altri territori tedeschi avrebbero potuto aderire alla Repubblica Federale di Germania, estendendo loro automaticamente la *GG*; e l'art. 146, che prevedeva che la *GG* rimanesse in vigore fino all'adozione di una nuova costituzione, approvata dal popolo tedesco dopo la riunificazione. Alla firma del Trattato sull'Unione (*Einigugnsvertag*) del 31 agosto 1990, si decise di riscrivere l'art. 146 *GG*, e di utilizzare l'art. 23 (opportunamente modificato) come base giuridica per la riunificazione – che quindi, formalmente, si è configurata come una adesione. Sulla materia, v. M. BALDUS, *Eine vom deutschen Volk in Freier Entscheidung beschlossene Verfassung – Zum Schicksal des Art. 146 GG nach Vorlage des Abschlußberichts der Gemeinsamen Verfassungskommission*, in *Kiritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 4, 76, 1993 e C. BUMKE - A. VOSSKULE, *German Constitutional Law: Introduction, Cases, and Principles*, Oxford University Press, Oxford, 2019, pp. 1-6.

[61] v. D. SCHEFOLD, *Gli atti legislativi del Governo e i rapporti fra i poteri nel diritto tedesco*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, p. 206.

[62] Art. 20 c. 3°, *GG*: «*Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden*».

[63] Cfr. art. 77 c. 1°, Costituzione della Baviera: «*L'ordinamento dell'amministrazione generale dello Stato, la suddivisione delle competenze e le modalità di nomina dei funzionari dello Stato saranno regolati da una legge. L'organizzazione particolareggiata dei servizi spetta al governo* [...]». Quasi identico l'art. 77, Costituzione della Renania Settentrionale-Vestfalia e, con poche differenze, l'art. 45 c. 1°, Costituzione dello Schleswig-Holstein.

(*Parlamentsvorbehalt*) sulle decisioni politiche più importanti[64].

Fermo questo principio, l'esecutivo può esercitare un ruolo normativo su delega del legislatore. Come si vedrà meglio in seguito, l'art. 80 c. 1°, *GG* consente al *Bundestag* di conferire al Governo Federale (*Bundesregierung*), ai Ministri Federali o ai governi dei *Länder* la facoltà di adottare regolamenti normativi (*Rechtsverordnungen*), a condizione che la legge ne definisca contenuto, scopo e limiti[65]. Se la delega risultasse eccessivamente generica o il regolamento eccedesse i limiti stabiliti, il *BVerfG* potrebbe dichiararne l'incostituzionalità. Questo strumento, che può ricordare *prima facie* il decreto legislativo *ex* art. 76 della Costituzione italiana, mantiene tuttavia tutte le caratteristiche di una fonte di natura secondaria, subordinata alla legge di delega, e in quanto tale priva di "forza di legge" in senso formale.

Vale da subito però segnalarne una eccezione, che può individuarsi nei regolamenti adottati dal Presidente Federale per la determinazione dei simboli dello Stato *ex* art. 22 *GG*, che potrebbero essere delegati senza base legale al Cancelliere o al ministro controfirmante (art. 58 *GG*). Tuttavia, resta fermo il potere del Parlamento di intervenire sulla materia e quindi escludere l'emanazione di regolamenti indipendenti – il che, insieme all'ambito di applicazione assai circoscritto della disposizione costituzionale, rende lo strumento relativamente poco rilevante.

Oltre ai regolamenti governativi, esistono strumenti di normazione secondaria quali le disposizioni amministrative generali (*Verwaltungsvorschrift*), utilizzate dal Governo e dall'amministrazione per indirizzare la propria attività. Sebbene contribuiscano a concretizzare le leggi e a uniformare l'azione amministrativa, non possiedono forza di legge e non vincolano il potere giudiziario, che conserva la facoltà di valutarne la legittimità[66]. Anche altre fonti normative, come gli statuti degli enti pubblici autonomi (*Satzung*), richiedono una espressa base legale, così riaffermando la preminenza del Parlamento nella produzione normativa[67].

L'assenza di un potere legislativo primario in capo all'esecutivo non rappresenta, peraltro,

---

[64] Tra le sentenze più importanti, si veda: *BVerfGE* 49, 89 in materia di *numerus clausus*; *BVerfGE* 77, 170 in materia di censimento; *BVerfGE* 83, 130 in materia di diritto di sciopero; *BVerfGE* 90, 286 in materia di Forze Armate. Quanto alla dottrina sull'argomento, v. B. SCHLINK , *Die Amtshilfe*, in *Schriften zum Öffentlichen Recht*, 424, 1982, pp. 356 ss. e D. Schefold, *cit.*, p. 192.

[65] Cfr. K. WEBER, *Rechtsverordnung*, in C. CREIFELDS *et al. Rechtswörterbuch*, XXII ed., Monaco di Baviera, 2017, pp. 1081 ss.

[66] v. *BVerfGE*, 78, 214, p. 227. A ogni buon conto, ciò non esclude che in alcuni casi anche le disposizioni amministrative generali producano una efficacia normativa diretta ed esterna (si pensi alle circolari che danno attuazione a disposizioni di legge, *Gesetzesvertretendesvorschriften*), tanto che per alcune di esse la dottrina tedesca ha parlato di "forza di legge". Cfr. W. R. SCHENKE, *Gesetzgebung durch Verwaltungsvorschrift*, in *Die Öffentliche Verwaltung*, 1977, pp. 27 e ss.

[67] v. *BVerfGE*, 33, 125, *Rn.* 116-123: «*(116) Art. 12 Abs. 1 GG gebietet nicht, daß Regelungen* […] *ausschließlich durch den staatlichen Gesetzgeber ober durch die vom Gesetzgeber ermächtigte staatliche Exekutive getroffen werden müssen. Vielmehr sind solche Regelungen innerhalb bestimmter Grenzen auch in Gestalt von Satzungen zulässig, die von einer mit Autonomie begabten Köorperschaft erlassen werden.* […] *(121) Trotzdem bleibt auch im Tahmen einer an sich zulässingen Autonomiegewährung der Grundsatz bestehen, daß der Gesetzgeber sich seiner Rechtsetzungsbefugnis nicht völlig entäußern* […]. *(123)* […] *Die in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung entwickelte, am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ausgerichtete Stufentheorie* […] *kann entsprechend herangezogen werden* […]. *Einschneidende* […] *Vorschriften über die Ausübung des Berufs sind auch hier dem Gesetzgeber zumindest in den Grundzügen vorzubehalten*».

una lacuna per l'ordinamento tedesco. La distribuzione delle competenze legislative tra il livello federale e i *Länder* riduce la necessità di un intervento centrale su molte materie[68]. La collaborazione tra Governo e Parlamento si esplica attraverso una programmazione congiunta dell'attività legislativa, evitando così il ricorso a strumenti di urgenza analoghi al decreto-legge presenti in altri ordinamenti[69].

Un ulteriore contrappeso è rappresentato dal *Bundesrat*, la Camera che rappresenta gli esecutivi dei *Länder*. Questo organo esercita un controllo tecnico sulle leggi federali e contribuisce alla formazione legislativa da un punto di vista "amministrativo"[70], rafforzando la cooperazione tra il livello centrale e statale e riducendo la necessità di meccanismi normativi emergenziali.

Infine, la *Grundgesetz* sancisce princìpi volti a garantire la certezza del diritto e la tutela delle libertà fondamentali. Oltre al già citato art. 19, viene qui in rilievo l'art. 103 *GG* che, nel vietare la retroattività delle leggi penali sfavorevoli, assicura la prevedibilità delle norme e il rispetto del principio di legalità[71].

3. *Le modalità di intervento del* Bundesregierung *nel procedimento legislativo: le modalità ordinarie e le modalità straordinarie.*

Tenuto conto, quindi, sia dei trascorsi storici che dei princìpi costituzionali di cui sopra, l'attuale sistema costituzionale dell'ordinamento tedesco consente certamente al Governo di esercitare un ruolo da co-protagonista nell'attività normativa nel suo insieme[72], secondo due tipologie di partecipazione: ordinaria e straordinaria[73]. Forme di partecipazione afferenti al primo tipo sono quelle caratteristiche di un organo esecutivo nell'esercizio dell'attività legislativa parlamentare: l'iniziativa legislativa (art. 76 *GG*), i poteri di definizione dei lavori parlamentari[74], la facoltà di ricorrere alla questione di fiducia[75] e di utilizzare i cc.dd. poteri

---

[68] Cfr. A. DE PETRIS, *Il principio cooperativo come elemento ispiratore del federalismo tedesco: un* Sonderweg *irripetibile o un modello da cui trarre insegnamenti?*, in *Ist. fed.*, 2, 2018, pp. 431 ss.

[69] P. LAUVAUX, *Les grandes démocraties contemporaines*, III ed., PUF, Parigi, 2004, pp. 719 ss.

[70] V. D. SCHEFOLD, *cit.*, p. 206.

[71] Per approfondire l'importanza dell'art. 103 *GG* nell'ordinamento costituzionale tedesco, si veda M. KUHLI, *Das Völkerstrafgesetzbuch und das Verbot dedr Strafbegründung durch Gewohneitsrecht. Zur Frage der Zulässigkeit von strafgesetzlichen Verweisungen auf Völkergewohnheitsrecht im Hinblick auf das Verbot der Strafbegründung durch Gewohneitsrecht nach Artikel 103 Absartz 2 des Grundgesetzes*, Duncker & Humblot, Berlino, 2010.

[72] Si veda, in particolare, U. SIEBERER, *Agenda Setting in the German Bundestag: a Weak Government in a Consensus Democracy*, in *German Politics*, 15, 2006, pp. 49 ss.

[73] Le due categorie di partecipazione governativa all'attività normativa in Germania sono individuate da R. TARCHI - A. GATTI, *Il potere normativo del governo federale nell'ordinamento costituzionale della Germania*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3, 2018, pp. 9-10.

[74] Cfr. H. DÖRING, *Worauf gründet sich die Agenda-Setzer-Macht der Regierung? Theoretische und vergleichende Perspektiven auf den deutschen Fall*, in S. GANGHOF - P. MANOW (a cura di), *Mechanismen der Politik*, MPIgF Verl, Francoforte sul Meno, 2005.

[75] Di fatto, sia per la diversa disciplina costituzionale, sia per la prassi inter-istituzionale invalsa in Germania, la questione di fiducia è rimasta uno strumento molto poco utilizzato: appena 6 volte dall'entrata in vigore della *GG* a oggi. Nello specifico, è stata posta da Willy Brandt nel 1972; da Helmut Schmidt nel febbraio 1982; da Helmut Kohl nel dicembre dello stesso anno; da Gerhard Schröder nel 2001 e nel 2005; da ultimo, il 16 dicembre 2024, e il suo respingimento abbia portato alla definitiva caduta del Governo Scholz e alle elezioni anticipate del 23 febbraio 2025.

di nulla osta[76].

Più interessanti ai fini dell'analisi del potere di decretazione di urgenza del *Bundesregierung* sono le forme di partecipazione straordinaria alla funzione legislativa, che alterano il normale rapporto esecutivo-legislativo. I principali istituti che vengono in rilievo sono astraibili in quattro categorie.

Innanzitutto, vengono in rilievo le situazioni introdotte nel *Grundgesetz* nel 1968 dalle cc.dd. leggi sullo stato di emergenza, ovverosia lo stato di tensione, lo stato di difesa e lo stato di calamità; i primi due, in particolare, corrispondono a crescenti livelli di emergenza – cui fa riflesso una progressiva incisività degli strumenti attribuiti al Governo per farvi fronte.

In secondo luogo emergono quelle disposizioni che contribuiscono a razionalizzare il parlamentarismo tedesco, con particolare riferimento alla situazione in cui si verifichi un cortocircuito delle relazioni Governo-Parlamento nell'ambito del rapporto fiduciario, e pure si renda necessaria l'approvazione di determinate misure di provenienza governativa (c.d. stato di emergenza legislativa).

Terza specie di alterazione della separazione dei poteri "classica" si ha in alcuni strumenti "arcaici" e ormai completamente inutilizzabili, come l'art. 127 *GG*.

Infine, seppur con una collocazione diversa nello schema delle fonti rispetto alle precedenti, vi sono i succitati regolamenti normativi emanati dal Governo su delega parlamentare *ex* art. 81 *GG*.

3.1 *(segue): Stato di tensione (*Spannungsfall*), stato di difesa (*Verteidingungsfall*) e stato di calamità (*Katastrophenfall*).*

Originariamente non contemplati dal testo della *Grundgesetz*, lo stato di tensione, lo stato di difesa e lo stato di calamità sono stati inseriti nella Legge Fondamentale tedesca con la XVII legge di modifica del 24 giugno 1968 (BGBl. I 709), cc.dd. leggi sullo stato di emergenza (*Notstandgesetze*)[77].

Lo stato di tensione (*Spannungsfall*), previsto dall'art. 80a *GG*, corrisponde al primo livello di emergenza, ed è «*per così dire, una fase preliminare rispetto allo stato di difesa*»[78]. Lo stato di tensione non è definito dalla legge, né è mai stato dichiarato nella storia della

[76] Ad esempio, il Governo può apporre il proprio veto sui progetti di legge del *Bundesrat* che prevedano ulteriori spese nel bilancio o una riduzione delle entrate (art. 113 *GG*). Il veto è superabile, ma con notevoli aggravi procedurali e temporali.

[77] L'introduzione di disposizioni che, in virtù di uno stato emergenziale, derogassero alla separazione dei poteri e (almeno in parte) alla tutela dei diritti fondamentali fu questione molto discussa. Deliberatamente non inserite nella *Grundgesetz*, nonostante proposte in senso diverso fossero state avanzate nel corso dei lavori preparatori (v. M. SCHNEIDER, *Der Konflikt um die Notstandgesetze*, in *Gewerkschaftliche Monatshefte*, 8, 1986, p. 482), i primi progetti in questa direzione sono state avanzate già a metà anni '50 dal Ministro dell'Interno Gerhard Schröder. Fu tuttavia necessario un governo di grande coalizione tra CDU/CSU e SPD per portare all'approvazione della c.d. Bozza *Lücke* (Ministro dell'Interno nel periodo immediatamente antecedente alla riforma, che avvenne invece nel dicastero di Benda), nel 1968. Nonostante l'ampio consenso politico, la riforma fu circondata da ampio dibattito dentro e fuori le aule parlamentari, e persino da intense proteste: il timore di un ritorno al regime autoritario e di una seconda *Ermächtigungsgesetz* portò al consolidamento di un vasto fronte di contestazione, che prese il nome di Opposizione Extraparlamentare (*Außerparlamentarische Opposition*).

[78] DEUTSCHER BUNDESTAG – WISSENSCHAFTLICHE DIENSTE. Sachstand WD3 – 3000 – 064/23, p. 10: «*Gewissermaßen als Vorstufe zum Verteidigungsfall enthält das Grundgesetz auch Vorschriften zum Spannungsfall*».

Germania federale. Il presupposto per la sua determinazione è una situazione di tensione: una «*grave situazione di conflitto in politica estera* [… tale da] *rendere probabile un attacco armato contro il territorio federale e imporre un innalzamento della prontezza alla difesa*»[79]. Lo *Spannungsfall* deve essere dichiarato dal *Bundestag* a maggioranza dei 2/3, su proposta del Governo federale o del *Bundestag* stesso, e cessa con voto a maggioranza semplice della stessa camera alla venuta meno dei presupposti che lo hanno determinato.

Tra i provvedimenti che possono essere adottati a seguito della dichiarazione dello stato di tensione (richiamo alle armi, divieto di abbandono degli obblighi di servizio, restrizione della libertà di occupazione, norme che disciplinano l'uso delle forze armate, ecc.), è previsto che il Governo possa adottare atti di regolazione giuridica (*Rechtsvorschriften*), ma col consenso preventivo o immediatamente successivo della maggioranza assoluta del *Bundestag*.

Passo logicamente successivo in caso di aumento di gravità della situazione che ha portato allo stato di tensione è la dichiarazione dello stato di difesa (*Verteidigungsfall*), diffusamente disciplinato dagli artt. 115a ss. *GG*[80]. Questo può essere dichiarato su istanza del Governo federale e con voto favorevole dei 2/3 del *Bundestag* e con parere favorevole dei 2/3 del *Bundesrat*.

Requisito per la dichiarazione è «*l'accertamento che il territorio federale è aggredito con la forza delle armi o che un tale aggressione è imminente*» (art. 115a c. 1°, *GG*)[81]. Nel caso in cui il *Bundestag* non sia in grado di deliberare tempestivamente o non raggiunga il *quorum* necessario, la verifica dei presupposti per la dichiarazione può essere effettuato da un organo misto, costituito da membri del *Bundestag* e del *Bundesrat*, la Commissione Comune (*Gemeinsamer Ausschuß*). Qualora l'aggressione armata sia già in corso, lo stato di difesa si considera automaticamente attivato, senza necessità di una deliberazione formale.

Una volta proclamato tale stato, o nel caso in cui la situazione si verifichi di fatto, la Federazione acquisisce competenze legislative anche in ambiti normalmente riservati ai *Länder*, come previsto dall'art. 115c c. 3°, *GG*[82]. A ciò si aggiungono notevoli semplificazioni del procedimento legislativo: segnatamente, le proposte di legge ritenute urgenti dal Governo debbono essere immediatamente esaminate da entrambe le Camere oppure, in caso di urgenza particolare, sottoposte alla Commissione Comune per l'approvazione.

Sebbene la proclamazione del *Verteidigungsfall* non comporti un ampliamento dei poteri normativi del Governo sotto il profilo contenutistico, essa determina comunque un significativo rafforzamento della sua capacità operativa e decisionale. Siffatto potenziamento si manifesta su tre piani principali: *a*) sotto il profilo amministrativo, il Governo, previa informazione al Parlamento, può impiegare la polizia federale su tutto il territorio nazionale,

---

[79] T. HOPPE - H. RISSE, in J. DIETRICH *et al.* (a cura di), *Handbuch Sicherheits- und Staatsschutzrecht*, Beck, Monaco di Baviera, 2022, § 3 Rn. 70.

[80] Per una analisi specifica delle disposizioni della *GG* in materia, cfr. A. HOPFLAUF, *Kommentierung der Art. 115a-115l GG*, in B. SCHMIDT-BLEIBTREU *et al.*, *Kommentar zum Grundgesetz*, XVI ed., Heymanns, Colonia, 2025.

[81] cfr. R. TARCHI - A. GATTI, *cit.*, p. 15: «*controversa, ma apertamente discussa, è la possibilità (non ancora verificatasi) di arrivare a considerare un attacco terroristico come aggressione di una potenza ostile e, in tal modo, di attivare le procedure del* Verteidigungsfall». V. anche R. Arnold, *Die Diskussion über das neue Weißbuch: Verteidigugnsfall auch bei Terroranschlägen?*, in *Recht und Politik*, 42, 3, 2006.

[82] v. art. 115c c. 3°, *GG*: «[...] *kann für den Verteidigungsfall durch Bundesgesetz mit Zustimmung des Bundesrates die Verwaltung und das Finanzwesen des Bundes und der Länder abweichend von den Abschnitten VIII, VIIIa und X geregelt werden* [...]».

assumere il controllo diretto delle forze di polizia dei *Länder* e impartire istruzioni ai governi dei *Länder* e ad altre autorità statali, in conformità all'art. 115f c. 1°, *GG*[83]. *b*) Sul piano militare, l'art. 115b *GG*[84] prevede che il Cancelliere assuma il comando supremo delle forze armate, sostituendosi in tale funzione al Ministro della Difesa. Infine *c*), sotto il profilo legislativo, l'art. 115d *GG*[85] introduce una procedura di urgenza che deroga a quella ordinaria prevista dagli artt. 76, 77, 78 e 82. Le proposte di legge qualificate come urgenti dal Governo debbono essere trasmesse contestualmente al *Bundestag* e al *Bundesrat*, affinché vengano esaminate in tempi strettamente contingentati. Qualora la situazione lo richieda, la Commissione Comune – previamente istituita – può deliberare, con una maggioranza dei 2/3, di assumere integralmente le funzioni legislative delle due Camere, configurandosi così come un vero e proprio Parlamento di emergenza, ai sensi dell'art. 115e *GG*[86].

L'emendazione alla *GG* del 1968 ha inserito anche le disposizioni di cui all'art. 35 *GG* sullo stato di calamità (*Katastrophenfall*). Tendenzialmente, ciascun *Land* disciplina autonomamente sullo stato di calamità interno[87], e solo qualora il mantenimento della pubblica sicurezza o dell'ordine pubblico lo renda necessario può chiedere l'intervento di uomini e mezzi della polizia federale o di un altro *Land*, oltreché delle forze armate[88].

Più rilevante in questa sede è però il caso di una calamità naturale che riguardi il territorio di più di un *Land*: in questo caso il Governo federale può, nella misura in cui ciò sia necessario, ordinare ai governi dei singoli *Länder* di mettere a disposizione le proprie forze di polizia, disporre l'intervento della polizia federale e delle forze armate. Tali provvedimenti del *Bundesregierung*, tuttavia, debbono essere revocati immediatamente qualora lo richieda il *Bundesrat*, e comunque senza ritardo una volta rientrata la situazione di pericolo[89].

Formalmente, tuttavia, nemmeno questa disposizione è mai stata attivata nella sua

---

[83] v. art. 115f, *GG*: «*Die Bundesregierung kann im Verteidigungsfalle, soweit es die Verhältnisse erfordern* [...] *außer der Bundesverwaltung auch den Landesregierungen und, wenn sie es für dringlich erachtet, den Landesbehörden Weisungen erteilen* [...]».

[84] v. art. 115b, *GG*: «*Mit der Verkündung des Verteidigungsfalles geht die Befehls- und Kommandogewalt über die Streitkräfte auf den Bundeskanzler über*».

[85] v. in particolare l'art. 115d c. 2°, *GG*: «*Gesetzesvorlangen der Bundesregierung, die sie als dringlich bezeichnet, sind gleichzeitig mit der Einbringung beim Bundestage dem Bundesrate zuzuleiten. Bundestag und Bundesrat beraten diese vorlagen unverzüglich gemeinsam. Soweit zu einem Gesetze die Zustimmung des Bundesrates erforderlich ist, bedarf es zum Zustandekommen des Gesetzes der Zustimmung der Mehrheit seiner Stimmen. Das Nähere regelt eine Geschäftsordnung, die vom Bundestage beschlossen wird und Zustimmung des Bundesrates bedarf*».

[86] v. art. 115e c. 1°, *GG*: « *Stelt der Gemeinsame Ausschuß im Verteidigungsfalle mit einer Mehrheiut von zwei Dritteln der abgegebenen Stimmen, mindestens mit der Mehrheit seiner Mitglieder fest, daß dem rechtzeitigen Zusammentritt des Bundestages unüberwindliche Hindernisse entgegenstehen oder daß dieser nicht beschlußfähig ist, so hat der Gemeinsame Ausschuß die Stellung von Bundestag und Bundesrat und nimmt deren Rechte einheitlich wahr*».

[87] DEUTSCHER BUNDESTAG – WISSENSCHAFTLICHE DIENSTE. Sachstand WD3 – 3000 – 112/22: «*Katastrophenschutz in den Bundesländern. Struktur und Organisation*».

[88] v. art. 35 c.. 2°, *GG*: «*Zum Aufrechterhaltung oder Wiederhestellung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung kann ein Land in Fällen von besonderer Kräfte und Einrichtungen des Bundesgrenzschutzes zur Unterstützung seiner Polizei anfordern* [...]. *Zur Hilfe bei einer Naturakatastrophe oder bei einem besonder schweren Unglücksfall kann ein Land Polizeikräfte anderer Länder, Kräfte und Einrichtungen anderer Verwaltungen sowie* […] *der Streitkräfte anfordern*».

[89] v. art. 35 c. 3°, *GG*: «*Gefährdet die Naturkatastrophe* [...] *das Gebiet mehr als eines Landes* [...] *den Landesregierungen die Wiesung erteilen, Polizeikräfte anderen Ländern zur Verfügung zu stellen, sowie Einheiten des Bundesgrenzschutzes und der Streitkräfte zur Unterstützung der Polizeikräfte einsetzen. Maßnahmen der Bundesregierung* [...] *sind jederzeit auf Verlangen des Bundesrates, im übrigen unverzüglich nach Beseitigung der Gefahr aufzuheben*».

interezza, nel senso tecnico di una dichiarazione di *Katastrophenfall* a livello inter-*Länder* col conseguente intervento coordinato delle forze federali sotto questo specifico articolo[90].

3.2. *(segue) Lo stato di emergenza legislativa (*Gesetzgebungsnotstand*) e il desueto art. 127 GG*

Vi è poi lo stato di emergenza legislativa (*Gesetzgebungsnotstand*), disciplinato dall'art. 81 *GG*. Questo è configurabile come una eccezione al procedimento legislativo ordinario, attraverso cui il Governo può ottenere l'approvazione di un provvedimento legislativo senza il consenso del *Bundestag*.

La condizione di partenza perché possa entrare in funzione questo meccanismo è la mancata approvazione di una questione di fiducia *ex* art. 68 *GG*. In questo caso, si aprono tendenzialmente due strade per l'ordinamento tedesco: (i) il Presidente Federale può, su proposta del Cancelliere, sciogliere il *Bundestag* entro 21 giorni; (ii) questo potere viene però meno qualora il *Bundestag* elegga, a maggioranza dei suoi membri, un altro Cancelliere[91]. Resta, però, un *caveat*: il Presidente Federale non ha il dovere di sciogliere le Camere, e il Governo sfiduciato può dunque rimanere nel suo ruolo qualora il *Bundestag* non produca un esecutivo alternativo.

In questa situazione, se il *Bundestag* non approva un progetto di legge dichiarato urgente dal Governo, quest'ultimo può chiedere al Presidente Federale di dichiarare, col parere favorevole del *Bundesrat*, lo stato di emergenza legislativa in relazione a quel provvedimento[92]. Se poi, nonostante la dichiarazione, il *Bundestag* respinga nuovamente il progetto di legge, o lo approvi modificandolo in maniera inaccettabile a parere del Governo, o ancora non voti il progetto entro quattro settimane dalla ripresentazione, la legge può essere

---

[90] In situazioni di emergenza in cui si sarebbe potuta attivare la disposizione costituzionale sul *Katastrophenfall*, come le gravi alluvioni del luglio 2021 in Renania-Palatinato e Renania Settentrionale-Vestfalia, o durante la pandemia da COVID-19, l'intervento delle autorità federali (in particolare della Polizia Federale) è avvenuto su richiesta dei *Länder*, senza una dichiarazione ufficiale di "*Katastrophenfall*" federale ai sensi dell'articolo in parola. La riluttanza ad attivare tale meccanismo riflette la forte sensibilità federalista dell'ordinamento tedesco, che tende a privilegiare la cooperazione tra Federazione e *Länder* rispetto a un accentramento emergenziale delle competenze.

[91] Cfr. testo dell'art. 68 c. 1°, *GG*: «*Finder ein Antrag des Bundeskanzlers, ihm das Vertrauen auszusprechen, nicht die Zustimmung der Mehrheit der Mitglieder des Bundestages, so kann der Bundespräsident auf Vorschlag des Bundeskanzlers binnen einundzwanzig Tagen den Bundestag auflösen. Das Recht zur Auflösung erlischt, sobald der Bundestag mit der Mehrheit seiner Mitglieder einen anderen Bundeskanzler wählt*». L'istituto, che appare uno dei più caratteristici dell'ordinamento costituzionale tedesco, ha avuto nei fatti una finalità più dissuasiva che pratica: difatti, è stato utilizzato solamente due volte (nel 1972 contro il Governo Brandt, senza successo; e con successo nel 1982 contro il Governo Schmidt, portando al governo il candidato cancelliere alternativo Kohl.

Sull'importanza dell'istituto della sfiducia costruttiva nella definizione e nella prassi dell'ordinamento giuridico tedesco, si v. G. SARTORI, *Ingegneria costituzionale comparata. Strutture, incentivi ed esiti*, Il Mulino, Bologna, 2013, pp. 120 ss., e S. FILIPPONE-THAULERO, *La "sfiducia costruttiva" nella Legge Fondamentale tedesca*, in *Rivista di studi politici internazionali*, 4, 1990, pp. 590-604.

[92] v. art. 81 c. 1°, *GG*: «*Wird im Falle des Artikels 68 der Bundestag nicht aufgelöst, so kann der Bundespräsident auf Antrag der Bundesregierung mit Zustimmung des Bundesrates für eine Gesetzesvorlage den Gesetzgebungsnotstand erklären, wenn der Bundestag sie ablehnt, obwohl die Bundesregierung sie als dringlich bezeichnet hat* […]».

definitivamente adottata con la sola approvazione del *Bundesrat*[93].

Nei sei mesi successivi, il Cancelliere può vedere parimenti approvato qualunque altro progetto di legge per il tramite dello stesso meccanismo. Tuttavia, decorso tale termine dalla prima dichiarazione dello stato di emergenza legislativa, non è ammessa una sua reiterazione durante la permanenza in carica del medesimo capo dell'esecutivo[94].

Dal testo della disposizione emerge chiaramente come il Cancelliere non assuma nemmeno in questo caso poteri formalmente legislativi, ma "soltanto" una influenza determinate sul processo normativo, in deroga al principio di centralità parlamentare. D'altronde, perfino in questa circostanza "estrema", il Governo necessita della continua approvazione di altri due organi che rappresentano l'unità della Repubblica Federale ai massimi livelli: il Presidente Federale e la Camera dei *Länder*.

L'istituto, nel parlamentarismo razionalizzato della Germania, funge così da clausola di salvaguardia per garantire la governabilità nei casi in cui l'assemblea rappresentativa non sia in grado di operare efficacemente: la *Grundgesetz* tutela sì la sovranità del *Bundestag*, ma solo fintantoché questo sia in grado di operare efficientemente; consente, invece, a una temporanea sospensione delle sue prerogative qualora siffatta efficienza venga meno (e si paralizzi, di conseguenza, l'intero impianto costituzionale).

Nonostante la sua previsione costituzionale, nemmeno questo strumento è mai stato attivato nella storia della Repubblica Federale, a riflettere la stabilità e l'efficienza complessiva del sistema parlamentare tedesco.

Per completezza di trattazione è poi opportuno accennare alla ormai desueta disposizione di cui all'art. 127 *GG*, che riflette la divisione della Germania in zone di occupazione nel periodo immediatamente precedente all'entrata in vigore della Legge Fondamentale. La norma consentiva al Governo di estendere ai *Länder* della ex zona di occupazione francese le disposizioni vigenti nella Bizona – l'unione delle zone americana e britannica istituita sin dal 1947 –, col solo consenso degli Stati federati interessati e senza coinvolgere il *Bundestag*[95].

La norma, che consentiva tale deroga al procedimento legislativo per l'anno successivo all'entrata in vigore della *Grundgesetz*, fu diffusamente utilizzata, e servì a facilitare l'unità giuridica nella neonata Repubblica Federale secondo una procedura semplificata[96]. Peraltro, resta una disposizione strettamente collegata alla situazione cogente e transitoria del periodo immediatamente post-bellico, e oggi può essere al più di interesse storico[97].

---

[93] v. art. 81 c. 2°, *GG*: «*Lehnt der Bundestag die Gesetzesvorlage nach Erklärung des Gesetzgebungsnotstandes erneut ab oder nimmt er sie in einer für die Bundesregierung als unannehmbar bezeichneten Fassung an, so gilt das Gesetz als zustande gekommen, soweit der Bundesrat ihm zustimmt. Das gleiche gilt, wenn die Vorlage vom Bundestage nich innerhalb von vier Wochen nach der erneuten Eibringung verabschiedet wird*».

[94] v. art. 81 c. 3°, *GG*: «*Während der Amtszeit eines Bundeskanzlers kann auch jede andere vom Bundestage abgelehnte Gezetzesvorlage innerhalb einer Frist von sechs Monaten nach der ersten Erklärung des Gesetzgebungsnotstandes* […] *verabschiedet werden. Nach Ablauf der Frist ist während der Amtszeit des gleichen Bundeskanzlers eine weitere Erklärung des Gesetzgebungsnotstandes unzulässig*».

[95] v. testo art. 127 *GG*: «*Die Bundesregierung kann mit Zustimmung der Regierungen der beteiligten Länder Recht der Verwaltung des Vereinigten Wirtschaftsgebietes* […], *innerhalb eines Jahres nach Verkündung dieses Grundgesetzes in den Ländern Baden, Groß-Berlin, Rheinland-Pfalz und Württemberg-Hohenzollern in Kraft setzen*».

[96] *BVerfGE* 7, 330.

[97] T. HUMMEL, *Erläuterungen zu Art. 122 GG*, in *Das Grundgesetz. Kommentar*, disponibile su https://das-grundgesetz.de/uebergangs-und-schlussbestimmungen/ .

3.3 (*segue*) *I regolamenti normativi (Rechtsverordnungen).*

Stante quindi la sostanziale inesistenza di un meccanismo di decretazione governativa di urgenza in Germania – perlomeno che dia luogo a fonti primarie –, l'esercizio principale del potere normativo da parte del *Bundesregierung* avviene attraverso l'emanazione dei succitati regolamenti normativi (*Rechtsverordnungen – RVO*), fondati su una delega legislativa conferita da una legge federale *ex* art. 80 *GG*[98]. Questi atti, pur avendo natura formalmente regolamentare, acquisiscono spesso una efficacia materiale paragonabile a quella legislativa; tuttavia, non assumono valore formale di legge[99].

La delega richiede una esplicita legge di autorizzazione parlamentare (*parlamentsgesetzliche Ermächtigung*), nel rispetto del menzionato principio dell'essenzialità. Inoltre, la legge di delega deve definire con sufficiente precisione «*contenuto, scopo e portata*» dell'autorizzazione[100]. Il *Bundesverfassungsgericht* ha interpretato questo requisito attraverso la c.d. teoria della prevedibilità (*Vorhersehbarkeitstheorie*): la delega è sufficientemente determinata solo se il contenuto del futuro *RVO* è prevedibile sulla base della legge di delega stessa[101]. La medesima disposizione indica tassativamente i soggetti delegabili: Governo Federale, Ministro Federale, Governo di un *Land*; nonché, il Parlamento di un *Land* (art. 80 c. 4°). È ammessa la subdelega, purché prevista esplicitamente dalla legge delega e attuata tramite un *RVO* del delegato originario.

Per la sua validità, il *RVO* deve inderogabilmente citare la propria base giuridica, ossia la legge delega. Tale requisito è cruciale per la certezza del diritto, per identificare la natura e i limiti del potere delegato e, soprattutto, per distinguere l'atto dalle leggi formali ai fini della tutela giurisdizionale; difatti, i *RVO* sono sindacabili dal giudice amministrativo[102], non dal

---

[98] Si sono proposte molte traduzioni in italiano del termine tedesco *Rechtsverordnungen*. Seguendo R. TARCHI, A. GATTI, *cit.*, si è qui scelto di adoperare la dicitura "regolamento normativo", per evidenziare la natura secondaria di tale fonte del diritto.

[99] Cfr. P. CARETTI - E. CHELI, *cit.*, p. 141: «*If we look at practical developments* […]*, the impression of absolute obstruction of the statutory instrument has to be corrected.* [… T]*he particular interpretation given by the German Constitutional Court to the dictates of art. 80* […] *involves the consolidation of a tendency in Constitutional Court decisions to attenuate the rigidity of the constitutional provision concerning delegated normative power. The initial attitude upholding the restrictive intent of the clear provisions contained in art. 80 subsequently came to be replaced by a more flexible position. In substance, the abstract criteria used in judging the fulfilment of all the requisites for the exercise of delegated power in accordance with the Constitution were abandoned in favour of a case by case evaluation of the actual problems tackled with each delegation statute*».

V. anche M. F. HARTWIG, *Le fonti secondarie nell'ordinamento giuridico della Repubblica Federale Tedesca*, in P. CARETTI - U. DE SIERVO (a cura di), *Potere regolamentare e strumenti di direzione dell'amministrazione. Profili comparatistici*, Il Mulino, Bologna, 1991, pp. 79-110.

[100] Art. 80 c. 1°, *GG*: «*Durch Gesetz können die Bundesregierung, ein Bundesminister oder die Landesregierungen ermächtigt werden, Rechtsverordnungen zu erlassen. Dabei müssen Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung im Gesetze bestimmt werden. Die Rechtsgrundlage ist in der Verordnung anzugeben. Ist durch Gesetz vorgesehen, daß eine Ermächtigung weiter übertragen werden kann, so bedarf es zur Übertragung der Ermächtigung einer Rechtsverordnung*».

[101] Cfr., *ex multis*, *BVerfGE*, 14, 245, *Rn.* 23: «[…] *daß die Voraussetzungen der Strafbarkeit und die Art der Strafe für den Bürger schon aus der Ermächtigung und nicht erst aus der auf sie gestützen Verordnung voraussehbar sind (Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG* […]».

[102] Come disciplinato dal § 47 *Verwaltungsgerichtsordnung*, il codice di procedura amministrativa tedesco: «*(1) Das Oberverwaltungsgericht entscheidet im Rahmen seiner Gerichtsbarkeit auf Antrag über die Gültigkeit: 1. von Satzungen* […]; *von anderen im Rang unter dem Landesgesetz stehenden Rechtsvorschriften, sofern das Landesrecht dies bestimmt. (2) Den Antrag kann jede natürliche oder juristische Person, die geltend macht, durch die Rechtsvorschrift oder deren Anwendung in ihren Rechten verletzt zu sein oder in absehbarer Zeit verletzt zu werden, sowie jede Behörde innerhalb eines Jahres nach Bekanntmachung der Rechtsvorschrift stellen. Er ist gegen die*

giudice ordinario.

Sotto il profilo sostanziale, il contenuto specifico dell'atto delegato è irrilevante a qualificarlo come *RVO*[103]. Tuttavia, sussistono dei limiti: il rispetto della gerarchia delle fonti; la prevalenza del diritto dell'Unione Europea; la conformità alla legge di autorizzazione; il principio di essenzialità. La conformità alla delega, comunque, non implica un obbligo per il delegato di esercitarla pienamente o entro termini specifici.

In alcune materie specifiche (poste, telecomunicazioni, ferrovie, ecc.), o quando l'esecuzione del *RVO* è affidata ai *Länder*, l'atto emanato dal Governo Federale o da un Ministro Federale deve essere approvato dal *Bundesrat*[104].

Sul piano della sindacabilità il *RVO*, pur essendo una fonte formalmente secondaria, è legge in senso materiale e vincola il giudice. La competenza per il controllo di validità, come si è detto, spetta al giudice amministrativo; tuttavia, un controllo da parte del *Bundesverfassungsgericht* resta indirettamente possibile[105].

4. *Conclusioni e profili di comparazione con il potere governativo di decretazione d'urgenza in Italia.*

L'analisi condotta mette in luce un dato tanto evidente quanto rilevante: l'ordinamento costituzionale della Repubblica Federale di Germania non contempla, né in via ordinaria né attraverso strumenti straordinari, un potere di decretazione di urgenza in capo al Governo assimilabile a quello previsto dall'art. 77 c. 2°, Cost. italiana. Tale assenza non è frutto di una lacuna normativa, bensì il risultato coerente di una precisa opzione costituzionale e politica, determinata da fattori storici, strutturali e culturali che rendono superfluo, se non addirittura incompatibile, l'impiego di strumenti normativi di urgenza di rango primario da parte dell'esecutivo.

La centralità attribuita al *Bundestag* nella funzione legislativa, sostenuta dalla riserva di

---

Körperschaft, Anstalt oder Stiftung zu richten, welche die Rechtsvorschrift erlassen hat. Das Oberverwaltungsgericht kann dem Land und anderen juristischen Personen des öffentlichen Rechts, deren Zuständigkeit durch die Rechtsvorschrift berührt wird, Gelegenheit zur Äußerung binnen einer zu bestimmenden Frist geben. § 65 Abs. 1 und 4 und § 66 sind entsprechend anzuwenden. […] *(5) Das Oberverwaltungsgericht entscheidet durch Urteil oder, wenn es eine mündliche Verhandlung nicht für erforderlich hält, durch Beschluß. Kommt das Oberverwaltungsgericht zu der Überzeugung, daß die Rechtsvorschrift ungültig ist, so erklärt es sie für unwirksam; in diesem Fall ist die Entscheidung allgemein verbindlich und die Entscheidungsformel vom Antragsgegner ebenso zu veröffentlichen wie die Rechtsvorschrift bekanntzumachen wäre. Für die Wirkung der Entscheidung gilt § 183 entsprechend.* […]».

[103] v. R. TARCHI - A. GATTI, *cit.*, p. 27. Cfr. anche P. STELKENS, H. J. BONK, M. SACHS (a cura di), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, Beck, Monaco di Baviera, 2014, § 35.

[104] v. art. 80 c°. 2, *GG*: «[...] *vorbehaltlich anderweitiger bundesgesetzlicher Regelung, Rechtsverordnungen der Bundesregierung oder eines Bundesministers über Grundsätze und Gebühren für die Benutzung der Einrichtungen des Postwesens und der Telekommunikation, über die Grundsätze der Erhebung des Entgelts für die Benutzung der Einrichtungen der Eisenbahnen des Bundes, über den Bau und Betrieb der Eisenbahnen, sowie Rechtsverordnungen auf Grund von Bundesgesetzen, die der Zustimmung des Bundesrates bedürfen oder die von den Ländern im Auftrage des Bundes oder als eigene Angelegenheit ausgeführt werden*».

[105] Ciò può avvenire tramite il controllo astratto di costituzionalità (*abstrakte Normenkontrolle*) o il ricorso costituzionale diretto (*Verfassungsbeschwerde*, *ex* art. 94, c. 4°a, *GG*: «[Das Bunderverfassungsgericht entscheidet …] *über Verfassungsbeschwerden, die von jedermann mit der Behauptung erhoben werden können, durch die öffentliche Gewalt in einem seiner Grundrechte oder in einem seiner in Artikel 20 Absatz 4, 33, 38, 101, 103 und 104 enthaltenen Rechte verletzt zu sein*»), esperibile dal cittadino previa esaurimento dei rimedi ordinari. La stessa ammissibilità della *Verfassungsbeschwerde* (esclusa per le leggi formali) conferma la natura secondaria del *RVO*.

legge parlamentare nelle materie in cui è presente e rafforzata ovunque dal principio dell'essenzialità, configura un assetto in cui le decisioni di maggiore rilievo giuridico e politico debbono essere prese all'interno del Parlamento. La rigida articolazione delle fonti e il ruolo del *Bundesverfassungsgericht* nel garantire la conformità degli atti alle prerogative costituzionali impediscono derive interpretative tali da legittimare un ampliamento surrettizio dei poteri governativi.

La differenza rispetto all'esperienza italiana è netta. In Italia, il decreto-legge è uno strumento ampiamente (ab)usato per legiferare in via preferenziale. Pur disciplinato formalmente dall'art. 77 Cost. come istituto di «*straordinari*[a …] *necessità e urgenza*», nella prassi si è trasformato in uno strumento di ordinaria produzione normativa, spesso in assenza dei presupposti richiesti dal dettato costituzionale. In Germania, un simile meccanismo non ha trovato spazio né sul piano giuridico, né su quello politico-culturale. L'esecutivo tedesco si rapporta con un Parlamento più compatto, specializzato e responsabile il che, insieme ai forti strumenti di razionalizzazione del parlamentarismo del Cancelliere, consentono alla maggioranza di Governo di approvare tempestivamente i provvedimenti ritenuti urgenti, senza dover ricorrere a strumenti di emergenza.

L'assenza di decretazione di urgenza è inoltre compensata da una serie di elementi istituzionali che rendono superflua la previsione di tale strumento. Il *Bundesrat*, composto da rappresentanti dei governi dei *Länder*, consente un raccordo permanente tra potere legislativo e potere esecutivo, rafforzando l'efficienza decisionale senza necessità di interventi straordinari. Il ruolo del Cancelliere, che gode di una posizione centrale nel "sottoinsieme" del parlamentarismo a cui dà il nome (il cancellierato, o *Kanzlerdemokratie*[106]), garantisce una stabilità politica e una capacità di indirizzo del Governo che non richiedono "scorciatoie" procedurali. La qual cosa si osserva anche con riguardo alla frequenza delle questioni di fiducia poste dal *Bundesregierung* su provvedimenti di suo interesse: appena sei in quasi ottant'anni. *A fortiori*, la prassi di utilizzo della sfiducia costruttiva è parimenti infrequente: appena due volte nello stesso lasso di tempo.

Ciò non significa certo che l'esecutivo tedesco non possa partecipare alla produzione normativa: al contrario, il Governo Federale esercita un ruolo importante, all'interno delle forme costituzionalmente tipizzate dalla *Grundgesetz*. L'iniziativa legislativa, la gestione dell'agenda parlamentare, la possibilità di avvalersi di strumenti di razionalizzazione della forma di governo parlamentare come la sfiducia costruttiva e la cooperazione con gli esecutivi e i *Länder* attraverso il *Bundesrat* delineano una gamma di strumenti che permette al Governo di influenzare la produzione normativa senza alterare l'equilibrio tra i poteri.

Persino lo strumento del regolamento normativo, che a un primo sguardo potrebbe ricordare il decreto legislativo di cui all'art. 76 Cost., se ne differenzia notevolmente sin dalla definizione. Si tratta, difatti, di atti formalmente e sostanzialmente secondari: formalmente, in quanto sono il prodotto di una legge di delega che attribuisce al Governo un potere regolamentare, non legislativo – e, a maggior ragione, non hanno forza di legge; sostanziale, perché debbono sempre rispettare, oltreché le indicazioni della legge di delega, i princìpi dell'essenzialità e di prevedibilità. È ben possibile che regolamenti normativi vadano a

[106] *Ex multis*, v. A. DOERING-MANTEUFFEL, *Strukturmerkmale der Kanzlerdemokratie*, in *Der Staat: Zeitschrift für Staatslehre und Verfassungsgeschichte, deutsches und europäisches öffentliches Recht*, 30, 1, 1991, pp. 1-18; più ampiamente, K. NICLAUß, *Kanzlerdemokratie: Regierungsführung von Konrad Adenauer bis Angela Merkel, Springer-Verlag*, Berlino, 2014.

regolare questioni di importanza centrale, ma mai con riguardo a diritti fondamentali o al quadro generale della materia – e, perdipiù, sempre *sub condicione*, dal momento che la legge ordinaria mantiene la possibilità di andare a disciplinare l'ambito[107].

La struttura federale tedesca, d'altro canto, assicura una distribuzione funzionale delle competenze legislative, riducendo il rischio di paralisi decisionale a livello centrale. Questo assetto si traduce anche in una minore pressione sul Governo Federale ad adottare interventi urgenti, poiché molte decisioni vengono assunte a livello dei *Länder*.

Infine, va evidenziato come la tenuta complessiva dell'ordinamento costituzionale tedesco e dei suoi meccanismi "ordinari" di legislazione sia testimoniata dall'inattivazione degli strumenti emergenziali pure previsti dalla *Grundgesetz*: lo stato di tensione e lo stato di difesa (comunque dipendenti da circostanze di politica estera), ma anche lo stato di emergenza legislativa. Questo dato empirico conferma che la forma di governo tedesca è in grado di garantire efficienza normativa senza dover derogare eccessivamente al principio della separazione dei poteri quanto agli atti che ciascun organo costituzionale ha il potere di adottare.

In conclusione, l'assenza di uno strumento formale di decretazione di urgenza in Germania non costituisce un vuoto istituzionale, bensì l'espressione di una cultura costituzionale fondata sulla cooperazione tra poteri, sulla razionalizzazione della forma di governo parlamentare e su una effettiva capacità funzionale degli organi legislativi. È proprio la differente qualità del circuito Governo-Parlamento, in Germania più collaborativo, razionale e coeso, che rende superfluo ciò che in Italia è invece divenuto un elemento strutturale del processo normativo ordinario.

[107] L'importanza dell'analisi dell'istituto della delega legislativa ai fini della comprensione dello stato di salute di un sistema parlamentare è tecnica da tempo nota: cfr. *Une étude de droit constitutionnel comparé. L'évolution récente du problème des délégations législatives*, C. SCHMITT, in P. GARRAUD (a cura di), *Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert*, Sirey, Parigi, 1938.

PRENDERE SUL SERIO LA COSTITUZIONE: IL *DECRETO-LEY* SPAGNOLO NELLA TEORIA E NELLA PRASSI

di Antonio Papaleo

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Alle origini del *real decreto-ley*: l'esperienza spagnola… – 3. (*segue*) … e il panorama comparato. – 4. L'articolo 86 della Costituzione del '78. – 4.1 Straordinaria e urgente necessità. – 4.2 I limiti materiali. – 4.3 Il controllo del *Congreso de los Diputados*. – 5. Uso e abuso del *real decreto-ley*: i *decretos-leyes omnibus*. – 6. I *decretos-leyes autonómicos* nella teoria… – 7. (*segue*) … e nella prassi. – 8. Osservazioni conclusive.

1. *Introduzione*

In linea con quello che attenta letteratura ha definito "costituzionalismo derivato"[108], anche la nuova Costituzione spagnola del 1978 (di qui in poi anche *Constitución* o CE) si ispira alle costituzioni preesistenti e, in particolare, a quelle del Secondo dopoguerra. Invero, diversi sono i commentatori della nuova *Constitución* che ammettono pacificamente l'influenza che su questa hanno esercitato la Costituzione italiana del 1948 (d'ora innanzi, CI), quella francese del 1958 e la Legge fondamentale di Bonn del 1949[109].

In particolar modo, è stato spesso sottolineato che l'influenza della CI sarebbe particolarmente evidente – tra le altre cose – con riferimento ai poteri normativi attribuiti, in via del tutto eccezionale, all'Esecutivo[110]. Infatti, così come la CI affianca alla legge in senso formale il decreto-legge e il decreto legislativo delegato[111], in modo speculare la Costituzione spagnola del '78 introduce, tra le altri fonti del diritto riconosciute dall'ordinamento, il *decreto-ley* e la *legislación delegada*[112]. Si tratta, in entrambi gli ordinamenti, di atti normativi del Governo aventi forza di legge, nei confronti dei quali il Parlamento (le Camere in Italia o le *Cortes Generales* in Spagna) esercita un controllo preventivo (in caso di decreto legislativo delegato o *legislación delegada*) o successivo (in caso di decreto-legge o *decreto-ley*).

Oggetto di questa analisi – è bene precisare – è il solo *decreto-ley* la cui disciplina costituzionale (di cui all'art. 86 CE) ha un'origine piuttosto peculiare.

Nel panorama comparato precedente all'entrata in vigore della *Constitución*, infatti, la figura del decreto-legge (o meglio, della decretazione d'urgenza di rango equiparato alla

---

[108] In generale, sul concetto di costituzionalismo derivato, v. D. LÖWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, Editorial Ariel, Barcellona, 1965, p. 209 ss. Sul costituzionalismo derivato spagnolo, v. L. PALMA, *Le Costituzioni dei popoli liberi*, UTET, Torino, 1894, p. 155; F. PIERANDREI, *La Costituzione spagnola del 9 dicembre 1931 e l'evoluzione costituzionale della Spagna*, in ID., *Scritti di diritto costituzionale*, vol. III, Giappichelli, Torino, 1964, p. 308; J. FERRANDO BADÍA, *La Constitución española de 1812 y el congreso de Verona*, in AA.VV., *Studi in onore di P. Biscaretti di Ruffìa*, vol. I, Giuffrè, Milano, p. 359 e 365 ss; E. PALICI DI SUNI, *La regola e l'eccezione. Istituzioni parlamentari e potestà normative dell'esecutivo*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 56.

[109] V., *ex multis*, S. VARELA, *La Constitución española en el marco del Derecho constitucional comparado*, in T-R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Lecturas sobre la C.E.*, UNED, Madrid, 1978, p. 13 ss; G. LOMBARDI, *La nuova Costituzione di Spagna*, Giappichelli, Torino, 1979, p. 112 ss; M.B. GARCÍA ALVAREZ, *La Constitución española de 1978 el derecho constitucional europeo. Influencias y paralelismos*, in AA.VV., *Studi in onore di P. Biscaretti di Ruffia*, cit., p. 581 ss.

[110] Per tutti, E. PALICI DI SUNI, *La regola e l'eccezione*, cit., p. 57.

[111] Artt. 76 e 77 Cost. italiana.

[112] Alla legislazione delegata sono dedicati gli artt. da 82 a 85 Cost. spagnola mentre al *decreto-ley* è dedicato l'art. 86 Cost. spagnola.

legge) era già nota[113]. Nondimeno, attribuire al Costituente spagnolo il ruolo di mero imitatore della disciplina prevista da altre costituzioni sarebbe riduttivo, oltre che scorretto. Bisogna ricordare, infatti, che lo strumento del decreto-legge non è estraneo all'ordinamento spagnolo e che, anzi, è stato utilizzato in Spagna fin dal XIX secolo[114].

Proprio sulla base di questa esperienza – e delle prassi abusive che nel tempo si erano realizzate –, il Costituente del 1978 ha introdotto una disciplina particolarmente rigorosa con la quale ha cercato di limitare la possibilità, per il Governo, di ricorrere allo strumento del *decreto-ley*[115].

Su questa premessa si inserisce la presente analisi che ha come obiettivo principale quello di verificare se i limiti e i controlli particolarmente stringenti posti dalla *Constitución* per l'adozione di *decretos-leyes* (*law in the books*) sono nella pratica concretamente rispettati (*law in action*). L'analisi che verifica la corrispondenza tra *law in the books* e *law in action* relativa al *decreto-ley* "statale" (di qui in poi, *real decreto-ley*[116]), naturalmente, verrà affiancata dall'esame della normativa e della prassi dei cd. *decretos-leyes autonómicos*, decreti-legge propri delle *Comunidades autonómas* (d'ora innanzi, anche CCAA), parte del sistema delle fonti dell'ordinamento spagnolo dal 2006. Infatti, proprio perché questi decreti-legge "autonomici" riprendono – con minime differenze – la disciplina statale di cui all'art. 86 CE, sarà interessante verificare se le pratiche abusive che si sono manifestate a livello statale si siano riprodotte anche a livello decentrato.

Ebbene, per verificare il rispetto *in action* dei limiti previsti *in the books*, la trattazione procederà in questo modo. Dopo una necessaria introduzione di carattere storico-comparativo circa le origini del *real decreto-ley* finalizzata a lumeggiare l'originalità del testo della *Constitución* (par. 2 e 3), si procederà a descrivere il quadro normativo di riferimento, ossia l'art. 86 CE e la relativa giurisprudenza (par. 4). In seguito, l'analisi dell'uso concreto (dal 1978 al 2023) di questo strumento fungerà da cartina al tornasole per appurare se, nella prassi, si siano verificate quelle pratiche abusive – tanto dal punto di vista quantitativo quanto qualitativo – che il Costituente voleva evitare (par. 5). La struttura così riportata verrà riprodotta in modo speculare per quanto riguarda l'ordinamento decentrato e, quindi, il *decreto-ley autonómico* (par. 6 e 7). Infine, si proporranno alcune brevi osservazioni conclusive (par. 8).

2. *Alle origini del* real decreto-ley: *l'esperienza spagnola…*

Nel costituzionalismo spagnolo, le prime tracce di decreto-legge si rinvengono a partire dal XIX secolo[117]: i primi decreti-legge, infatti, vennero utilizzati dal Governo provvisorio

[113] Il riferimento è agli strumenti previsti, ad esempio, dalle costituzioni di Austria (1929), Danimarca (1953), Grecia (1975), Italia (1948) e Portogallo (1976). A queste si sono aggiunte, nel 1991, la Costituzione slovena e quella romena. Nel 1992, infine, si è aggiunta l'Estonia. Per la trattazione delle prime, v. *infra*.

[114] *Infra*.

[115] L. PEGORARO – A. RINELLA, *Le fonti nel diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 81.

[116] Il termine "*real*" indica l'apposizione della sanzione del Re. Questa indicazione serve a distinguere il decreto-legge "statale", adottato dal Governo spagnolo centrale e, appunto, sanzionato dal Re dai cd. *decretos-leyes autonómicos*, adottati dagli esecutivi delle *Comunidades autonómas* e privi di sanzione regia.

[117] Per un'accurata ricostruzione storica del decreto-legge in Spagna, v. A. DÉ LA IGLESIA CHAMARRO, *El gobierno por decreto*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1997, p. 58 ss.

già durante la cd. Rivoluzione di settembre del 1868[118]. A testimonianza del largo utilizzo che di questi strumenti si fece, appare utile menzionare quantomeno la *Ley de 17 de julio de 1876*, con la quale si disponeva la convalida di più di settanta decreti-legge[119]. Si trattava, tuttavia, di decreti che si erano affermati per via di prassi e che venivano sanati dal Parlamento tramite gli strumenti di volta in volta disponibili e con decisioni a posteriori, secondo uno schema simile ai cd. *bill of indemnity* inglesi.

Solo in seguito – e cioè con l'adozione della Costituzione del 1876 – la possibilità per il Governo spagnolo di adottare provvedimenti legislativi provvisori trovò un primo, timido, riconoscimento. L'art. 17 della Costituzione del 1876, ispirandosi all'art. 50 della Costituzione prussiana del 1851 e, verosimilmente, alla prassi maturata in Italia a seguito dell'entrata in vigore dello Statuto Albertino[120], riconosceva espressamente al Governo il potere di provvedere in casi di urgenza. In particolare, qualora le Camere non fossero riunite, il Governo spagnolo poteva decretare, sotto la propria responsabilità e solo in casi gravi e urgenti, la sospensione di alcune garanzie individuali, sottoponendo il prima possibile tale decisione alle Camere.

Il termine *decreto-ley*, tuttavia, viene utilizzato nel senso "moderno" del termine per la prima volta nella storia spagnola solo a seguito del colpo di stato di Primo de Rivera, il 15 settembre 1923. Dopo aver ordinato la sospensione dell'ordine costituzionale e lo scioglimento delle Camere, l'art. 1 del *Real Decreto de 15 de septiembre de 1923* attribuiva al dittatore, Presidente del *Directorio militar*, la possibilità di proporre al Re, qualora necessari per la tutela della *salud pública*, *decretos* con forza di legge, validi a partire dal giorno stesso della loro pubblicazione (sul *Diario Oficial* con il nome, appunto, di *decretos-leyes*) e non modificabili dalle *Cortes*[121]. Ammesso in questi termini, l'istituto del decreto-legge si è imposto, durante la dittatura (1923-1931), come strumento legislativo abituale (se non addirittura ordinario[122]), privo di limiti o controlli. Proprio tramite decreti-legge, infatti, è stata istituita, nel periodo considerato, la legge marziale; è stata imposta la censura; e, infine, sono stati messi al bando tutti i partiti politici[123].

A seguito delle dimissioni di Rivera, la Costituzione repubblicana del 1931 aveva proceduto a disciplinare in modo – apparentemente – più rigoroso la «decretación legislativa por motivos de urgencia»[124]: l'art. 80 di detta Costituzione consentiva al Presidente di provvedere con decreto, infatti, solo nel rispetto di alcuni limiti procedurali e sostanziali. Quanto ai primi, si stabiliva che i decreti-legge potessero essere adottati dal Presidente *a)* su proposta e previo consenso unanime del Governo e *b)* con l'appoggio di due terzi della cd.

---

[118] Sul punto, v. A. DÉ LA IGLESIA CHAMARRO, *Revolución de 1868, Gobierno por Decreto y orígenes de la convalidación parlamentaria e los Decretos-leyes*, in *Rev. der. político*, 55-56, 2002, p. 414.

[119] I. ASARLOA HUARE-MENDICOA, *Teoria y practica del decreto-ley en el ordenamiento español*, in *Rev. adm. públ.*, 106, 1985, p. 99, n. 2.

[120] E. PALICI DI SUNI, *La regola e l'eccezione*, cit., p. 54.

[121] A. DÉ LA IGLESIA CHAMARRO, *El gobierno por decreto,* cit., p. 83 ss.

[122] Parte della letteratura si spinge ad affermare che, durante il periodo della dittatura di Primo di Rivera, l'unico strumento legislativo utilizzato sia stato il decreto-legge. In questo senso, v. R. GÓMEZ-ACEBO SANTOS, *El ejercicio de la función legislativa por el Gobierno: Leyes delegadas y Decretos-Leyes*, in *Rev. adm. públ.*, 6, 1951, p. 117 ss.

[123] D. FIUMICELLI, *Dalla "urgenza nel provvedere" alla "opportunità/convenienza del provvedimento": la decretazione di urgenza tra origine storica, crisi economica e Corti costituzionali. Un confronto tra i casi di Italia e Spagna*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2, 2014, p. 16.

[124] A. DÉ LA IGLESIA CHAMARRO, *El gobierno por decreto,* cit., p. 100 ss; Sul punto, v. anche R. GÓMEZ-ACEBO SANTOS, *El ejercicio de la función legislativa por el Gobierno,* cit., p. 89 ss.

deputazione permanente[125]. Quanto, invece, ai limiti sostanziali, l'esercizio della funzione legislativa da parte del Governo si giustificava *a)* solo nel caso in cui il Congresso (la Camera bassa del Parlamento spagnolo) non fosse riunito e *b)* nei soli casi eccezionali in cui si rendesse necessaria una decisione urgente o qualora lo demandasse la difesa della Repubblica. Si disponeva, poi, che tali decreti avessero carattere solamente provvisorio: la loro validità, infatti, era limitata fino al momento in cui il Congresso non avesse provveduto o legiferato in materia. Inoltre, per completezza, giova ricordare che, sebbene non esplicitato dalla Costituzione, i *decretos-leyes* avevano la stessa forza di legge della legge formale e che, con la *Ley de 24 de junio de 1933*, si estese anche al decreto-legge il sindacato di legittimità costituzionale (art. 28).

Come si evince dalla formulazione particolarmente restrittiva dell'art. 80 dalla Costituzione del 1931, il decreto-legge nasce, nelle intenzioni dei Costituenti, per essere utilizzato solo in situazioni eccezionali di anormalità politica. Tuttavia, uno sguardo più attento alla prassi fa emergere, anche in questo periodo (cd. Seconda Repubblica spagnola), un ricorso alla decretazione d'urgenza particolarmente ampio prova, dunque, della mancata corrispondenza tra i limiti posti dall'art. 80 della Costituzione del '31 e quanto accadeva nella realtà.

A fronte di questo quadro normativo, la dittatura del Generale Franco (1939-1975) aveva proceduto prontamente ad ampliare la potestà normativa del Governo[126], riducendo le limitazioni al decreto-legge tramite la *Ley constitutiva de las Cortes de 17 de julio de 1942*. L'art. 13 di detta Legge, infatti, consentiva al Governo di legiferare su materie di competenza delle *Cortes* tramite *decretos-leyes* in caso di urgenza (o in caso di guerra). Quanto ai controlli, originariamente, la disposizione in questione richiedeva la presentazione del decreto-legge alle Camere per il relativo «estudio y elevación a Ley». Lungi dall'essere un controllo meramente formale, le *Cortes* in più occasioni non convalidarono i decreti-legge loro sottoposti. Per questo motivo, allora, nel 1946, il testo dell'art. 13 venne modificato, obbligando il Governo alla semplice comunicazione del decreto legge alle *Cortes*.

L'assenza di limiti materiali e di effettivi controlli da parte delle Camere permise, nel solo ventennio tra il 1943 al 1965, l'adozione di più di 600 decreti legge[127] e consentì alla letteratura di definire la decretazione d'urgenza la «più solida e frequente attività legislativa»[128], vera e propria «legislazione parallela»[129] dello stesso livello della legislazione formale delle *Cortes*.

L'uso massiccio che del decreto-legge si è fatto durante tutta la storia costituzionale spagnola e, in particolar modo, nel periodo franchista, non solo continuò nel periodo cd. di transizione (dalla morte di Franco alla Costituzione del 1978)[130] ma, necessariamente,

---

[125] Formata da un massimo di 21 deputati designati in modo proporzionale rispetto alle forze politiche presenti nel Congresso, la deputazione permanente era un organo destinato ad assicurare la continuità del Parlamento. Si v. I. ALÓS MARTÍN, *La Diputación permanente en la Constitución española*, in *Rev. Cortes Gen.*, 18, 1989, p. 7-65.

[126] Per una ricostruzione completa e dettagliata dell'utilizzo degli strumenti normativi da parte dell'esecutivo durante la dittatura di Franco, v. A. DÉ LA IGLESIA CHAMARRO, *El gobierno por decreto,* cit., p. 104 ss e J. SALAS, *Los decretos-leyes en el ordenamiento jurídico español. En torno a la urgencia*, in *Rev. adm. públ.*, 51, 1966, p. 41 ss.

[127] J. SALAS, *Los decretos-leyes en el ordenamiento jurídico español*, cit., p. 42 ss.

[128] J. GASCÓN HERNÁNDEZ, *Problemas actuales del Decreto-ley*, in *Rev. adm. públ.,* 51, 1966, p. 99.

[129] I. ASARLOA HUARE-MENDICOA, *Teoria y práctica del decreto-ley en el ordenamiento español,* cit., p. 101 ss e dottrina ivi richiamata.

[130] Nel periodo di transizione democratica, non deve stupire il largo ricorso al decreto-legge. Se sono stati adottati circa 120 decreti-legge dal 1975 al 1978 è perché sono stati utilizzati come strumento privilegiato per consentire alla

influenzò anche i Costituenti: lo strumento del decreto-legge era ed è così fortemente radicato nell'ordinamento e nella società spagnola che l'introduzione del *real decreto-ley* all'interno della nuova *Constitución* avvenne senza alcuna esitazione. Stando ai *trabajos constituyentes*, infatti, nessuna forza politica, né al Congresso né al Senato, mise in discussione la costituzionalizzazione della facoltà del Governo di emanare provvedimenti d'urgenza con forza di legge[131].

Pertanto, una volta riconosciuto in modo unanime che l'Esecutivo potesse adottare atti legislativi con forza di legge tramite *reales decretos-leyes*, il dibattito tra i Costituenti si era spostato sulle condizioni, sui limiti e sui controlli a cui questa facoltà doveva essere sottoposta (e ciò al fine di evitare le pratiche abusive precedenti)[132]. Dunque, proprio per evitare un uso eccessivo, discrezionale e incontrollato del decreto-legge, la nuova Costituzione spagnola disciplina in modo rigoroso la possibilità per il Governo di adottare *reales decretos-leyes*.

Anticipando quanto verrà approfondito nei paragrafi successivi, i caratteri essenziali della disciplina giuridica che la nuova Costituzione del '78 traccia per il *real decreto-ley* (art. 86 CE) possono essere riassunti nei seguenti tre "pilastri"[133]: il primo è l'esistenza, come *presupuesto habilitante* che legittima l'adozione del regio decreto-legge, di una condizione di necessità straordinaria e urgente; il secondo, invece, sono i limiti materiali; e il terzo, infine, è il meccanismo di controllo a cui i regi decreti-legge sono sottoposti.

Così facendo, la nuova *Constitución* del '78 accoglie e realizza quella particolare esigenza, sentita in tutti gli ordinamenti parlamentari[134], che consente al Governo di appropriarsi di una parte della funzione legislativa ma, allo stesso tempo, ne disciplina il ricorso in modo restrittivo[135].

3. *(segue) ... e il panorama comparato*

La disciplina del *real decreto-ley* appena richiamata consente alla nuova *Constitución* di collocarsi sullo scenario comparato a questa coevo tra quelle costituzioni europee che espressamente prevedono la figura del decreto-legge[136].

Spagna di transitare verso un regime democratico e pluralista. Sul punto, v. D. FIUMICELLI, *Dalla "urgenza nel provvedere" alla "opportunità/convenienza del provvedimento",* cit., p. 17.

[131] Secondo parte della letteratura, l'assenza di dibattito circa l'introduzione della figura del *real decreto-ley* in una costituzione, come quella spagnola del 1978, che riconosce la potestà legislativa in capo alle *Cortes* sarebbe un paradosso. Sul punto, v. I. ASARLOA HUARE-MENDICOA, *Teoria y práctica del decreto-ley en el ordenamiento español,* cit., p. 101. Sulla "gestazione" dell'art. 86 CE nelle *Cortes Constituyentes*, v. J. SALAS, *Los Decretos-leyes en la Constitución española de 1978*, Civitas, Madrid, 1979, p. 17 ss.

[132] J.C. DUQUE VILLANUEVA, *Artículo 86*, in M. RODRÍGUEZ–PIÑERO Y BRAVO FERRER – M.E. CASAS BAAMONDE (diretto da), *Comentarios a la Constitución Española*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018, p. 220.

[133] Di tre pilastri parla I. ASARLOA HUARE-MENDICOA, *Teoria y práctica del decreto-ley en el ordenamiento español,* cit., p. 103.

[134] Sul punto, v. E. CHELI, *L'ampliamento dei poteri normativi dell'esecutivo nei principali ordinamenti occidentali*, in *Riv. trim. dir. pubbl*., 2, 1959, p. 464.

[135] Di «reconocimiento» e «restricción» parla A.S. DE VEGA GARCÍA, *La cláusula "extraordinaria y urgente necesidad" del Decreto-ley en la jurisprudencia constitucional española*, in *Rev. estud. polit.*, 68, 1990, p. 254.

[136] L'art. 86 CE, naturalmente, consente di differenziare la nuova *Constitución* da quelle esperienze costituzionali più "distanti" che, pur non prevedendo lo strumento del decreto-legge, comunque disciplinano meccanismi alternativi che consentono – in modo più o meno ampio – al potere esecutivo la gestione delle situazioni di urgenza e/o di emergenza. Il riferimento è al tristemente famoso art. 48 della Costituzione di Weimar e dall'analogo art. 16 della Costituzione francese del '58, attributivi entrambi di ampi poteri al Presidente della Repubblica; allo stato di emergenza

Sarebbe scorretto, tuttavia, ridurre il ruolo del Costituente spagnolo a mero emulatore della disciplina che la nostra Costituzione – o altre – prevedono per la decretazione d'urgenza. A ben vedere, infatti, la *Constitución* presenta dei tratti di originalità che non si ritrovano nelle costituzioni dello stesso periodo perché propri del sistema politico-costituzionale spagnolo e ascrivibili, dunque, all'evoluzione storica che lo strumento del decreto-legge ha avuto in quel determinato ordinamento dalla Rivoluzione di settembre fino agli abusi delle dittature di Primo de Rivera e di Franco[137].

L'originalità di cui si parla si concretizza nei limiti – e nei controlli – particolarmente rigorosi che la *Constitución* prevede per l'adozione di *reales decretos-leyes* e che non si ritrovano in nessuna delle costituzioni a questa coeve[138]. Una breve analisi comparata tra l'art. 86 CE e le costituzioni che prevedevano il decreto-legge al momento dell'entrata in vigore della *Constitución* potrà chiarire meglio quanto detto.

La Costituzione portoghese (anche CP d'ora in poi) del 1976, all'articolo 115 (oggi 112), ricomprende, tra gli atti legislativi, le leggi e i *decretos-leis,* dotati dello stesso valore giuridico. La Costituzione lusitana, tuttavia, non prevede presupposti abilitanti preventivi, tassativi ed eccezionali al contrario di quanto fa quella spagnola. Il Governo portoghese, infatti, ai sensi dell'art. 201 (oggi 198) CP, può adottare decreti legge in tutte le materie che non sono riservate all'*Assembleia da República* e, inoltre, in tutti i casi in cui ciò serva a specificare i principi generali degli istituti giuridici contenuti nelle leggi. Oltre a questa differenza, occorre ricordare che, almeno nella sua formulazione originale, la Costituzione portoghese non prevedeva alcun limite materiale al decreto-legge, se non le materia riservate in modo assoluto all'Assemblea. Infine, contrariamente a quanto previsto in Spagna, l'ordinamento portoghese non prevede alcuno strumento di controllo per tutti quei decreti-legge emanati dal Governo nell'esercizio della competenza legislativa a sé riservata[139].

Più simili alla formulazione spagnola sono la Costituzione della Danimarca del 1953[140] e quella greca del 1975[141]. L'art. 86 CE, tuttavia, si discosta anche da queste due costituzioni perché più rigoroso: né in Danimarca né in Grecia è previsto un elenco di materie nelle quali provvedere con decreto è escluso come, invece, ha stabilito il Costituente spagnolo[142].

In prospettiva comparata, allora, il modello più simile al *real decreto-ley* spagnolo è costituito dall'art. 18 della Costituzione austriaca (così come modificata nel 1929): in entrambi gli ordinamenti, infatti, l'utilizzo del decreto-legge è contornato da stringenti limitazioni e strumenti di controllo. A ben vedere, però, le circostanze che fungono da presupposto per l'adozione di decreti-legge da parte dei rispettivi esecutivi sono diverse: in Austria, infatti, non solo è richiesto che l'adozione del provvedimento provvisorio sia

---

legislativa di cui all'art. 81 della Legge fondamentale di Bonn; e alle *ordonnances* di cui all'art. 38 della Costituzione francese.

[137] In questo senso si esprimono F. PÉREZ ROYO, *Las fuentes del derecho tributario en el nuevo Ordenamiento constitucional*, in AA.VV., *La hacienda pública en la Constitución español*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979; J.M. MARTÍN OVIEDO, *Tipología, Jerarquía y producción de las normas en la Constitución española*, in AA. VV., *La Constitución española y las fuentes del derecho*, vol. II, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979, p. 1293; J. A. GONZÁLES CASANOVA, *Teoría del Estado y derecho constitucional*, Vicens-Vives, Barcellona, 1980, p. 500 ss.

[138] *Supra*, nota 113.

[139] A. PANETTA, *Profili comparati dell'istituto del decreto legge. Rassegna di alcuni ordinamenti costituzionali europei*, in *Studi parlam.*, 55, 1982, p. 58 ss.

[140] Art. 21 (oggi 23) Cost. danese del 1953.

[141] Art. 44 Cost. greca del 1975.

[142] A. PANETTA, *Profili comparati dell'istituto del decreto legge*, cit., p. 54 ss

necessaria per evitare alla collettività un danno evidente e non altrimenti evitabile ma è altresì indispensabile che il Consiglio nazionale (la Camera bassa del Parlamento austriaco) non sia riunito o sia nell'impossibilità di farlo (art. 18 c. 3° Cost. austriaca)[143].

Come detto in precedenza, infine, è pacifico tra i commentatori della *Constitución* italiani e spagnoli che l'ordinamento risultato più influente nella redazione dell'art. 86 CE sia stato quello italiano. È ragionevole ritenere, infatti, che il Costituente spagnolo si sia ispirato alla figura del decreto-legge di cui all'art. 77 CI e alla relativa prassi attuativa. Tuttavia, ad un'indagine più approfondita, le somiglianze riscontrabili tra le formulazioni dell'art. 86 CE e dell'art. 77 CI si fermano al solo presupposto abilitante (interpretato, tra l'altro, in modo diverso dai rispettivi organi di giustizia costituzionale) mentre numerose sono le differenze[144]. Anche con riferimento all'ordinamento italiano, quindi, le misure particolarmente rigorose disposte dall'ordinamento spagnolo per l'adozione del *real decreto-ley* appaiono alquanto originali.

Emerge chiaramente, dunque, la novità del testo della *Constitución* di cui si rende necessaria, ora, un'analisi più approfondita.

4. *L'articolo 86 della Costituzione del '78*

La formulazione dell'art. 86 CE, che consta di tre commi, stabilisce condizioni particolarmente rigorose per l'adozione di un *real decreto-ley* e, allo stesso tempo, persuasivi meccanismi di controllo.

Dal testo[145], dunque, si evince chiaramente la volontà del Costituente di ridurre al minimo la possibilità, per il Governo, di utilizzare il regio decreto-legge[146], strumento eccezionale rispetto alla classica tripartizione dei poteri che veste il Parlamento – nel caso spagnolo le *Cortes Generales* ex art. 66, c. 2°, CE – della funzione legislativa.

L'art. 86 CE, come anticipato, disciplina l'istituto del *real decreto-ley* e, pertanto, si inserisce nel *Capítulo* II, intitolato «De la elaboración de las leyes», del Titolo III, dedicato alle *Cortes Generales*, della Costituzione spagnola. Ai sensi dell'art. 161 c. 1 lett. a CE il *decreto-ley* e il *decreto legislativo*, costituiscono le «disposiciones normativas con fuerza de ley» previste dall'ordinamento spagnolo[147].

---

[143] A. CARENA, *Il secondo rinnovo della costituzione austriaca,* in *Ann. sc. pol.,* 1 e 2, 1930, p. 95 ss.

[144] Sul punto, v. A.M. CARMONA CONTRERAS, *Il decreto-legge in Spagna tra Costituzione e prassi*, in A. SIMONCINI (a cura di), *L'emergenza infinita. La decretazione d'urgenza in Italia*, EUM, Macerata, 2006, p. 270 ss.

[145] Si riporta, per comodità, il testo dell'art. 86 CE: «1. En caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-leyes y que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al Derecho electoral general. 2. Los Decretos-leyes deberán ser inmediatamente sometidos a debate y votación de totalidad al Congreso de los Diputados, convocado al efecto si no estuviere reunido, en el plazo de los treinta días siguientes a su promulgación. El Congreso habrá de pronunciarse expresamente dentro de dicho plazo sobre su convalidación o derogación, para lo cual el Reglamento establecerá un procedimiento especial y sumario. 3. Durante el plazo establecido en el apartado anterior, las Cortes podrán tramitarlos como proyectos de ley por el procedimiento de urgencia».

[146] A. DÉ LA IGLESIA CHAMARRO, *El gobierno por decreto*, cit., p. 158.

[147] Sul *real decreto-ley* spagnolo, v. F. SALAS, *Los Decretos-leyes en la Constitución española de 1978*, cit., p. 25 ss e P. SANTOLAYA MACHETTI, *El régimen constitucional de los decretos-leyes*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 53 ss; F. BALAGUER CALLEJÓN (coord.), *Manual de Derecho Constitucional*, vol. I, Tecnos, Madrid, 2024, p. 186 ss.

Il *real decreto-ley* è dunque un atto legislativo provvisorio adottato, in caso di necessità straordinaria ed urgente, dall'Esecutivo[148] attraverso un procedimento distinto da quello legislativo ordinario. Il *real decreto-ley* è dotato della stessa forza attiva e passiva della legge[149] ma non della stessa capacità innovativa perché sottoposto ai limiti materiali di cui al c. 1° dell'art. 86 CE[150]. In altre parole, cioè, ci sono delle materie la cui disciplina non può essere dettata per regio decreto-legge[151]. Infine, il *real decreto-ley* è sottoposto al controllo successivo del Congresso dei Deputati che potrà, alternativamente, convalidarlo, non convalidarlo o "trasformarlo" in legge.

Data questa generale definizione, la trattazione del quadro normativo del *real decreto-ley* verrà divisa in tre parti, riproponendo i tre pilastri evidenziati della dottrina e su cui l'istituto si fonda.

4.1 *Straordinaria e urgente necessità*

Innanzitutto, risulta necessario chiarire cosa si intende per «caso de necesidad extraordinaria y urgente», circostanza di fatto – o, nelle parole della dottrina spagnola, «presupuesto habilitante» – che giustifica l'adozione di ogni *real decreto-ley*. Il Tribunale costituzionale ha ripetuto in modo costante[152] che la necessità di cui all'art. 86 c. 1° CE sia una necessità non assoluta[153] ma relativa[154], rispetto a situazioni che, per ragioni difficili da prevedere, richiedono un'azione legislativa immediata che non verrebbe garantita dal normale procedimento legislativo o del procedimento di urgenza[155]. Si nota, dunque, un'interpretazione particolarmente ampia e ben poco restrittiva del presupposto abilitante il cui apprezzamento, quindi, è rimesso alla discrezionalità del Governo che potrà utilizzare questo strumento tutte le volte in cui valuti necessario agire in modo immediato, purché le misure previste siano adeguate alle circostanze[156].

---

[148] L'art. 86 CE fa riferimento al «Gobierno». Ciò implica, pertanto, che la facoltà di adottare *reales decretos-leyes* spetta all'organo collegiale composto, ai sensi dell'art. 98 c. 1° CE, dal Presidente del Governo, dai Vicepresidenti, dai Ministri e dagli altri componenti del Governo previsti dalla legge.

[149] Il *real decreto-ley*, cioè, può modificare o abrogare fonti di rango legislativo e, allo stesso tempo, gode della stessa capacità di resistenza della legge formale.

[150] Come ha riconosciuto il Tribunale Costituzionale spagnolo con le SSTC 29/1982 del 31 maggio e 60/1986 del 20 maggio si tratta di disposizioni legislative provvisorie, proprie del Governo e che hanno lo stesso rango normativo della legge ma non la stessa natura.

[151] *Infra*.

[152] SSTC 6/1983 del 4 febbraio; 60/1986 del 20 maggio; 137/2003 del 3 luglio; 329/2005 del 15 dicembre.

[153] Per necessità assoluta, si intendono quelle situazioni nelle quali esiste un «peligro grave o inminente para el sistema constitucional, para el orden público, entendido como normal ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas y normal funcionamiento de los servicios públicos, o, en fin, para la vida colectiva». Così si esprime il *Tribunal Constitucional* nella STC 6/1983 del 4 febbraio e, analogamente, nella STC 60/1986 del 20 maggio.

[154] Per necessità relativa, nelle parole del *Tribunal*, si intendono «situaciones concretas de los objetivos gubernamentales, que, por razones difíciles de prever, requieren una acción normativa inmediata en el plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las leyes». V. SSTC 6/1983 del 4 febbraio e 111/1983 del 2 dicembre.

[155] Il cd. *procedimiento legislativo de urgencia* è regolato dagli artt. 93 e 94 del Regolamento del Congresso dei Deputati spagnolo e dagli artt. 133 a 136 del Regolamento del Senato. Sul punto, v. P. GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ, *El procedimiento legislativo en las Cortes Generales: regulación, fases y tipos*, in *Teor. real. const.*, 16, 2005, p. 228 ss.

[156] E. ÁLVAREZ CONDE – R. TUR AUSINA, *Derecho constitucional*, Tecnos, Madrid, II ed., 2012, p. 194 ss.

Se questo è vero, però, è altrettanto vero che il *Tribunal* ha evidenziato due componenti all'interno del presupposto abilitante: se da un lato, infatti, deve esistere una situazione di necessità straordinaria e urgente che esiga un intervento normativo immediato, dall'altro le misure adottate devono essere adeguate a far fronte alla stessa (cd. «conexión de sentido»)[157].

Inoltre, non mancano strumenti di controllo esercitabili sulla determinazione e sulla valutazione delle circostanze di fatto abilitanti. Non solo, infatti, esiste il controllo politico delle *Cortes* (o meglio, del solo *Congreso de los Deputados*) ma anche il controllo giurisdizionale del *Tribunal Constitucional*. Il primo tipo di controllo, quello politico, consiste nel dibattito parlamentare, successivo alla entrata in vigore del regio decreto-legge, a seguito del quale il *Congreso* potrà decidere di non convalidare il regio decreto-legge a questi sottoposto qualora non concordi con la valutazione del Governo circa l'esistenza della situazione di straordinaria e urgente necessità posta a fondamento del decreto oppure qualora valuti non congrue le misure adottate per far fronte alla situazione menzionata[158].

Per consentire un controllo di questo tipo, oltre a quello del *Tribunal*, si impone, al Governo, una «definición explícita y razonada»[159] della situazione di fatto che, di straordinaria e urgente necessità, ha richiesto l'utilizzo del regio decreto-legge, risultando insufficienti formule generiche, rituali o stereotipate[160].

Il secondo tipo di controllo, quello giurisdizionale, è più delicato: il *Tribunal Constitucional*, infatti, ha ribadito più volte la necessità, in questa fase, di rispettare il ragionevole margine di apprezzamento di cui godono gli organi politici (in questo caso, Governo e Parlamento) nell'apprezzamento del *presupuesto habilitante*. Tuttavia, ha comunque affermato che un *real decreto-ley* potrà essere dichiarato incostituzionale, per mancanza del presupposto abilitante, nei (due) soli casi in cui la relativa valutazione sia abusiva o arbitraria[161].

Quanto, invece, alle misure adottate, originariamente il Tribunale costituzionale spagnolo doveva limitarsi a constatare l'esistenza di una connessione tra queste e la circostanza a cui si intendeva dar risposta, non potendo spingersi, ad esempio, a valutare l'opportunità, la bontà tecnica delle misure o la loro efficacia[162]. In realtà, favorito anche da certa parte della dottrina, il *Tribunal* ha di recente ribadito che le misure adottate devono essere concrete e dotate di efficacia immediata per far fronte alla situazione di necessità urgente e straordinaria che ha determinato l'adozione del regio decreto-legge[163].

---

[157] SSTC 29/1982 del 31 maggio e 182/1997 del 28 ottobre.

[158] *Infra*.

[159] J.C. DUQUE VILLANUEVA, *Artículo 86,* cit., p. 223

[160] SSTC 11/2002 del 17 gennaio; 239/2005 del 26 settembre; 332/2005 del 15 dicembre; 68/2007 del 28 marzo; 142/2014 dell'11 settembre; 150/2017 del 21 dicembre.

[161] Per tutte, v. SSTC 29/1982 del 31 maggio e 60/1986 del 20 maggio. Sulla stessa linea, si pongono anche SSTC 137/2011 del 14 settembre; 27/2015 del 19 febbraio; 125/2016 del 7 luglio e 126/2016 del 7 luglio, con le quali il Tribunale costituzionale ha ristretto il margine di apprezzamento del Governo.

[162] SSTC 29/1982 del 31 maggio; 239/2005 del 26 settembre; 96/2014 del 12 giugno; 109/2014 del 26 giugno.

[163] SSTC 29/1982 del 31 maggio; 39/2013 del 14 febbraio; 96/2014 del 12 giugno; 26/2016 del 18 febbraio; 70/2016 del 14 aprile.

4.2 *I limiti materiali*

La seconda questione rilevante per questa analisi è, poi, l'ambito di applicazione del *real decreto-ley* e cioè i suoi limiti materiali. L'art. 86 c. 1° CE sottrae alla disciplina per regio decreto-legge alcune materie. Si tratta di limiti che non coincidono con quelli previsti dall'art. 81 c. 1° CE per la legislazione delegata[164] perché abbracciano *a*) l'ordinamento delle istituzioni di base dello Stato; *b*) i diritti, i doveri e le libertà dei cittadini di cui al Titolo I della Costituzione; *c*) il regime delle comunità autonome; e d) il diritto elettorale generale[165].

Sebbene detta riserva non debba interpretarsi in modo restrittivo e rigoroso, anche in questo caso appare utile precisare la definizione – in alcuni casi problematica – dei termini utilizzati dall'articolo in esame.

Parte della letteratura[166], con l'avallo anche dalla giurisprudenza del *Tribunal Constitucional*[167], definisce «instituciones básica del Estado» di cui all'art. 86 CE quelle organizzazioni pubbliche la cui disciplina è riservata, dalla *Constitución*, ad una legge.

Più delicato, invece, è stabilire cosa si intenda per diritti, doveri e libertà di cui al Titolo I della Costituzione e, in particolare, cosa significhi il termine «afectar» a questo riguardo. La questione, affrontata a più riprese dal Tribunale costituzionale, è stata risolta cercando un certo equilibrio: un'interpretazione troppo restrittiva dei limiti di cui all'art. 86 CE, infatti, rischierebbe di svuotare di contenuto il *real decreto-ley* e, pertanto, di renderlo inutilizzabile[168]. Esclusa la coincidenza tra diritti e libertà di cui all'art. 86 CE e quelli di cui all'art. 81 CE[169], ad oggi è pacifico che il regio decreto-legge non possa regolare il «régimen general» dei diritti, dei doveri e delle libertà[170] né, ovviamente, andare contro il contenuto essenziale del diritto e della libertà in questione[171].

Quanto, invece, alle comunità autonome e il diritto elettorale, l'esclusione di queste materie dall'ambito del regio decreto-legge è – secondo la dottrina – ridondante e, dunque, superflua: il diritto elettorale, infatti, è oggetto di riserva di legge organica[172] e le comunità autonome non possono vedersi attribuite o sottratte competenze tramite *real decreto-ley*[173].

Accanto a questi limiti materiali espliciti, poi, la prassi e la giurisprudenza ne hanno aggiunti di nuovi, derivanti da altri vincoli costituzionali: si tratta, ad esempio, della riforma costituzionale, della delega legislativa, della ratifica di Trattati e dell'approvazione del bilancio[174] che, dunque, non possono avvenire tramite *reales decretos-leyes*.

---

[164] Questo perché non si sovrappongono interamente alla materie riservate alla legge organica.

[165] Per un'analisi più approfondita quanto al significato di questi termini nonché delle sentenze del Tribunale costituzionale spagnolo più rilevanti sul tema, v. J.C. DUQUE VILLANUEVA, *Artículo 86,* cit., 227 ss.

[166] E. ÁLVAREZ CONDE – R. TUR AUSINA, *Derecho constitucional*, cit., p. 195 ss.

[167] STC 60/1986 del 20 maggio.

[168] STC 111/1983 del 2 dicembre.

[169] SSTC 111/1983 del 2 dicembre e 127/1994 del 5 maggio.

[170] STC 60/1986 del 20 maggio; 182/1997 del 28 ottobre; 137/2003 del 3 luglio; 189/2005 del 7 luglio; 329/2005 del 15 dicembre; 68/2007 del 28 marzo.

[171] J. PÉREZ ROYO, *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 645.

[172] Art. 81 CE.

[173] Che il regio decreto-legge non possa essere utilizzato per attribuire oppure sottrarre competenze alle *Comunidades Autónomas* è stato ribadito dalle SSTC 23/1993 del 21 gennaio; 225/1993 dell'8 luglio; 332/2005 del 15 dicembre; 11/2002 del 17 gennaio; 182/2013 del 23 ottobre; 197/2015 del 24 settembre.

[174] Per un esame completo, v. J.C. DUQUE VILLANUEVA, *Artículo 86,* cit., 232.

4.3 *Il controllo del* Congreso de los Diputados

Tutto ciò chiarito relativamente al presupposto abilitante e ai limiti materiali, rimane da esaminare il successivo intervento parlamentare. Il *real decreto-ley* entra in vigore – salvo eccezioni – il giorno successivo alla sua pubblicazione nel *Boletín Oficial del Estado* (d'ora innanzi, BOE) e deve essere immediatamente sottoposto al *Congreso de los Diputados*[175] – o alla *Diputación Permanente*[176] – il cui dibattito (e voto) deve avvenire nel termine di 30 giorni dalla promulgazione (in Italia, invece, il termine per la conversione in legge è, come noto, il doppio). La Camera bassa spagnola – è bene ricordare – si esprime sulla totalità degli elementi del regio decreto-legge e non può apportare modifiche al testo.

Il dibattito, ai sensi dell'art. 151 del Regolamento del Congresso dei Deputati (di qui in poi anche RCD), seguirà tre fasi: in un primo momento, un membro del Governo esporrà alla Camera nel suo *plenum* i motivi che hanno condotto l'Esecutivo ad adottare un regio decreto-legge. Seguirà, a questo punto, il dibattito – regolato dall'art. 74 c. 2° RCD – a conclusione del quale si procederà alla votazione. Al termine della votazione, saranno considerati a favore della convalida i voti favorevoli e a favore dell'abrogazione i voti sfavorevoli.

Sono possibili tre scenari diversi.

In primo luogo, il Congresso dei Deputati potrebbe votare a favore della convalida del *real decreto-ley* a questi sottoposto. Il termine convalida, tuttavia, solleva una problematica di non poco conto relativa all'atto giuridico con cui attuarla. Secondo parte della dottrina, sarebbe necessaria una *ley de conversión*[177], come previsto in Italia, ma la prassi – avallata poi dal Regolamento del Congresso[178] – si è mossa in una direzione diversa. Fino ad oggi, infatti, si è proceduti a pubblicare sul BOE una *resolución* della Presidenza del Congresso (atto con forza di legge) che dispone la pubblicazione dell'*Acuerdo de la Cámara* che convalida (o meno) il *real decreto-ley* in questione[179]. La convalida ha l'effetto di rendere il *real decreto-ley* definitivo e, dunque, non più provvisorio. Nelle parole del *Tribunal constitucional*, infatti, la convalida non implica una legge del Parlamento che si sostituisce al regio decreto-legge il quale, pertanto, non si converte in legge tramite la mera convalida[180].

Alternativamente, il Congresso potrebbe decidere di non convalidare il *real decreto-ley* in questione: in questo caso, la mancata convalida comporta l'abrogazione dello stesso. Il *real decreto-ley* non convalidato perde efficacia *ex nunc* (e non *ex tunc* come in Italia). É necessario ricordare, comunque, che in soli due casi nella storia spagnola, un *real decreto-ley* non è stato convalidato[181] e questo si deve, più che altro, alla forte stabilità degli esecutivi spagnoli che, tendenzialmente, possono confidare sull'appoggio di una solida maggioranza.

---

[175] Quindi, a differenza di quanto accade in Italia in relazione alla conversione del decreto-legge, in Spagna solo la Camera bassa del Parlamento può e deve intervenire.

[176] La *Diputación Permanente* è regolata dall'art. 78 Cost. spagnola e dagli artt. 56 a 59 del Regolamento del Congresso dei Deputati e artt. 45 a 48 del Regolamento del Senato. Sulla deputazione permanente, v. anche nota 125.

[177] Alla quale, tuttavia, non parteciperebbe il Senato, l'altra Camera del Parlamento spagnolo.

[178] Art. 151 Regolamento del Congresso dei Deputati.

[179] Questa è la ricostruzione proposta da E. ÁLVAREZ CONDE – R. TUR AUSINA, *Derecho constitucional*, cit., p. 198.

[180] STC 29/1982 del 31 maggio.

[181] Si tratta del *Real Decreto-ley 1/1979, de 8 de enero* e del *Real Decreto-ley 21/2018, de 14 de diciembre*.

Analogamente alla mancata convalida, si determinerà abrogazione qualora il *Congreso* non si esprima nei termini previsti e, quindi, sia nelle ipotesi di silenzio che di pronuncia tardiva[182].

Terzo e ultimo scenario possibile è la "trasformazione" in legge del *real decreto-ley* sottoposto al Congresso. Più precisamente, se ne fa richiesta almeno un gruppo parlamentare, il *real decreto-ley* può essere trattato come una proposta di legge che, secondo l'*iter* legislativo previsto dalla procedura d'urgenza, dovrà essere adottato da entrambe le Camere (che in questo caso ben potranno emendare il testo). Sebbene il Tribunale costituzionale spagnolo abbia chiarito che questo procedimento di "trasformazione" in legge possa avvenire anche senza preventiva convalida[183], la prassi – avallata dal Regolamento del Congresso[184] – si è mossa nel senso opposto. Ad oggi, dunque, è consentito "trasformare" in legge un *real decreto-ley* solo dopo che sia stato convalidato.

Ebbene, nel caso in cui venga "trasformato" in legge, il *real decreto-ley* viene sostituito dalla *ley de conversión*. Il problema, in questi casi, è stabilire il rapporto tra i due: sebbene non sia questa la sede per approfondire un tema così dibattuto, si può affermare, con relativa certezza, che l'entrata in vigore della legge di conversione abroghi il *real decreto-ley* ma che i vizi che questo eventualmente conteneva non vengano da questa sanati[185].

Se questi sono i limiti che *in the book* la *Constitución* prevede per consentire un uso del *real decreto-ley* che sia effettivamente limitato ai soli casi di urgenza, è ora necessario spostare l'attenzione sulla prassi, cioè su come il regio decreto-legge è stato in concreto utilizzato dal Governo.

5. *Uso e abuso del* real decreto-ley: *i* decretos-leyes omnibus

Anche in Spagna la decretazione d'urgenza di cui all'art. 86 CE è stata spesso oggetto di un utilizzo abusivo da parte del Governo. Sebbene non nella misura con cui questo è accaduto in Italia[186], la frequenza con cui i *reales decretos-leyes* spagnoli sono stati adottati – cd. abuso quantitativo – ha comportato, necessariamente, delle pratiche abusive anche dal punto di vista qualitativo.

Per comodità espositiva, è utile distinguere l'utilizzo dei *reales decretos-leyes* in tre periodi: il primo, dal 1978 al 2007 (e cioè fino alla crisi economica che può ben fungere da spartiacque); il secondo, dal 2008 al 2019 (quindi fino alla crisi da Covid-19) e, infine, dal 2020 al 2023 (fino all'inizio dell'attuale XV legislatura).

Quanto all'utilizzo del *real decreto-ley* nel primo periodo, secondo una certa letteratura, le restrizioni – e gli strumenti di controllo – poste dall'art. 86 CE si sono dimostrate efficaci, perché avevano raggiunto lo scopo attribuito loro dal Costituente. Solo dal 2008 in poi – e cioè dalla crisi economico-finanziaria che dagli Stati Uniti ha colpito in particolare l'Europa meridionale – il regio decreto-legge avrebbe ritrovato un ruolo di (illegittimo) protagonista

[182] J.C. DUQUE VILLANUEVA, *Artículo 86,* cit., 233. Più nello specifico, in caso di silenzio del Congresso decorsi 30 giorni, v. A. Panetta, *Osservazioni sulla decretazione di necessità e di urgenza nella Costituzione spagnola*, in *Dir. soc.*, 1, 1987, p. 465 ss.

[183] STC 29/1982 del 31 maggio.

[184] Art. 151 c. 4° RCD.

[185] Così E. ÁLVAREZ CONDE – R. TUR AUSINA, *Derecho constitucional*, cit., p. 199.

[186] V., *ex multis*, A. CELOTTO, *L'«abuso» del decreto-legge*, CEDAM, Padova, 1997 e ID., *Problemi sul decreto-legge*, Editoriale scientifica, Napoli, 2009.

nell'ordinamento spagnolo a discapito della legge ordinaria (indicata dalla dottrina, per comodità, *ley parlamentaria*).

Infatti, nel periodo considerato, sebbene non si possa dire che il numero di *reales decretos-leyes* adottati dal Governo spagnolo sia stato contenuto, l'utilizzo della decretazione d'urgenza è stato relativamente pacifico e sporadicamente problematico[187]. Le ragioni – prosegue questa parte di letteratura – di un simile equilibrio andrebbero ricercate in diversi fattori, propri dell'ordinamento spagnolo. Tra questi, degni di essere menzionati sono la stabilità degli esecutivi; la possibilità per il Governo di dirigere e realizzare la propria azione politica senza la necessità di ricorrere a forme "eccezionali" di normazione (quali, appunto, il *real decreto-ley*); e l'ampio ricorso, da parte dell'Esecutivo, alla normazione tramite regolamenti.

Tuttavia, ciò che questa dottrina considera veramente dirimente è che, in Spagna, la cd. ossessione per la stabilità governativa[188] aveva scoraggiato controlli particolarmente incisivi da parte delle *Cortes* sull'Esecutivo e, quindi, anche nei confronti della decretazione d'urgenza.

In realtà, la ricostruzione appena proposta – che nega certe prassi abusive almeno fino ai primi anni Duemila – è minoritaria. Se è vero, infatti, che a partire dagli anni Duemila vi è stata un'esplosione, in termini quantitativi, del regio decreto-legge[189], è altrettanto vero che già dai primi utilizzi di questo strumento, parte più attenta della dottrina ne aveva subito messo in evidenza le problematiche. Come sottolineato da alcuni, infatti, una posizione iniziale forse troppo benevola da parte di letteratura e giurisprudenza ha portato il Governo spagnolo a servirsi del *real decreto-ley* non come strumento normativo straordinario ma come mezzo alternativo (che permetteva di evitare le lunghe discussioni in Parlamento) alla *ley parlamentaria* [190]. Dal punto di vista qualitativo, inoltre, un così vasto utilizzo portò ben presto a pratiche abusive come, ad esempio, regi decreti-legge senza motivazione; regi decreti-legge che posponevano la loro entrata in vigore fino a due mesi dopo la pubblicazione; regi decreti-legge che disponevano deleghe a favore del Governo; e, infine, regi decreti-legge che incidevano su diritti e doveri costituzionali e sul regime delle CCAA[191].

A causa di un certo rilassamento nell'interpretazione dei rigorosi limiti previsti dalla Costituzione, dunque, già nel periodo considerato (1978-2007), il *real decreto-ley* si era

[187] L.M. DÍEZ-PICAZO, *Atti legislativi del Governo e rapporti fra i poteri: l'esperienza spagnola*, in *Quad. cost.*, 1, 1996, p. 61 ss.

[188] Sul punto, v. L.M. DÍEZ-PICAZO, *La forma di governo in Spagna: l'ossessione della stabilità*, in Z. CIUFFOLETTI – S. NOIRET (a cura di), *I modelli di democrazia in Europa e il caso italiano*, Ponte alle Grazie, Firenze, 1992.

[189] Nel 2000 la percentuale di regi decreti-legge sul totale delle disposizioni legislative adottate è stata del 30,3% e nel 2001 del 32,6%. Nel 2004, addirittura, si è arrivati al 61,1% e nel 2008 al 62,5%. Sul punto, v. L. MARTÍN REBOLLO, *Uso y abuso del decreto-ley (un análisis empírico),* in *Rev. esp. der. adm*., 174, 2016, p. 36 ss.

[190] A. DÉ LA IGLESIA CHAMARRO, *El gobierno por decreto*, cit., 165.

[191] Questa è la ricostruzione proposta da A. TORRES DEL MORAL, *Principios de Derecho Constitucional Español*, vol. I, Universidad complutense, Madrid, III ed., 1992, p. 302-303. Sul punto, v. anche, J. PÉREZ ROYO, *La distribución de la capacidad normativa entre el Parlamento y el Gobierno*, in AA.VV., *El Gobierno en la Constitución Española y los Estatutos de Autonomía*, Diputació de Barcelona, Barcellona, 1985, p. 135; J. SALAS, *Los decreto-leyes en la teoría y en la práctica constitucional*, in S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (coord.), *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo Carda de Enterria*, vol. I, Civitas, Madrid, 1991, p. 267 ss.

trasformato in strumento legislativo ordinario[192]; circostanza che aveva portato parte della dottrina a parlare di «costante emergenza»[193].

Questa situazione di abuso qualitativo si è acuita nel secondo periodo preso in considerazione (2008-2019). Infatti, sebbene siano stati adottati, in questo lasso di tempo, *reales decretos-leyes* per far fronte alle più disparate necessità (disastri naturali[194], tutela dell'ambiente[195] e del sistema energetico[196]), la prassi ha dimostrato un uso massiccio di questo strumento soprattutto per fronteggiare la crisi economico-finanziaria che colpì duramente la Spagna a partire dal 2008[197]. Proprio l'utilizzo che dei *reales decretos-leyes* è stato fatto per contrastare la forte fase di recessione economica[198] ha dato vita ad alcune pratiche particolarmente negative.

Si è imposta la prassi, ad esempio, di giustificare i regi decreti-legge relativi alla crisi economica tramite il generico e multiuso «contexto economico complexo»[199], al posto di una indicazione più specifica e dettagliata del presupposto abilitante. Questo, poi, ha portato al consolidarsi di una "standardizzazione" quanto all'indicazione (generica) del presupposto abilitante ogniqualvolta vi fosse la necessità di reagire a situazioni economiche sfavorevoli. In altre parole, cioè, poiché dal 2008 il Governo aveva affrontato la situazione di crisi

---

[192] A. DÉ LA IGLESIA CHAMARRO, *El gobierno por decreto*, cit., p. 165 e 167.

[193] A.M. CARMONA CONTRERAS, *Il decreto-legge in Spagna tra Costituzione e prassi,* cit., p. 282.

[194] V., ad esempio, il *Real Decreto-Ley 3/2008, de 21 de abril de medidas excepcionales y urgentes para garantizar el abastecimiento de poblaciones afectadas por la sequía en la provincia de Barcelona*; oppure il *Real Decreto-Ley 12/2009, de 13 de agosto, por el que se aprueban medidas urgentes para paliar los daños producidos por los incendios forestales y otras catástrofes naturales ocurridos en varias comunidades autónomas*; o anche il *Real Decreto-Ley 6/2011, de 13 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes para reparar los daños causados por los movimientos sísmicos acaecidos el 11 de mayo de 2011 en Lorca, Murcia*.

[195] V. *Real Decreto-Ley 17/2012, de 4 de mayo, de medidas urgentes en materia de medio ambiente.*

[196] V. *Real Decreto-Ley 6/2009, de 30 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas en el sector energético y se aprueba el bono social; Real Decreto-Ley 14/2010, de 23 de diciembre, por el que se establecen medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico*.

[197] Sul punto, v. A. DÍAZ DE MERA RODRÍGUEZ, *Gobierno de la crisis. Uso y abuso del Decreto-Ley,* in *Rev. parl. asamblea Madrid*, 24, 2011, p. 138; A. DE LA IGLESIA CHAMARRO, C*risis económica y expansión del ejercicio normativo del Gobierno. En particular, los decretos-leyes nacionales y autonómicos*, in *Est. Deusto*, 2, 2013, p. 72-74; M. ARAGÓN REYES, *Uso y abuso del decreto-ley; Una propuesta de reinterpretación constitucional*, Iustel, Madrid, 2016, p. 36.

[198] *Real Decreto-Ley 2/2008, de 21 de abril, de medidas de impulso a la actividad económica; Real Decreto-Ley 7/2008, de 13 de octubre, de medidas urgentes en materia económico-financiera en relación con el Plan de Acción Concertada de los Países de la Zona Euro; Real Decreto-Ley 9/2008, de 28 de noviembre, por el que se crean un Fondo Estatal de Inversión Local y un Fondo Especial del Estado para dinamización de la economía y el empleo y se aprueban créditos extraordinarios para atender a su financiación; Real Decreto-Ley 10/2008, de 12 de diciembre, por el que se adoptan medidas financieras para la mejora de la liquidez de las pequeñas y medianas empresas, y otras medidas económicas complementarias; Real Decreto-Ley 5/2010, de 31 de marzo, por el que se amplía la vigencia de determinadas medidas económicas de carácter temporal; Real Decreto-Ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo; Real Decreto-Ley 4/2011, de 8 de abril, de medidas urgentes de impulso a la internacionalización, mediante la creación de la entidad pública empresarial Instituto Español de Comercio Exterior (ICEX); Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa; Real Decreto-Ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público; Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo, por el que se introducen diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público*. Per un'analisi completa, v. A.M. CARMONA CONTRERA, *El Decreto-Ley en tiempos de crisis*, in *Rev. catalana dret públic*, 47, 2013, p. 10 ss.

[199] G. LLIGADAS GONZÁLEZ, *Laxitud interpretativa y abuso de las situaciones económicas complejas y de la heterogeneidad en los decretos-leyes: novedades en la práctica gubernamental y en la jurisprudencia constitucional,* in *Rev. esp. der. const.,* 128, 2023, p. 137.

economica tramite regi decreti-legge, giustificati sulla base di un presupposto vago e tutt'altro che specifico, la stessa pratica è stata riproposta nei successivi periodi di incertezza economica[200].

In più, se i *reales decretos-leyes* della IX (2008-2011) e della X (2011-2015) legislatura erano stati giustificati sulla base della crisi finanziaria e del successivo rilancio economico[201], problematici sono stati tutti quei *reales decretos-ley*es che fino al 2019 sono stati adottati con la medesima crisi economica come presupposto abilitante[202], rendendo difficile il rispetto del requisito di straordinarietà e di urgenza.

Dal punto di vista quantitativo, infine, il periodo considerato (gravato, come detto, dalla crisi economica) ha comportato una certa "normalizzazione" dell'elevata produzione di *reales decretos-leyes*: nella IX legislatura ne sono stati adottati 56; nella X ben 76; nella XI (2015-2016) e nella XII (2016-2019), invece, rispettivamente 1[203] e 65[204]. Addirittura, nel periodo tra il 2017 e il 2019 – è utile ricordare – si è registrata una vera e propria inversione normativa per cui, tra gli atti legislativi di rango primario, sono stati più i *reales decretos-leyes* (21 nel 2017; 28 nel 2018; 18 nel 2019) che le *leyes parlamentarias* (12 nel 2017; 11 nel 2018; 5 nel 2019)[205].

Tuttavia, tra le conseguenze principali della decretazione d'urgenza per la gestione della crisi economica-finanziaria del 2008, si annovera il regio decreto-legge con contenuto eterogeneo: infatti, più ampio è il presupposto abilitante, più numerose (e diverse) possono essere le misure adottate. Il cd. *decreto-ley de contenido heterogéneo*, dunque, si caratterizza per un presupposto abilitante unico e generale utilizzato dal Governo per giustificare la serie di variegate misure contenute al suo interno. Tra questi decreti (che nella prassi vengono definiti anche *decretos-leyes omnibus*[206] o, a volte, *trasversales*[207]) una particolare categoria sono, poi, quei *reales decretos-leyes omnibus* che vengono utilizzati, dal Governo spagnolo, come strumento di trasposizione di più direttive dell'UE[208]. In questo caso, la situazione di

---

[200] *Ivi*, 141.

[201] *Ivi*, 139 ss.

[202] Si pensi, ad esempio, al *Real Decreto-Ley 14/2017, de 6 de octubre*; *Real Decreto-Ley 27/2018, de 28 de diciembre*; *Real Decreto-Ley 7/2019, de 1 de marzo*; *Real Decreto-ley 18/2019, de 27 de diciembre.*

[203] Si è trattato di una legislatura di pochi mesi.

[204] I dati per ogni legislatura sono tratti dalla pagina web *Índice de iniciativas* del sito del *Congreso de los Diputados*.

[205] G. LLIGADAS GONZÁLEZ, *op. cit*., 138 ss.

[206] Il Governo spagnolo stesso, infatti, definisce tali decreti in questo modo. Si pensi, ad esempio, al *Real Decreto-Ley* 24/2021 che è stato presentato con il titolo di «Real Decreto-Ley Ómnibus de Transposición de Directivas Europeas».

[207] STC 199/2015 del 24 settembre.

[208] Ne sono un esempio il *Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles; Real Decreto-ley 8/2012, de 16 de marzo, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio; Real Decreto-Ley 9/2012, de 16 de marzo, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital; Real Decreto-Ley 13/2012, de 30 de marzo, por el que se transponen directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas y en materia de comunicaciones electrónicas, y por el que se adoptan medidas para la corrección de las desviaciones por desajustes entre los costes e ingresos de los sectores eléctrico y gasista; Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo, de medidas para la mejora de la sostenibilidad del transporte de mercancías por carretera y del funcionamiento de la cadena logística, y por el que se transpone la Directiva (UE) 2020/1057, de 15 de julio de 2020, por la que se fijan normas específicas con respecto a la Directiva 96/71/CE y la Directiva 2014/67/UE para el desplazamiento de los conductores en el sector del transporte por carretera, y de medidas excepcionales en materia de revisión de precios en los contratos públicos de obras.*

necessità straordinaria e urgente che giustifica, all'interno dello stesso regio decreto-legge, il recepimento di direttive differenti e, quindi, l'adozione di misure eterogenee è l'obbligo – accompagnato dal motivo del ritardo – di trasporre in tempo le direttive in questione.

A fronte di questa prassi abusiva, il Tribunale costituzionale si è mostrato in un primo momento piuttosto tollerante[209]: secondo il *Tribunal*, infatti, così come accade per le *leyes de contenido heterogéneo* (che sono costituzionalmente legittime), nulla si oppone all'esistenza (e alla legittimità) di *reales decretos-leyes* dal contenuto eterogeneo[210].

Questa situazione già problematica, tuttavia, è stata esacerbata dalla crisi pandemica da Covid-19[211] a partire dal 2020[212] e, poi, dalle conseguenze dell'invasione russa dell'Ucraina del 24 febbraio 2022[213]. Tralasciando, infatti, la XIII legislatura (2019-2019), durante la XIV (2019-2023) sono stati adottati ben 97 *reales decretos-leyes*[214].

Per questo motivo, il Tribunale costituzionale è (finalmente) intervenuto per frenare l'uso strumentale del regio decreto-legge da parte del Governo, in parte contravvenendo alla propria consolidata giurisprudenza.

Con la STC 110/2021[215], ad esempio, è stata ammessa la possibilità di adottare regi decreti-legge dal contenuto eterogeneo solo – e questa è la portata innovativa rispetto alle decisioni precedenti – se giustificati dall'aggregazione di più circostanze eterogenee di necessità straordinaria e urgente qualora queste derivino da una «coyuntura genérica de crisis».

Nella STC 111/2021[216], poi, il *Tribunal* ha dichiarato incostituzionali alcune disposizioni contenute nel *Real Decreto-Ley 15/2020, de 21 de abril* perché le misure in queste adottate, sebbene giustificate da necessità, mancavano di straordinarietà e urgenza e, quindi, del nesso con il quadro economico derivante dalla pandemia da Covid-19.

In conclusione, dunque, a partire dal 2021, il Tribunale costituzionale ha cercato di correggere il suo orientamento che, poiché particolarmente permissivo, aveva contribuito a

---

[209] G. LLIGADAS GONZÁLEZ, *Laxitud interpretativa*, cit., 152. Quanto ai rimedi che il *Tribunal* ha cercato di porre e alle sentenze più rilevanti, v. R. TARCHI, D. FIUMICELLI, *I poteri normativi di rango primario del governo nella giurisprudenza costituzionale italiana e spagnola*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 3, 2016, 30 ss.

[210] Sul punto, v. STC 199/2015 del 24 settembre.

[211] Per un'analisi di come l'ordinamento spagnolo ha reagito alla pandemia da Covid-19, v., *ex multis*, D. BALDONI – S. GHERARDI, *Due modelli costituzionali per governare l'emergenza. Italia e Spagna alla prova del Coronavirus*, in *DPCE online*, 2, 2020, p. 1591 ss; S. BARGIACCHI, *Tra crisi economica ed emergenza sanitaria: la decretazione d'urgenza in Italia e Spagna, vecchi rimedi per nuovi problemi?*, in *DPCE online*, num. spec., 2021, p. 1783 ss; L. COTINO HUESO, *National Report on Spain*, in A. VEDASCHI (eds.), *Governmental Policies to Fight Pandemic. The Boundaries of Legitimate Limitations on Fundamental Freedoms*, Brill-Nijhoff, Leida, 2024, p. 327 ss.

[212] Nel periodo considerato, 15 *real decretos-leyes* sono stati adottati per far fronte alla pandemia da Covid-19. Si v., ad esempio, il *Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19; Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19; Real Decreto-ley 29/2020, de 29 de septiembre, de medidas urgentes en materia de teletrabajo en las Administraciones Públicas y de recursos humanos en el Sistema Nacional de Salud para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19.*

[213] Degli 8 *reales decretos-leyes* che nel periodo considerato sono stati adottati per far fronte alle conseguenza della Guerra in Ucraina, si v., ad esempio, il *Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania* e il *Real Decreto-ley 20/2022, de 27 de diciembre, de medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania y de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad.*

[214] Si tratta del numero più alto mai registrato in Spagna durante una singola legislatura.

[215] STC 110/2021 del 13 maggio.

[216] STC 111/2021 del 13 maggio.

generare pratiche abusive della decretazione d'urgenza e che avevano reso i limiti – e i controlli – posti dall'art. 86 CE poco efficaci nel limitare il legislatore nell'utilizzo del regio decreto-legge[217].

6. *I* decretos-leyes autonómicos *nella teoria…*

L'analisi di come il *decreto-ley* è regolato ed utilizzato nell'ordinamento spagnolo per far fronte alle situazioni di urgenza sarebbe incompleta se non si aggiungesse il riferimento anche al particolare strumento del *decreto-ley autonómico* di cui le *Comunidades autonómas* dispongono. Durante la crisi pandemica da Covid-19, infatti, le prime misure di contenimento del virus sono state adottate proprio da parte delle comunità autonome[218] ben prima che il Governo centrale disponesse lo stato di allarme[219].

Il testo dell'art. 86 CE non fa alcun riferimento alla possibilità, per l'Esecutivo delle *Comunidades autónomas,* di adottare *decretos-leyes* cd. *autonómicos*. Si tratta, infatti, di una categoria normativa emersa nell'ordinamento spagnolo attraverso la modifica degli Statuti delle CCAA, successivamente all'entrata in vigore della Costituzione del '78. Quest'ultima (così come la Costituzione italiana del '48) non ammette espressamente la figura del *decreto-ley autonómico* di cui, infatti, non si fa menzione nemmeno negli articoli dedicati alla disciplina delle CCAA (e nemmeno si ritrova nelle prime versioni dei relativi Statuti di Autonomia, risalenti agli anni '70 e '80)[220].

Al contrario della Costituzione italiana, però, l'art. 153 lett. a) CE riconosce l'esistenza di «disposiciones normativas con fuerza de ley» proprie delle *Comunidades autonomas*, allorché le sottopone al controllo del *Tribunal Constitucional*. Su questa base, dunque, si è affermata l'esistenza, nell'ordinamento giuridico spagnolo, di *decretos-leyes* adottati dal Governo delle CCAA (confermata, come si avrà modo di vedere, dal Tribunale costituzionale).

---

[217] Tant'è che, per sopperire ai poco effettivi limiti, parte della dottrina ne aveva proposto una riforma costituzionale già prima della crisi da Covid-19. Sul punto, v. L. MARTÍN REBOLLO, *Uso y abuso del decreto-ley (un análisis empírico)*, cit., p. 58 ss; M. ARAGÓN REYES, *Uso y abuso del decreto-ley; Una propuesta de reinterpretación constitucional*, cit.., p. 173 ss.

[218] Si pensi al caso emblematico della Catalogna le cui autorità, prima della dichiarazione dello stato di emergenza da parte del Governo centrale, avevano proceduto ad adottare un *decreto-ley* in materia fiscale e finanziaria (*Decreto-ley 6/2020, de 12 de marzo, de medidas urgentes en materia asistencial, presupuestaria, financiera, fiscal y de contratación pública, con el fin de paliar los efectos de la pandemia generada por el coronavirus SARS-CoV-2*) e una *resolució* relativa alla circolazione delle persone (*Resolució INT/718/2020, de 12 de març, per la qual s'acorda restringir la sortida de persones dels municipis d'Igualada, Vilanova del Camí, Santa Margarida de Montbui i Òdena*).

[219] Disposta con il *Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo.* Sugli stati emergenziali (*estado de sitio, de alarma y de excepción*) di cui all'art. 116 CE, v., per tutti, A. VEDASCHI, La guerre comme à la guerre? *La disciplina della guerra nel diritto costituzionale comparato*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 317 ss e S. SIEIRA MUCIENTES, *Los Estados Excepcionales*, in *Rev. Cortes Gen*., 104, 2018, p. 361-393. Sulla ruolo che il Tribunale costituzionale spagnolo ha avuto in relazione allo stato di allarme adottato dal Governo per la gestione della pandemia da Covi-19, v., *ex multis*, C. CERBONE, *La tutela dei diritti e delle libertà fondamentali alla prova della pandemia da Covid-19: alcuni spunti comparati a partire dai casi italiano e spagnolo*, in *DPCE online*, 3, 2023, p. 2727 ss.

[220] Sull'ammissibilità di un istituto di questo tipo nell'ordinamento giuridico delle CCAA prima del riconoscimento statutario (2006-2018), v. J. TOMÁS VILLARROYA, *Las fuentes del Derecho en las Comunidades Autónomas*, in AA.VV., *La Constitución Española y las Fuentes del Derecho*, vol. I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979, p. 139 ss; I. LASAGABASTER HERRARTE, *Consideraciones en torno a la figura de los Decretos Leyes y Decretos Legislativos en el Ámbito Autómnico*, in *RVAP*, 2, 1982, p. 99 ss.; R. TUR AUSINA, *A propósito de los Decretos-Leyes autonómicos: perspectivas y posibilidades*, in *Corts – An. der. parl.*, 7, 1999, p. 289 ss.

Il primo caso di *decreto-ley autonómico* risale al 1983[221]: come reazione alle inondazioni che colpirono il territorio e la popolazione dei Paesi Baschi quell'anno, il Parlamento basco approvò la *Ley 17/1983, del 8 de septiembre* con la quale si autorizzava – in via eccezionale e per quattro mesi – il Governo ad adottare i necessari *decretos-leyes*. Sulla base della Legge menzionata, dunque, il Governo adottò cinque decreti-legge "autonomici"[222], contenenti disposizioni normative provvisorie utili a far fronte alla situazione di emergenza. I dubbi relativi all'illegittimità costituzionale dei *decretos-leyes* così disposti, tuttavia, rimasero insoluti, non essendo stati sollevati dinanzi al Tribunale costituzionale.

Fatta eccezione per questo caso isolato, la prima comunità autonoma ad includere nel proprio statuto la figura del *decreto-ley autonómico* fu la Comunità Valenziana, con la *Ley orgánica 1/2006, de 10 de abril.* All'interno della seconda ondata di riforma degli statuti delle CCAA, che ha avuto luogo a partire dal 2006, hanno introdotto il *decreto-ley* anche le CCAA della Catalogna, delle Isole Baleari, dell'Andalusia, di Aragona e di Castiglia e Leon (2006). A queste, hanno fatto seguito la Comunità di Navarra (2010), l'Estremadura (2011), la Regione di Murcia (2013) e, più di recente, le Canarie (2018)[223]. Ad oggi, dunque, 10 delle 17 CCAA spagnole includono, nel proprio statuto, il decreto-legge "autonomico".

Non trattandosi più di un caso isolato, la dottrina ha prontamente sollevato forti dubbi circa la legittimità costituzionale delle previsioni statutarie che consentivano l'adozione di questi nuovi *decretos-leyes autonomicos*[224]. Il Tribunale costituzionale, interpellato più volte, ha affermato che, sebbene la Costituzione non lo preveda espressamente, nulla impedisce agli statuti[225] delle CCAA, di attribuire al relativo Governo la possibilità di adottare decreti-legge purché, però, i limiti formali e materiali a cui sono sottoposti siano gli stessi che la Costituzione impone per il decreto-legge "statale"[226].

Quanto al contenuto delle disposizioni statutarie che consentono ai Governi delle CCAA di emanare disposizioni provvisorie per mezzo del decreto-legge, parte della letteratura ha voluto parlare di un «efecto imitación»[227]. Fatta eccezione per lo Statuto di Autonomia della Comunità Valenziana, la cui scelta è stata quella di richiamare espressamente l'art. 86 CE all'art. 44 c. 4° la maggior parte degli statuti delle CCAA hanno riprodotto fedelmente l'art. 86 CE[228]. Infatti, così come l'analogo strumento "statale", il *decreto-ley autonómico* contiene

---

[221] Sul punto, v. E. COBREROS MENDAZONA, *Los decretos-leyes en el ordenamiento de la Comunidad Autónoma Vasca*, in *RVAP*, 7, 1983.

[222] Si tratta del *Decreto-ley 1/1983, de 12 de septiembre; Decreto-ley 2/1983, de 12 de septiembre; Decreto-ley 3/1983, de 12 de septiembre; Decreto-ley 4/1983, de 20 de septiembre;* e del *Decreto-ley 5/1983, de 3 de octubre.*

[223] Art. 110 dello Statuto di Autonomia dell'Andalusia; art. 44 dello Statuto di Autonomia dell'Aragona; art. 46 dello Statuto di Autonomia delle Canarie; art. 25 c. 4° dello Statuto di Autonomia della Castiglia e Leon; art. 64 dello Statuto di Autonomia della Catalogna; dell'art. 44 c. 4° dello Statuto di Autonomia della Comunità Valenziana; art. 33 dello Statuto di Autonomia dell'Estremadura; art. 49 dello Statuto di Autonomia delle Isole Baleari; art. 21 *bis* dello Statuto di Autonomia della Navarra; e art. 30 c. 3° dello Statuto di Autonomia della Regione di Murcia.

[224] Per tutti, v. A. BOIX PALOP, *La inconstitucionalidad del Decreto-ley autonómico*, in *Asemblea. Rev. parlam. Asamblea Madrid*, 27, 2012, p. 121 ss.

[225] Il Tribunale costituzionale, infatti, espressamente richiede che sia il «legislator estatutario» a prevedere lo strumento del decreto-legge "autonomico". Per questo motivo, allora, l'esistenza del decreto-legge autonomico si giustifica – ed è legittima – solo se prevista dallo statuto.

[226] SSTC 104/2015 del 28 maggio; 38/2016 del 3 marzo; 105/2018 del 4 ottobre; e 40/2021 del 18 febbraio.

[227] J.J. MARCO MARCO, M. PÉREZ-GABALDÓN, *Regulación y uso de los decretos-leyes en las comunidades autónomas: la silenciosa invasión del ejecutivo al legislativo*, in *Cuad. Manuel Giménez Abad*, 25, 2023, p. 56.

[228] J. GÁLVEZ GALISTEO, *El Decreto-Ley Autonómico: consideraciones acerca de una figura normativa en auge*, in *RAAP*, 117, 2024, p. 123. Di decreti-legge *autonómicos* «a immagine e somiglianza» del decreto-legge statale si

sempre disposizioni provvisorie di rango legislativo che possono essere adottate dall'Esecutivo regionale solo in circostanze di necessità straordinaria e urgente e che sono sottoposte a successiva convalida o abrogazione da parte dell'Assemblea legislativa della singola comunità autonoma[229]. L'unica distinzione tra la disciplina del *real decreto-ley* e il *decreto-ley autonómico* è rappresentata, necessariamente, dalle materie escluse dall'ambito di applicazione e cioè, dai limiti materiali. Siccome CCAA e Stato centrale hanno competenze diverse, il decreto-legge "autonomico" – e i relativi limiti – dovrà essere inserito all'interno del riparto di competenze attribuite alle prime. Pertanto, si dispone che il *decreto-ley autonómico* non potrà incidere sui diritti e sulle libertà dei cittadini della comunità; sulle istituzioni di base della stessa; sul suo regime elettorale e di bilancio. Non è consentito, poi, che un decreto-legge "autonomico" intervenga sul regime tributario (Aragona e Castiglia e Leon) o che apporti modifiche allo statuto (Castiglia e Leon, Catalogna e Isole Baleari). Non è possibile, infine, adottare un *decreto-ley autonómico* in caso di materie che richiedono una maggioranza qualificata (Canarie e Estremadura) o che sono riservate alla legge formale (Catalogna e Isole Baleari). Oltre ai limiti espressamente previsti dagli statuti, particolare rilevanza rivestono anche i limiti "indiretti": si pensi, ad esempio, all'art. 203 c. 5° dello Statuto di Autonomia della Catalogna che attribuisce al *Generalitat* (il Governo catalano) la competenza a intervenire in materia tributaria per mezzo di una legge del Parlamento. Per violazione dell'articolo in questione, il *Tribunal Constitucional* aveva dichiarato l'incostituzionalità dell'imposta sopra i depositi presso gli istituti di credito, stabilita tramite il *Decreto-ley de Cataluña 5/2012, de 18 de diciembre*[230].

7. *(segue)… e nella prassi*

In relazione all'aspetto quantitativo, confrontando il numero di *decretos-leyes autonómicos* adottati dai governi delle CCAA nel periodo 2007-2019 prima e nel periodo 2019-2023 poi, è agevole notare l'aumento del ricorso alla decretazione d'urgenza dovuto alla pandemia da Covid-19. A mero titolo di esempio, la Comunità autonoma delle Canarie ha adottato, tra il 2019 e il 2023, ben 57 decreti-legge "autonomici" a fronte dei 5 nel periodo che va dal 2007 al 2019. La stessa cosa si è verificata in Catalogna: dai 51 decreti-legge adottati tra il 2007 e il 2019, si è passati a 125 in soli 4 anni (2019-2023)[231]. Confrontando, invece, il numero di *decretos-leyes autonómicos* adottati da ciascuna comunità autonoma in relazione al numero di leggi formali approvate dalle stesse, si può notare un'inversione nel normale riparto della funzione legislativa: a partire dal 2018-2019, infatti, l'uso esponenziale del decreto-legge ha comportato una drastica riduzione del numero di leggi adottate. Un

---

riferisce D. FIUMICELLI, *Dalla "urgenza nel provvedere" alla "opportunità/convenienza del provvedimento",* cit., p. 57 ss.

[229] Circa il generale inquadramento del *decreto-ley autonómico*, v. F.J. DONAIRE VILLA, *Las normas con fuerza de ley de las comunidades autónomas: las figuras del decreto legislativo y del decreto-ley autonómicos*, Institut d'Estudis Autonòmics, Barcellona, 2012, p. 111 ss; O. HERRÁIZ SERRANO, *Teoría y práctica del decreto-ley autonómico tras su incorporación al sistema de fuentes de algunas comunidades*, in *An. der. parl.,* 25, 2011, p. 105 ss.

[230] STC 107/2015 del 28 maggio. Sul punto, v. A. CUBERO TRUYO, *La constitucionalidad o inconstitucionalidad de la creación de tributos autonómicos mediante decreto-ley*, in R.J. SANZ GÓMEZ (coord.), *Tributos propios de las Comunidades Autónomas*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2017, p. 379 ss.

[231] Per i dati relativi al numero di decreti legge adottati nei due periodi menzionati, v. J.J. MARCO MARCO, M. PÉREZ-GABALDÓN, *Regulación y uso de los decretos-leyes en las comunidades autónomas,* cit., p. 66, Tabla 5.

esempio di questo fenomeno è rappresentato dalla Comunità autonoma dell'Andalusia: dal 2018 fino alla pubblicazione dello studio da cui i dati sono tratti (approssimativamente giugno 2023), le leggi adottate erano 21 mentre i decreti-legge 80. Sulla stessa tendenza si è posta la Catalogna: a fronte delle 43 *leyes*, sono stati adottati circa 125 *decretos-leyes autonómicos*[232].

Quanto, invece, all'aspetto qualitativo, è facile riscontrare pratiche abusive fin dai primi utilizzi dello strumento in questione. Si pensi, ad esempio, ai molti decreti-legge "autonomici" che introducevano misure incoerenti con le finalità in questi espressamente enunciate[233]; ai decreti per i quali non è agevole riscontrare il carattere di necessità straordinaria e urgente[234]; oppure a tutti quei decreti che – sulla linea dei regi decreti-legge *omnibus* – sono stati utilizzati per allineare l'ordinamento "autonomico" a ciò che veniva richiesto dallo Stato centrale o dall'Unione europea[235]. Infine, vale la pena ricordare anche tutti quei *decretos-leyes autonómicos* che sono stati utilizzati per risolvere questioni specifiche, concrete e puntuali – non necessarie né urgenti – per le quali l'uso di regolamenti sarebbe stato più appropriato[236].

È facile concludere, dunque, che la prassi abusiva – sia a livello quantitativo che a livello qualitativo – della decretazione d'urgenza a livello nazionale si è riproposta anche a livello regionale; un uso illegittimo del decreto-legge "autonomico", questo, ulteriormente aggravato dal fatto che gli stessi non possono essere impugnati dalle minoranze delle assemblee delle singole comunità e che, poi, sono difficilmente assoggettabili alla giurisdizione ordinaria e costituzionale[237].

Se a queste criticità aggiungiamo che le assemblee legislative delle CCAA sono monocamerali (e quindi hanno procedure più veloci) e che sono meno oberate di lavoro (al contrario delle *Cortes Generales*), la dottrina ha dubitato dell'utilità dell'introduzione di detti *decretos-leyes autonómicos* in quanto riproducono i problemi dei *reales decretos-leyes* senza correggerli ma, anzi, aggravandoli[238].

8. *Osservazioni conclusive*

Come si è avuto modo di vedere, la *Constitución* del 1978 riconosce l'esigenza del Governo di adottare, in casi di straordinari e urgente necessità, degli atti normativi provvisori da sottoporre al controllo successivo della Camera bassa del Parlamento. Tuttavia, per frenare

---

[232] I dati sono tratti da J.J. MARCO MARCO, M. PÉREZ-GABALDÓN, *Regulación y uso de los decretos-leyes en las comunidades autónomas,* p. 67, Tabla 6.

[233] La dottrina ha parlato, pertanto, di cd. *normas intrusas*. Sul punto, v. M. MEDINA GUERRERO, *La Conversión del Decreto-Ley en Ley y la práctica de las "normas intrusas"*, in *RAAP*, 79, 2011, p. 243 ss.

[234] Sul punto, v. R. GÓNZALEZ DE ZÁRATE LORENTE, *Consideraciones acerca de los Decretos-leyes en el ámbito autonómico*, in *Rev. parl. Asamblea Madrid*, 25, 2011, p. 73 ss.

[235] O. HERRÁIZ SERRANO, *Teoría y práctica del decreto-ley autonómico tras su incorporación al sistema de fuentes de algunas comunidades*, cit., p. 138 ss.

[236] In merito a questo fenomeno, la dottrina ha parlato di cd. *normas sorpresivas*. Sul punto, v. J. TORNOS MÁS, *Valoración parlamentaria*, in AA.VV., *Informe Comunidades Autónomas*, Universidad de Barcelona, Barcellona, 2021, p. 45 ss.

[237] D. FIUMICELLI, *Dalla "urgenza nel provvedere" alla "opportunità/convenienza del provvedimento",* cit., p. 61; O. HERRÁIZ SERRANO, *Teoría y práctica del decreto-ley autonómico tras su incorporación al sistema de fuentes de algunas comunidades*, cit., p. 108 ss.

[238] A. DÉ LA IGLESIA CHAMARRO, *Los Decretos-leyes autonómicos en España: una aproximación critica*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 1, 2023, p. 2 e 12 ss.

le pratiche abusive che si erano realizzate negli anni precedenti (soprattutto nelle dittature di Primo de Rivera e di Franco), il Costituente del '78 ha cinto di rigorosi vincoli la possibilità per il Governo di ricorrere al *real decreto-ley*.

L'analisi svolta, dunque, ha avuto ad oggetto il confronto tra ciò che il quadro normativo prevede e ciò che in realtà accade. In altre parole, cioè, si è cercato di verificare se l'intenzione del Costituente (limitare al minimo indispensabile il ricorso allo strumento del *real decreto-ley*) corrisponde all'impiego che di questo viene fatto in concreto.

Per fare questo, dopo una premessa di carattere storico-comparativo, si è resa necessaria l'analisi del quadro normativo prima e della prassi attuativa poi.

Ciò che risulta dall'esame in concreto del *real decreto-ley* è, tuttavia, il suo uso abusivo: fin dai primi utilizzi, infatti, il Governo spagnolo si è servito del regio decreto-legge ogniqualvolta lo ha ritenuto opportuno, forzando, con l'avallo del Tribunale costituzione, il presupposto di urgente e straordinaria necessità fissato dal testo costituzionale[239]. Come ricordato in precedenza, un uso così massiccio della decretazione d'urgenza (abuso quantitativo) si è affiancato spesso a pratiche poco conciliabili con il dettato della *Constitución* (abuso qualitativo). Tra queste, l'analisi della reazione dell'ordinamento spagnolo alla crisi finanziaria del 2008 ha evidenziato la figura dei cd. *reales decretos-leyes omnibus*, regi decreti-legge eterogenei contenenti misure variegate e giustificate da un presupposto abilitante ampio e generico. Si è anche fatto cenno – sempre tra le pratiche abusive – a quei decreti che hanno ecceduto i limiti materiali posti dall'art. 86 c. 1° CE e, poi, all'inefficace controllo delle *Cortes*: significativo, infatti, è che dal 1978 ad oggi, solo due *reales decretos-leyes* non sono stati convalidati.

Si può ragionevolmente affermare, dunque, che il modo in cui i *reales decretos-leyes* sono stati utilizzati dal Governo spagnolo sia avvenuto in aperta contraddizione con il dettato costituzionale. Da questo uso "patologico" del regio decreto-legge deriva anche un'altra considerazione: chi avrebbe dovuto controllare sul corretto impiego dello strumento in questione (*Congreso de los Deputados* e *Tribunal constituciónal*) non ha esercitato il proprio compito in modo efficace.

Il *continuum* Governo-maggioranza (che ha garantito una certa stabilità agli esecutivi spagnoli) da un lato e la crisi di ruolo e di legittimità del Parlamento dall'altro hanno reso poco incisivo il controllo del *Congreso* che, dunque, è stato (e si è) esautorato.

Quanto al controllo esercitato dal Tribunale costituzionale, una certa reticenza nell'intervenire in valutazioni politiche (quali, appunto, l'opportunità di adottare *reales decretos-leyes*) rimesse ai rapporti Governo-Parlamento ha portato il *Tribunal* a censurare solo macroscopiche violazioni del dettato costituzionale.

La situazione di abuso quantitativo e qualitativo del *real decreto-ley* si è riflessa, a partire del 2006, nell'utilizzo dei cd. *decretos-leyes autonómicos*. Questi ultimi, in breve tempo, non solo si sono trasformati (da strumenti straordinari) in strumenti ordinari di legislazione (come gli equivalenti "statali") ma ne hanno anche riprodotto le pratiche problematiche, addirittura aggravandole.

[239] La dottrina, a tal proposito, ha parlato di un certo spostamento dalla "urgenza nel provvedere" alla "convenienza del provvedimento". Si v. D. FIUMICELLI, *Dalla "urgenza nel provvedere" alla "opportunità/convenienza del provvedimento",* cit., 68 ss.

Data questa situazione, la dottrina ha avanzato alcune proposte per rendere il controllo sui *reales decretos-leyes* più efficace[240].

Tra queste, tuttavia, non rientra la modifica della Costituzione. In primo luogo, infatti, una revisione costituzionale volta ad eliminare la possibilità per il Governo di adottare disposizioni provvisorie nei casi in cui la necessità lo richieda significherebbe negare un'esigenza connaturata alla rapidità del mondo in cui viviamo. Allo stesso modo, inoltre, una modifica costituzionale che renda i requisiti del *real decreto-ley* ancora più stringenti non sarebbe risolutiva. Il problema, infatti, non è la Costituzione ma la sua applicazione.

Pertanto, oltre che ad agire sulla volontà del *Congreso* di riprendere un più incisivo ruolo di controllo sull'Esecutivo, è auspicabile una riforma dell'art. 151 RCD che consolidi – e quindi renda più frequente – la "trasformazione" in legge del *real decreto-ley* sottoposto al *Congreso*. Questa "trasformazione" – che favorirebbe sia un maggior coinvolgimento che un miglior controllo parlamentare – dovrebbe essere prevista per tutti i *reales decretos-leyes*, senza la necessitò di preventiva convalida imposta dall'art. 151 RCD.

Dall'altro lato, poi, si auspica che il Tribunale costituzionale (come timidamente ha cercato di fare con le pronunce del 2021 richiamate in precedenza) riveda la propria giurisprudenza, interpretando in modo più rigido il dettato costituzionale al fine, naturalmente, di indurre il Governo ad un più rigoroso rispetto di quest'ultimo. Si auspica, cioè, che il *Tribunal* sanzioni i decreti-legge eterogenei e i decreti-legge adottati quando si sarebbe potuto far ricorso ad altri strumenti; i decreti-legge che eccedono i limiti materiali e quelli che non contengono un'indicazione chiara e precisa del presupposto abilitante.

In buona sostanza, dunque, ciò che si chiede agli organi politici è di prendere sul serio la Costituzione per evitare che gli sforzi fatti dal Costituente del '78 rimangano vani.

[240] M. ARAGÓN REYES, *Uso y abuso del decreto-ley; Una propuesta de reinterpretación constitucional*, cit.., p. 173 ss.

GLI EXECUTIVE ORDERS E IL RISCHIO DELL'UNILATERALISMO DELLA PRESIDENZA

di Alberto Moro

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Origini ed evoluzione degli *Executive orders* – 3. La natura degli *Executive orders* – 4. La Corte Suprema e gli *Executive orders* – 5. Gli *Executive orders* strumento dell'unilateralismo Presidenziale – 6. Conclusioni

1. *Introduzione*

Il presente lavoro si prefigge di condurre un'analisi sull'evoluzione giuridica e storica relativa all'impiego degli ordini esecutivi, come strumento legislativo nelle mani del Presidente degli Stati Uniti. Nel far questo si è cercato di osservare come questi strumenti normativi siano stati utilizzati dai diversi presidenti nel corso della loro mandato e come essi siano divenuti col tempo un elemento irrinunciabile per la presidenza.

Gli *executive orders,* infatti*,* costituiscono uno strumento cruciale nell'azione esecutiva dei Presidenti americani[241], il cui utilizzo ha continuato a crescere in parallelo all'ampliarsi del ruolo dell'esecutivo. Tali dispositivi legislativi hanno consentito, in molti casi, ai Presidenti di esercitare una potestà esecutiva, attuando *policies* unilateralmente e senza dover subire interferenze da parte del ramo legislativo. Inoltre l'impiego degli *executive orders* ha spesso assecondato il desiderio dei Presidenti di mostrarsi decisi e risoluti nella propria azione di governo[242].

In aggiunta, può osservarsi come il ricorso a questi strumenti normativi, abbia altresì tratto giustificazione dal contemporaneo insorgere di situazioni emergenziali, tali da richiedere una repentina azione in casi nei quali le ordinarie procedure legislative del Congresso avrebbero richiesto troppo tempo. L'incisività dello strumento può essere colta anche considerando la presenza, nelle facoltà presidenziali, della possibilità di dichiarare lo stato di emergenza nazionale mediante *executive order,* aprendo la porta così ad un amplissimo spettro di iniziative unilaterali[243].

Più di recente a richiamare l'attenzione sull'utilizzo presidenziale degli *executive orders* è stata l'emanazione, nei primi 100 giorni della nuova amministrazione americana, di oltre 143 *executive orders*, 41 dei quali sottoscritti nel giorno stesso dell'insediamento[244]. Nondimeno ciò che ha colpito di quest'uso massiccio della decretazione presidenziale non è stato il numero di direttive presidenziali emesse, bensì l'entità delle *policies* che venivano dismesse o implementate con un singolo tratto di penna.

Ad ogni modo gli *executive orders,* nel tempo, hanno consentito ai diversi presidenti, che se ne sono serviti via via in misura crescente, di governare il vasto apparato federale degli Stati Uniti, senza eccessive interferenze o controlli.

Tuttavia, una riflessione sugli Executive Orders non può che essere preceduta da una breve riflessione sui poteri e prerogative che la Costituzione americana assegna a colui che detti

[241] A. J. WHITE, *Executive Orders as Lawful Limits on Agency Policymaking Discretion*, 93 Notre Dame L. Rev. 1569, March 2018, p. 1570.

[242] K. R. MAYER, *Executive Orders and Presidential Power*. The Journal of Politics, May, 1999, Vol. 61, n. 2, May 1999, p. 446.

[243] *Ivi* p. 445

[244] CONSULTABILE PRESSO https://www.presidency.ucsb.edu/analyses/trumps-first-100-days-2025

ordini li emana. Se infatti alla base della Costituzione degli Stati Uniti, venne posta una rigorosa separazione dei poteri, la questione sulla natura ed i limiti dei poteri presidenziali apparve a molti sin da subito controversa[245].

Dal testo, infatti, emergerebbe una figura presidenziale non così decisiva negli equilibri di potere istituzionali, al contrario di ciò che la prassi successiva suggerisce. In origine quindi, secondo una certa interpretazione, i *Founding Fathers* intesero il vertice del governo, come un presidente posto alla guida di un esecutivo, subalterno e soggetto alle leggi del Congresso[246]. Al contrario però alcuni ritennero saggio ipotizzare che al presidente dovesse spettare un ruolo di maggior peso nell'assetto istituzionale americano, richiamando a propria volta i desiderata dei *Framers* stessi.

Il nodo gordiano sull'assetto dei poteri sarebbe stato sciolto solo all'indomani della ratifica del testo costituzionale, quando l'intenzione di attribuire al presidente pochi e limitati poteri sembrò venire meno tra la maggior parte dei padri costituenti americani[247].

Le due opposte visioni sul ruolo della presidenza non mancarono di contrapporre anche celebri federalisti, come James Madison ed Alexander Hamilton. Il primo sostenne particolarmente la necessità di un vasto potere di controllo nelle mani del Congresso, nel tentativo di scongiurare il dispotismo delle maggioranze di governo. Il secondo al contrario riteneva che la figura presidenziale dovesse essere centrale nell'assetto istituzionale e dotata di prerogative che le consentissero una risposta celere e decisa. La sintesi di queste due visioni, forse può cogliersi nelle tesi di Thomas Jefferson, il quale riconosceva l'opportunità di riservare alla presidenza un ruolo predominante seppur in tempo di crisi ed entro i confini stabiliti dal Congresso[248].

2. *Origini ed evoluzione degli* Executive orders

Arrivati a questo punto, occorre pertanto cercare di inquadrare l'istituto degli ex*ecutive orders*, nonché l'evoluzione del loro impiego in una dimensione storica.

Se si pone l'attenzione all'uso iniziale di dette direttive presidenziali, gli ordini esecutivi sembrano acquisire la natura di direttive amministrative, prive di qualsiasi elemento di conflittualità politica o costituzionale[249]. Tuttavia, è significativo osservare come essi, seppur abbiano rappresentato un elemento centrale e di rapido impiego nella forma di governo, difettino totalmente di una definizione ufficiale. Infatti, né la Presidenza, o il Congresso e né tantomeno la Corte Suprema hanno mai cercato di fornirne un inquadramento giuridicamente univoco. Perciò appare più opportuno considerare come i decreti presidenziali siano stati impiegati e definiti grazie alla prassi presidenziale, che come si avrà modo di vedere ne ha fatto largo uso. Tuttavia, prima di addentrarsi in questa prospettiva storica può essere utile fornire una prima definizione, il più esaustiva possibile.

---

[245] E. STRADELLA, *I poteri normativi dell'esecutivo negli Stati Uniti: alcuni spunti ricostruttivi.,* Rivista AIC, n. 1/2018, p. 1.

[246] E. C. Raffiotta, *Norme dell'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative,* Bologna, Bononia University Press, 2019, p. 198.

[247] Ivi, p. 199.

[248] Ivi, p. 201.

[249] E. STRADELLA, *op. cit.* p. 20.

Pertanto, può dirsi che gli *executive orders* possono classificarsi come delle direttive presidenziali, aventi forza di legge, vincolanti per l'apparato governativo ed in alcuni casi anche per la generalità dei soggetti dell'ordinamento[250].

Secondo alcuni, il primo *executive order* ad essere stato emanato è attribuibile al presidente Washington e avrebbe ad oggetto una richiesta di informativa rivolta a figure apicali dell'amministrazione federale, a cui si ordinava di riferire con "*a full, precise, and distinct general idea of the affairs of the United States"*[251]. Mentre un successivo ordine dello stesso presidente conteneva istruzioni dirette ad ufficiali di confine per raccogliere informazioni sulle tribù indiane e nel caso di disporre la convocazione della milizia territoriale[252]. Questo a dimostrazione dell'iniziale uso marginale dell'atto, assimilabile quasi ad una circolare amministrativa.

Ma la prima direttiva presidenziale a divenire oggetto di un serio dibattito istituzionale fu una *proclamation,* volta a prevenire ogni interferenza di cittadini americani nel conflitto tra Francia e Inghilterra. La *proclamation* presidenziale imponeva ai cittadini statunitensi obblighi di condotta amichevoli ed imparziali, corredando l'ordine con la previsione di un'incriminazione in caso contrario. Si tenga presente che l'unica differenza tra un *executive order* e una *proclamation*, atti altrimenti assimilabili, risiede nel fatto che il primo è generalmente un atto interno, rivolto ai funzionari governativi, mentre la proclamazione è solitamente destinata al di fuori degli apparati governativi[253].

Tuttavia, il dibattito che ne derivò vide contrapporsi i due autori dei *Federalist paper* Hamilton e Madison, il primo pronto a sostenere la costituzionalità dell'atto sulla base della cosiddetta "*vesting clause"* presente nella Costituzione*,* ovvero della devoluzione del potere esecutivo al presidente in senso ampio. Il secondo al contrario, si schierò a difesa delle prerogative del Congresso, ritenendo che considerare legittimo un simile atto dell'esecutivo avrebbe avvallato un'usurpazione delle prerogative di quest'ultimo, a discapito del legislativo. Per Madison ciò avrebbe consentito in modo del tutto incostituzionale ai Presidenti di poter decidere della guerra o della pace[254], prerogative del Congresso. Tuttavia, la direttiva presidenziale si rivelò di difficile applicazione e pertanto il Congresso decise di approvare il "*Neutrality Act*" del 1794, con il quale la presidenza venne fornita dei poteri necessari per perseguire coloro che avessero violato la *proclamation* presidenziale. Non si può mancare di osservare dunque, come l'uso ed il fondamento costituzionale delle direttive presidenziali sia sin dall'inizio controverso, non mancando le contestazioni sul loro utilizzo. In seguito, l'uso più significativo di una *proclamation* presidenziale si ebbe con la presidenza di Abram Lincoln il quale, durante la guerra di secessione, emanò una direttiva rivolta ai suoi generali affinché assumessero tutte le misure necessarie per prevenire ogni episodio insurrezionale.

La *proclamation* assunse rilevanza per l'impatto potenziale che la decisione avrebbe avuto sui diritti dei cittadini garantiti dalla Costituzione. Più in particolare la vicenda riguardava la facoltà di sospendere il diritto di *habeas corpus,* sulla base di una decisione discrezionale di

---

[250] ADAM J. WHITE, *Executive Orders as Lawful Limits on Agency Policymaking Discretion*, 93 Notre Dame L. REV. 1569 March 2018. p. 1570.

[251] ADAM J. WHITE, *op. cit.,* p. 1574.

[252] *Ibidem.*

[253] E. STRADELLA, *op. cit.*, p. p. 10.

[254] E. STRADELLA, *op. cit.*, p. 2.

un ufficiale dell'esercito. A chi argomentava che la sospensione di un simile diritto rientrasse esclusivamente nella potestà del Congresso, Lincoln rispose che le misure adottate trovavano giustificazione dalla difesa delle istituzioni federali[255], rivendicando così un'interpretazione forte sia del ruolo presidenziale sia dei suoi poteri impliciti. Due anni più tardi sarà il Congresso con l'approvazione dell'*Habeas Corpus Act* ad autorizzare il Presidente a sospendere il diritto di *habeas corpus*, qualora, nella sua valutazione, la pubblica sicurezza lo avesse dovuto richiedere[256].

Superata la parentesi della Guerra civile, il Congresso tornò ad esercitare uno stretto controllo sull'esecutivo mediante un impianto legislativo solido e ad una stringente politica di bilancio[257].

L'utilizzo degli *executive orders* e delle *proclamations* non tornerà ad essere particolarmente rilevante sino all'avvento di Theodor Roosevelt alla presidenza. La concezione rooseveltiana della presidenza lo portò a considerare il suo Ufficio come una "*bully pulpit*", una posizione di potere privilegiata per influenzare la pubblica opinione. Quella di Roosevelt fu la presidenza dove si teorizzò la "*stewardship theory*", secondo la quale al presidente sarebbero spettati poteri e prerogative anche non stabiliti espressamente dalla Costituzione o assegnati ad altri, secondo una logica di residualità. A fondamento di tutto ciò Roosevelt poneva la duplice esigenza di assicurare il bene pubblico e la sicurezza nazionale. Perciò quindi, al presidente sarebbe spettato di agire nel superiore interesse della Nazione, ogni qualvolta ciò si fosse reso necessario e per qualsiasi fine che non fosse stato esplicitamente escluso dalla Costituzione o dalle leggi[258]. Roosevelt emanò all'incirca un migliaio di *executive orders*, un numero dieci volte in più del suo predecessore. Colpisce inoltre che l'impiego maggiore di detti decreti fu diretto alla tutela e alla conservazione di siti di importanza naturalistica[259].

Un ulteriore incremento nell'uso di *executive orders* tornò ad osservarsi a partire dalla presidenza Wilson, nella quale il numero di atti presidenziali si attestò ben oltre le 1800 direttive presidenziali. Questo periodo della storia istituzionale fu però segnato da una certa tolleranza nei confronti delle dilatazioni della discrezionalità presidenziale. Lo scoppio del primo conflitto bellico mondiale, infatti, indusse molti a considerare come un male necessario l'aumento dei poteri presidenziali in risposta al clima emergenziale creatosi.

A segnare invece un drastico cambio di paradigma, fu lo scoppiò della Grande depressione e l'ascesa al potere di Franklin Delano Roosevelt, con il quale si assistette ad una vera e propria esplosione delle direttive presidenziali. Per essere più precisi FDR emanò ben 3725 *executive orders*, un numero che non verrà più eguagliato da alcuna amministrazione in futuro. Ovviamente l'espansione così marcata dei poteri normativi presidenziali si giustificò con lo sforzo senza precedenti, condotto dall' amministrazione Roosevelt, di affrontare le conseguenze della grande crisi economica che colpì l'America nel 1929 e che ancora non accennava ad allentare la presa sull'economia americana. Già dal suo discorso di

[255] A. LINCOLN, *Discorso al Congresso*, 4 luglio 1861.

[256] Art. 1, section 9, clause 2, US Constitution.

[257] J. CONTRUBIS, *Executive Orders and Proclamations,* Washington, Library of Congress. Congressional Research Service, 1999, p. 3.

[258] Ivi, p. 4.

[259] L. BOISSONEAULT, *The Debate over Executive OrdersBegan with Teddy Roosevelt's Mad Pas- sion for Conservation,* SMITHSONIAN MAG. Apr. 17, 2017.

insediamento però FDR lasciò intendere la sua concezione del governo che lo porterà ad emanare un numero senza precedenti di direttive. Egli affermò che "*può anche darsi che situazioni mai presentatesi in precedenza e richiedenti azione immediata, possano costringere a momentanee deroghe dal normale equilibrio della pubblica procedura*"[260].

Nel solo primo anno FDR attuò quelle deroghe attraverso l'emanazione di ben 654 ex*ecutive orders* con il fine di ristrutturare il sistema finanziario americano. Ma egli passò poi ad istituire le procedure amministrative necessarie per implementare il suo programma di riforme, meglio noto come "*New Deal*"[261]. Si assistette così ad un espandersi dell'azione presidenziale senza precedenti, che non solo non accennò a diminuire con l'implementazione del "New deal" ma addirittura trovo nuovo vigore con l'inizio della Seconda Guerra Mondiale. Tra i più rilevanti ordini presidenziali, può citarsi l'*executive order* no. 8773 con cui l'amministrazione ordinò la nazionalizzazione di uno stabilimento produttivo della North American Aviation e a cui seguirono successivamente molteplici nazionalizzazioni di aziende per la costruzione di navi, munizioni, di compagnie telefoniche, minerarie e in molti altri settori ancora[262].

È quindi in questo tornante della storia costituzionale americana che gli *executive orders* cominciarono ad essere utilizzati per perseguire scopi più ampi da quelli inizialmente intesi per lo strumento in questione. Roosevelt, ad esempio, iniziò ad utilizzarli in ambiti inediti quali: diritti civili, la stabilizzazione dell'economia e la raccolta di informazioni vitali per la sicurezza nazionale[263]. Si assiste così ad un cambio di passo radicale nell'utilizzo e negli scopi perseguibili mediante *executive orders,* da cui non si tornerà in dietro.

3. *La natura degli* Executive orders

Come si è già avuto modo di sottolineare, un tratto singolare delle direttive presidenziali, oggetto della presente trattazione, è l'assenza di una qualsiasi definizione ufficiale, nonostante dottrina e prassi abbiano cercato, in parte, di colmare la lacuna. Riprendendo le tesi Hamiltoniane sul buon governo, gli *executive orders*, furono efficacemente considerati come una cinghia di trasmissione dell'Energia presidenziale al vasto apparato amministrativo, composto da funzionari incaricati di sovrintendere al rispetto della legge, sotto la supervisione presidenziale[264]. Nel silenzio della legge e della Costituzione, il tentativo più organico e completo di chiarire natura e funzioni degli *executive orders* è stato operato da uno studio congressuale del 1957, secondo il quale:

> *Executive orders and proclamations are directives or actions by the President. When they are founded on the authority of the President derived from the Constitution or statute, they may have the force and effect of law. . .. In the narrower sense Executive orders and proclamations are written documents*

[260] F. D. ROOSEVELT, Primo discorso inaugurale, 4 marzo 1933.

[261] J. CONTRUBIS, *Executive Orders and Proclamations,* Washington, Library of Congress. Congressional Research Service, 1999, p. 4.

[262] *Ibidem*.

[263] J. L. FLEISHMAN,A. H. AUFSES, *Law and Orders: The Problem of Presidential Legislation,* in Law and Contemporary Problems , Summer, Vol. 40, No. 3, Presidential Power: Part 2, 1976, p. 8.

[264] A. J. WHITE, *Executive Orders as Lawful Limits on Agency Policymaking Discretion,* 93 Notre Dame L. Rev. 1569, 2018, p. 1573.

denominated as such. . .. Executive orders are generally directed to, and govern actions by, Government officials and agencies. They usually affect private individuals only indirectly.

Quanto sopra riportato può quindi ritenersi la definizione più adeguata alla fattispecie legislativa in oggetto. Tuttavia, secondo alcuni le direttive presidenziale in questione, mal si concilierebbero con le categorie del diritto amministrativo, pur costituendo il corredo di poteri della presidenza[265]. Infatti, gli *executive orders*, come in parte già accennato, sono stati utilizzati in un ampio spettro di materie, che via via si è ampliato, a partire dalla riorganizzazione delle agenzie federali e di processi amministrativi, arrivando all'interpretazione e attuazione legislativa, ed infine alla promozione di politiche pubbliche. Può osservarsi come gli *executive orders* siano considerati capaci di incidere nella sfera personale degli individui in modo unicamente indiretto, al contrario delle *presidential proclamation* che invece dispiegherebbero effetti diretti sui soggetti dell'ordinamento. Occorre tuttavia sottolineare che questa distinzione di efficacia, seppur sostenuta dalla dottrina, non ha trovato un'attenta applicazione da parte dei diversi presidenti[266]. È quindi assodato che gli *executive order* sono strumenti normativi dell'esecutivo con forza ed efficacia di legge.

A questo punto però, in assenza di qualsiasi riferimento normativo, occorre riflettere sul fondamento normativo o costituzionale che legittimi l'emanazione di dette direttive. La maggior parte della dottrina individua questa legittimazione all'art. II della Costituzione degli Sati Uniti, in cui si autorizza il vertice dell'esecutivo ad emanare direttive negli ambiti di sua esclusiva competenza[267]. Ma la medesima norma costituzionale consentirebbe, per alcuni, ai presidenti di emanare *executive orders* anche in ambiti dove l'esecutivo é detentore di una competenza concorrente con il Congresso, sempre che ciò non violi un'espressa o implicita volontà di quest'ultimo[268].

Secondo un'altra interpretazione, l'art. II, sec. 3, meglio noto come "*take care clause"* rappresenterebbe per alcuni l'unica base giuridica su cui fondare la legittimità degli *executive orders.* In ogni caso però, è da ritenersi che un secondo pilone essenziale della legittimità attraverso cui, gli *executive orders* assumono forza ed efficacia di legge, sia un'espressa disposizione legislativa emanata dal Congresso e capace di delegare i propri poteri alla presidenza[269]. I presidenti, nel giustificare l'autorità in base alla quale emanano detti ordini, generalmente hanno sempre operato una sorta di combinato disposto tra l'articolo II della Costituzione e diverse disposizioni di legge, con cui il congresso avrebbe delegato l'esecutivo. Questa prassi è stata generalmente tollerata dalla Corte Suprema, anche alla luce, in alcuni casi, dell'oggettiva difficoltà per i giudici di isolare in modo univoco la fonte legislativa sulla cui base è stato emanato quello specifico ordine esecutivo. Nonostante ciò, talune volte, non solo è apparso difficile definire la legittimità su cui si basavano determinati

[265] A. RUDALEVIGE, *The Contemporary Presidency: Executive Orders and Presidential Unilateralism,* in Presidential Studies Quarterly, Vol. 42, No. 1, The Presidency and Economic Governance in Hazardous Times, March 2012, p. 145.

[266] J. L. FLEISHMAN,A. H. AUFSES, *Law and Orders: The Problem of Presidential Legislation,* in Law and Contemporary Problems, Summer, Vol. 40, No. 3, Presidential Power: Part 2, 1976, p. 7.

[267] E. NEWLAND, "Executive Orders in Court." The Yale Law Journal, vol. 124, no. 6, 2015, p. 2049.

[268] *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579 (1952)

[269] *Ibiem.*

executive orders, ma addirittura alcuni presidenti hanno totalmente omesso di esplicitare la fonte normativa, sulla base della quale detti ordini venivano emanati. La presidenza Bush, ad esempio, nel solo 2003 mancò di specificare il fondamento legislativo di oltre diciotto direttive presidenziali su un totale di quarantuno ordini esecutivi sottoscritti. In modo del tutto analogo, anche la presidenza Obama, nel suo secondo anno di mandato, su oltre trentaquattro ordini esecutivi mancò di enunciarne il fondamento legislativo in ben diciannove casi, limitandosi ad un generico richiamo all'autorità concessagli dalla Costituzione e dalle leggi degli Stati Uniti.

Questa prassi ad ogni modo, sebbene seguita da diversi presidenti, si porrebbe in contrasto con l'*Amministrative Procedure Act* sezione 553, per il quale "*ogni avviso di proposta di regolamento da pubblicarsi sul Registro Federale deve contenere un riferimento normativo sulla base del quale esso viene proposto*"[270]. Tale fenomeno, proprio per l'importanza delle questioni su cui le direttive presidenziali possono incidere, non può che rappresentare una spia dell'abuso degli ordini presidenziali.

Appurato quindi il fondamento giuridico-costituzionale su cui gli *executive orders* si fondano, i restanti tentativi di disciplinarne l'emanazione si sono limitati a fissare alcune regole procedurali per un loro complessivo riordino e per uniformarne la forma e l'emanazione. Ad esempio, a partire dal 1907 nel tentativo di catalogare i provvedimenti presidenziali, si stabilì un sistema di numerazione per gli ordini esecutivi, retrodatandoli a partire da un primo *executive order* emanato da Abraham Lincoln nel 1862, con il quale si stabiliva la costituzione di un tribunale militare in Luisiana[271]. Detta numerazione, tuttavia, rimarrà una pratica informale, sino al 1935, anno nel quale venne istituita una procedura più formale attraverso il *Federal Register Act*. Ad oggi, quindi, ogni nuovo ordine esecutivo riceve un numero, appena inserito nel *Federal Register*, mentre qualora se ne rinvenga uno non numerato, ad esso verrà assegnato un numero, assieme alla dicitura "tra" e i numeri degli executive orders del medesimo periodo. Nonostante questo, sebbene sia stata tentata detta catalogazione, il numero degli ordini esecutivi emanati resta incerto, soprattutto a causa delle varie denominazioni con cui le direttive presidenziali sono state catalogate[272].

Più significativo invece appare il tentativo dell'amministrazione Roosevelt di standardizzare l'emanazione degli ordini presidenziali, mediante l'ordine esecutivo n. 7298, il quale, senza provvederne alcuna definizione, cercava di fissare criteri univoci per la preparazione, presentazione, deposito e distribuzione. Nello specifico, la direttiva mirava a definire i requisiti per la stesura di tali documenti, oltre a disciplinarne i vari passaggi procedimentali. Si diede così inizio ad una procedura fatta di più fasi, per cui la proposta di ordine esecutivo, andava trasmessa al Direttore dell'Ufficio del Bilancio ed una volta ricevuta e la sua approvazione, il provvedimento doveva essere esaminato dal Procuratore generale e dunque al Direttore della divisione del Registro Federale. Una volta ottenuti tutti gli anzidetti pareri favorevoli, la direttiva avrebbe concluso il suo iter con la presentazione al Presidente per la sottoscrizione.

---

[270] ADMINISTRATIVE PROCEDUE ACT, 5 U.S.C. §§ 553.

[271] Executive Order No. 1.

[272] BRANUM, TARA L. (1975) "President or King - thee Use and Abuse of Executive Orders in Modern-Day America," Journal of Legislation: Vol. 2: Iss. 1, Article 9.

4. *La Corte Suprema e gli* Executive orders

Sin dall'inizio la Corte Suprema la Corte Suprema è stata chiamata a confrontarsi con la normativa di derivazione governativa. Ed è forse significativo che la più celebre delle decisioni della Corte, ovvero *Marbury v. Madison*, abbia avuto origine da un ordine presidenziale che stabiliva il non doversi procedere alla nomina di un giudice[273]. D'altronde gli ordini esecutivi, via via che il loro utilizzo si espandeva e si ampliava, hanno iniziato a rappresentare un'alterazione rispetto al normale equilibrio dei poteri, divenendo perciò un naturale elemento di frizione nell'interazione tra questi.[274]

A partire dagli anni Trenta, dopo una iniziale presa di posizione ostile nei confronti dell'uso che la presidenza faceva del suo potere normativo, la Corte Suprema decise di adottare un atteggiamento più acquiescente nei confronti dell'azione presidenziale. Dove la Corte mutò il suo approccio, in modo significativo, fu soprattutto nei riguardi delle nuove regolamentazioni economiche apportate dal *New Deal*, alle quali si era ferocemente opposta in precedenza. In particolare, essa iniziò a porre a fondamento delle sue decisioni il criterio del "*rational basis*" nel valutare gli *executive orders*[275]. Seguendo questo approccio, un ordine presidenziale sarebbe stato considerato costituzionalmente valido, se ritenuto razionalmente collegato a uno scopo legittimamente perseguito dall'esecutivo. A differenza del criterio della "*reasonableness review*", in cui il giudice operava una valutazione, il "*rational basis*" non impone che siano forniti elementi probatori, ma è sufficiente che il giudice possa inferire una giustificazione razionale. Questo *modus operandi* ha dominato gran parte della giurisprudenza della Corte, a partire dagli anni Quaranta, anche se non sono mancati casi in cui i tribunali federali hanno optato per un'analisi più stringente.

Gli *executive orders* generalmente sono stati sottoposti all'attenzione delle corti nel tentativo di invalidarli o di impedirne l'applicazione, ma in alcuni casi, essi sono stati invocati per far valere presunti diritti da essi derivanti. In passato tuttavia i giudici hanno considerano gli ordini esecutivi, non espressamente autorizzati dal Congresso, come privi di un fondamento legislativo respingendo di conseguenza i relativi ricorsi[276]. Al contrario inoltre, alcune corti hanno respinto ricorsi tra privati che coinvolgevano un *executive order* sebbene l'ordine esecutivo fosse fondato su poteri costituzionali.

Nel caso *Farmer v. Philadelphia Electric Co.* la Corte d'Appello rigettò la pretesa del ricorrente, che lamentava una violazione di un ordine esecutivo contro la discriminazione razziale nei contratti pubblici. La Corte infatti argometò che la Costituzione era tenuta ad imporre limiti al governo e poiché la causa era tra privati e non coinvolgeva alcun soggetto operante per conto di questo, la Corte ritenne che non vi fosse alcuna questione di costituzionalità[277].

Le Corti hanno così ribadito che un ordine fondato solo su poteri presidenziali non sarebbe da solo sufficiente per un'azione legale. Persino nel caso in cui un ordine esecutivo sia

[273] J. L. FLEISHMAN,A. H. AUFSES, *Law and Orders: The Problem of Presidential Legislation,* in Law and Contemporary Problems , Summer, Vol. 40, No. 3, Presidential Power: Part 2, 1976, P. 6.

[274] *Ibidem*.

[275]D. M. DRIESEN, "*Judicial Review of Executive Orders' Rationality.*", Boston University Law Review 98, no. 4 sept. 2018, p. 1027.

[276] Presso: https://www.fjc.gov/history/administration/judicial-review-executive-orders

[277] *Eugene Farmer, Appellant, v. Philadelphia Electric Company*, 329 F.2d 3 (3d Cir. 1964).

formalmente autorizzato dal Congresso, esso non creerebbe necessariamente un diritto azionabile in tribunale, se non espressamente previsto dalla legge. Di conseguenza, le controversie civili private relative agli ordini esecutivi sarebbero rimaste per lungo tempo casi isolati.

Alcuni dei casi più rilevanti della giurisprudenza americana in materia di ordini esecutivi si sono verificati durante i periodi emergenziali quali i conflitti bellici, in cui i presidenti hanno cercato di esercitare poteri straordinari per ragioni di sicurezza. I giudici hanno risposto a questa tendenza in modo non sempre univoco, in alcuni casi infatti, questi hanno evitato di sanzionare l'azione degli esecutivi, ma in altri, essi hanno cercato di porvi un argine. Già a partire dalla Guerra Civile, Lincoln autorizzò i comandi militari a sospendere *l'habeas corpus* per contenere il sabotaggio da parte dei secessionisti del Maryland. In *Ex parte Merryman*, il giudice Taney dichiarò incostituzionale tale decisione, poiché la sospensione di tale diritto, competeva solo al Congresso. Tuttavia, Taney ammise anche che non aveva strumenti per obbligare l'esecutivo a rispettare la sentenza[278].

Ed ancora in *Ex parte Milligan*, la Corte Suprema dichiarò incostituzionale la condanna a morte di un civile processato da un tribunale militare, ritenendo che i processi militari non fossero ammissibili in stati dove funzionavano i tribunali civili[279]. Diversamente, in *Ex parte Quirin*, la Corte confermò la legittimità di un ordine esecutivo di Roosevelt che disponeva il giudizio da parte di commissioni militari per sospetti sabotatori nazisti, classificandoli come combattenti nemici[280].

In altri casi, come *Hirabayashi v. United States* e *Korematsu v. United States*, la Corte mostrò di non voler interferire con le misure restrittive adottate contro cittadini americani di origine nipponica durante la Seconda guerra mondiale[281]. Nonostante le accuse di discriminazione razziale, la Corte giustificò le misure come necessarie per la sicurezza nazionale. Al di fuori del contesto bellico, i tribunali hanno occasionalmente ritenuto di dover invalidare alcuni ordini esecutivi perché ritennero illegittima la delega del Congresso al potere esecutivo. Secondo la dottrina della "*non delegation doctrine"*, il Congresso non può trasferire il proprio potere legislativo senza fissare criteri chiari. È quanto avvenne in *Panama Refining Co. v. Ryan*, dove la Corte invalidò ordini presidenziali basati sulle norme troppo vaghe come nel caso del *National Industrial Recovery Act*[282].

Ma se in origine la Corte Suprema ha teso ad avvallare l'uso fatto degli ordini esecutivi, o quanto meno a non opporvisi in modo rigoroso, un punto di svolta si è raggiunto con il caso *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer,* dove i giudici ritennero opportuno pronunciarsi sull'ampiezza dei poteri esecutivi della presidenza. Questo fu anche il primo caso in cui la Corte Suprema invalidò nella sua interezza un ordine esecutivo.

La vicenda prese avvio in seguito ad un fallito tentativo di accordo tra i dipendenti delle acciaierie e le compagnie del settore, a cui fece seguito la minaccia di sciopero da parte dei lavoratoti. Il Presidente Truman, a sua volta, nel tentativo di trovare una soluzione di compresso cercò di portare le parti ad un accordo tramite il *Federal Wage Stabilization Board*, ma anche questo tentativo fallì, non lasciando al Presidente che la decisione di emanare un

[278] *Ex Parte Merryman*, April 1861 Term Case No. 9,487, 17 F. Cas. 144.
[279] *Ex parte Milligan*, 71 U.S. 4 Wall. 2 2 (1866).
[280] *Ex Parte Quirin*, 317 U.S. 1 (1942).
[281] *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944).
[282] *Panama Refining Co. v. Ryan*, 293 U.S. 388 (1935).

ordine esecutivo. Nello specifico, l'*executive order*, rivolto al Segretario di Stato al commercio, stabiliva l'acquisizione coattiva della maggior parte delle acciaierie della nazione[283]. Il contesto della Guerra di Corea sommato all'importanza strategica per lo sforzo bellico, portò il Presidente a ritenere legittimo l'utilizzo del potere esecutivo in presenza di quella che considerava un'emergenza nazionale. Truman al riguardo ritenne che allo stesso modo del suo predecessore durante la Seconda guerra mondiale, l'ordine di requisizione delle acciaierie non si dovesse necessariamente fondare su una legge specifica, ma che trovasse fondamento nei poteri impliciti derivanti dalla Costituzione e dal suo ruolo di Presidente.

L'ordine mirava a prevenire una catastrofe nazionale dovuta a uno sciopero che avrebbe compromesso la produzione bellica durante la guerra di Corea. Truman informò quindi il Congresso, dichiarandosi disponibile a seguirne le indicazioni, ma il Congresso non intervenne e la questione passò così ai tribunali. La Corte Suprema accettò di esaminare il caso e, nel celebre *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, stabilì che il Presidente aveva agito senza alcuna legittimazione derivante dalla Costituzione o da altro fondamento legislativo.

La Corte chiarì che il potere esecutivo deve derivare da una norma costituzionale o da altra legge del Congresso. Poiché il Congresso aveva esplicitamente escluso il ricorso alla requisizione come strumento per risolvere le controversie di lavoro, preferendo al contrario mediazione e altre misure tramite il *Taft-Hartley Act*, l'ordine presidenziale risultava privo di fondamento giuridico[284].

La maggioranza dei giudici affermò dunque che il Presidente non aveva il potere di legiferare, ma solo quello di eseguire le leggi. Diversi giudici inoltre tra cui Jackson, Frankfurter scrissero opinioni separate, nelle quali si dava conto di ragionamenti dissimili seppur concordanti con quelli della maggioranza.

In particolare, l'opinione concorrente del giudice Jackson ottenne particolare attenzione, divenendo così il punto di riferimento con cui la Corte avrebbe valutato in seguito l'azione dell'esecutivo[285].

Egli propose una classificazione tripartita dei poteri presidenziali, nella quale nel primo caso, i poteri presidenziali usati in accordo col Congresso raggiungerebbero la loro massima estensione. Nel secondo caso si sarebbe invece, in presenza di una "*twilight zone*", quando la presidenza operi in assenza di indicazioni legislative. Mentre nel terzo caso, in ipotesi in cui egli agisca contro la volontà del Congresso i poteri presidenziali sarebbero da considerarsi ridotti al minimo.

Secondo Jackson, nel caso in oggetto ci si trovava nel terzo scenario, e dunque l'autorità presidenziale doveva essere valutata con particolare rigore. L'opinione del giudice Jackson, che classificò i poteri presidenziali in tre categorie, è diventata un punto di riferimento nella dottrina. Le sue linee guida, benché definite in passato "semplificate", sono state largamente seguite rimanendo un punto riferimento, pur con alcune modifiche in risposta a situazioni via via più complesse.

Un altro caso di particolare importanza, dove la Corte Suprema si espresse sull'utilizzo degli *executive order* fu la sentenza *Dames & Moore v. Regan*. La vicenda giudiziaria trae

[283] Executive Order 10340, 17 Fed.Reg. 3139 (1952).

[284] *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579 (1952)

[285] J. CONTRUBIS, *Executive Orders and Proclamations,* Washington, Library of Congress. Congressional Research Service, 1999, p.7

origine dalle tensioni tra Stati Uniti e Iran, a seguito delle quali il Presidente Jimmy Carter dispose il congelamento dei beni iraniani presenti negli Stati Uniti. Tale misura fu adottata come risposta alla grave crisi diplomatica e rappresentava un esercizio straordinario del potere esecutivo in ambito economico e internazionale. Con il risolversi della controversia diplomatica, il neoeletto Donald Regan confermò gli accordi assunti dall'amministrazione Carter, i quali prevedevano la cessazione di tutte le azioni legali contro il governo iraniano.

La società *Dames & Moore*, creditrice di oltre tre milioni di dollari nei confronti del governo iraniano, tentò di ottenere il pagamento di quanto dovuto. Tuttavia, in seguito agli ordini esecutivi che prevedevano la sospensione delle azioni legali, la società sostenne che tali provvedimenti eccedevano i limiti costituzionali del potere presidenziale. Secondo *Dames & Moore*, infatti, gli ordini esecutivi adottati per attuare gli accordi relativi alla liberazione degli ostaggi non trovavano fondamento in alcuna disposizione di legge, e pertanto risultavano illegittimi. La Corte giudicò validi i primi due provvedimenti, poiché fondati su una chiara autorizzazione del Congresso, il che avrebbe conferito loro la massima legittimità. In questo caso, la Corte analizzò la volontà implicita del Congresso, stabilendo che, in assenza di una contrarietà manifesta e data la continuità storica di comportamenti simili, si poteva considerare che il potere esecutivo avesse agito con l'approvazione implicita del potere legislativo. Inoltre, si sottolineò come il Congresso non potesse prevedere ogni azione presidenziale in ambiti così delicati come la politica estera o la sicurezza nazionale, e che la mancanza di una delega esplicita non implicava necessariamente un'opposizione[286].

Può dunque rilevarsi che nel valutare le iniziative presidenziali, i tribunali federali abbiano svolto un ruolo importante nel garantire il principio della separazione dei poteri tra il Congresso e il potere esecutivo. Tale compito può sembrare maggiormente rilevante, nei casi in cui si sia in presenza di una crisi nazionale, quando la tentazione di espandere i poteri esecutivi sia da ritenersi più forte. Al contempo si deve osservare che sebbene vi siano stati casi significativi in cui la Corte Suprema ha annullato ordini esecutivi, essa ha storicamente mostrato una certa riluttanza ad intervenire con frequenza in tale ambito. La Corte tende, infatti, ad adottare un atteggiamento di prudenza e deferenza nei confronti dell'esercizio del potere presidenziale, soprattutto quando questo è esercitato in contesti di emergenza o in materie attinenti alla sicurezza nazionale e alla politica estera[287].

5. *Gli* Executive orders *strumento dell'unilateralismo Presidenziale*

Appare opportuno, arrivati a questo punto riflettere sullo strumento normativo rappresentato dagli ordini esecutivi, che nel corso della loro storia hanno dimostrato di essere strumenti flessibili nelle mani dei presidenti. Ma essi hanno anche caratterizzato un modo di governare che spesso è sembrato acquisire i tratti di un unilateralismo *de facto*. D'altra parte, è lo stesso dispositivo normativo a prestarsi ad un'iniziativa simile, non dovendo dipendere dall'ordinario procedimento legislativo e divenendo perciò uno strumento particolarmente adatto nel governo delle emergenze.

[286] Dames & Moore v. Regan, 453 U.S. 654 (1981)
[287] E. STRADELLA, *op. cit.* p. 2.

Può ritemersi che l'aumento del fenomeno, sia dovuto in primis ad una certa propensione dei Presidenti a voler imporre il proprio indirizzo, ma in parte anche ad una serie di ulteriori fattori quali: la composizione del Congresso, la presenza di chiare maggioranze, la personalità del Presidente nonché la sua popolarità o la presenza di appuntamenti elettorali imminenti. Tuttavia, è stato rilevato anche, che considerare il Presidente come un attore unico rischia un'eccessiva semplificazione dei processi decisionali che conducono all'emanazione di un ordine esecutivo o di qualsiasi altro provvedimento presidenziale.

Sembra infatti più verosimile ritenere come l'emanazione di un ordine esecutivo sia il risultato di una serie di negoziazioni interne, mediazioni burocratiche e talvolta anche di compromessi politici. L'azione esecutiva celerebbe quindi secondo alcuni delle difficoltà nel coordinare la sua azione anche al suo interno. La burocrazia federale, con i suoi milioni di dipendenti, non è un'entità monolitica che risponde in modo immediato alla volontà presidenziale. Anzi, in taluni casi l'apparato statale può rivelarsi un "gigante letargico", difficile da guidare anche per il vertice stesso dell'Esecutivo. La visione di un "esecutivo unitario", rischia di far sottostimare il potere della burocrazia e sovrastimare quello dei presidenti. Alcuni esempi possono essere dati dal fallimento di Clinton nel porre fine al divieto di servizio militare per le persone LGBTQ nel 1993, o dalla mancata chiusura del carcere di Guantanamo da parte della presidenza Obama[288].

Al contempo, tuttavia, non si può non notare come alcuni presidenti abbiano perseguito un proprio indirizzo politico, anche e soprattutto mediante l'utilizzo degli ordini esecutivi. Delle presidenze contemporanee, la prima a promuovere questo approccio fu senz'altro la presidenza Clinton. L'utilizzo di *executive orders* da parte della sua amministrazione ha indotto a parlare di un Presidente *lawmaker,* il quale da parte sua non ha celato di voler perseguire il proprio indirizzo politico mediante detti strumenti[289].Nel suo mandato, infatti, Clinton non esitò ad emanare ordini esecutivi, ogni volta in cui le proposte dell'amministrazione non trovavano una sponda nel Congresso. Divenne quindi emblematica l'espressione di un membro dell'amministrazione secondo cui "*stroke of the pen. Law of the land. Kind of cool."*[290]*,* con la quale ben si sintetizzerebbe la presidenza di Clinton.

Quest'ultimo arrivo a sostenere che:

> *Congress has a choice to make in writing this chapter of our history. It can choose partisanship, or it can choose progress. Congress must decide...I have a continuing obligation to act, to use the authority of the presidency and the persuasive power of the podium to advance America's interest at home and abroad.*

Secondo alcuni l'utilizzo degli ordini esecutivi operato dall'amministrazione Clinton rappresentò un abuso della normativa presidenziale. Sebbene infatti anche nel passato altri

---

[288] A. RUDALEVIGE, *The Contemporary Presidency: Executive Orders and Presidential Unilateralism,* in Presidential Studies Quarterly, Vol. 42, No. 1, The Presidency and Economic Governance in Hazardous Times, March 2012, p. 145.

[289] E. STRADELLA, *I poteri normativi dell'esecutivo negli Stati Uniti: alcuni spunti ricostruttivi.,* Rivista AIC, n. 1/2018, p. 23.

[290] F. J. MURRAY, *Clinton's Executive Orders Still Are Packing a Punch: Other PresidentsI ssued More, But Many ofHis Are Sweeping*, WASH. TIMES, Aug. 23, 1999.

suoi predecessori utilizzarono simili metodi, non si può mancare di notare che l'amministrazione Clinton operò in tal modo, senza la concomitanza di alcuna crisi come quelle affrontate dai suoi predecessori, motivo che gli attirò diverse critiche.

Dal punto di vista istituzionale il suo utilizzo degli ordini esecutivi venne biasimato per due ordini di ragioni, in primis perché in molti casi sarebbe stato più opportuno lasciare che l'iniziativa rimanesse nelle mani del legislativo. In secondo luogo, diversi ordini esecutivi vennero emanati in risposta ad una opposizione del Congresso all'iniziativa presidenziale[291].

Ma l'accrescersi dei poteri presidenziali ha conosciuto un ulteriore ampiamento anche con i successori di Clinton, nello specifico Bush e Obama. Questa espansione sarebbe avvenuta sia in ambito domestico che in ambito della politica estera. Ovviamente in quest'ultimo frangente ciò fu indotto dallo stato di crisi creatosi all'indomani degli attacchi dell'11 settembre. In questa fase il Congresso sembrò svolgere un ruolo più di assistenza e supporto[292] che di potere legislativo.

Al contrario, l'espansione maggiore dei poteri presidenziali in ambito domestico si è avuta con l'amministrazione Obama, sebbene questi disse di volersi porre in controtendenza rispetto al suo predecessore, del quale criticava l'unilateralismo. Egli sostenne di voler perseguire il suo indirizzo politico mediante l'azione legislativa, piuttosto che con l'utilizzo unilaterale del potere esecutivo. L'opposizione repubblicana al Congresso, sebbene accanita, all'inizio non riuscì ad impedire all'amministrazione Obama di perseguire i propri obiettivi. Successivamente però, con l'affermarsi di un saldo controllo repubblicano al Congresso l'amministrazione si vide posta davanti al dilemma di cercare una cooperazione con un Congresso a maggioranza repubblicana, oppure di perseguire di un'azione esecutiva unilaterale[293]. Obama scelse quest'ultima strada e a partire dal 2010 emanò un numero sempre maggiore di ordini esecutivi, implementando importanti regolamenti in molteplici materie[294].

Giungendo infine ai casi più recenti della presidenza Trump e Biden, può sottolinearsi che esse si sono caratterizzate per approcci diametralmente opposti. Se il primo ha dato nuova linfa a quelle tesi dell'"*esecutivo unitario*" facendo un uso spasmodico dei decreti presidenziali, il secondo ha dimostrato di perseguire un approccio meno unilaterale cercando di coinvolgere il Congresso fin quando possibile. L'amministrazione Biden, infatti, ha contenuto il numero di direttive ad un numero di poco superiore ai 140 *executive orders,* nel suo intero mandato.

Inoltre, scomponendo il mandato in due fasi, si noterà come nella prima parte del suo mandato Biden emanò un numero irrisorio di direttive, contrariamente a quanto avvenne successivamente, quando egli dovette affrontare uno scenario polarizzato e senza una maggioranza al Congresso. Tutto ciò è desumibile dai numeri, da cui si può osservare che dei 143 ordini esecutivi emanati in totale, ben 106 furono sottoscritti dall'amministrazione successivamente alla perdita della maggioranza democratica nella *House of rappresentative.*

---

[291] T. L. BRANUM, President or King - The Use and Abuse of Executive Orders in Modern-Day America, in Journal of Legislation, Vol. 2, Iss 1, Art. 9, p. 38

[292] E. G. CARMINES, e M. Fowler. "The Temptation of Executive Authority: How Increased Polarization and the Decline in Legislative Capacity Have Contributed to the Expansion of Presidential Power." Indiana Journal of Global Legal Studies, vol. 24, no. 2, 2017, p. 371.

[293] *Ivi.* P. 372.

[294] B. APPELBAUM, M. D. Shear *Once Skeptical of Executive Power, Obama Has Come to Embrace It,* Aug. 13, 2016, N. Y. TIMES

Pertanto, come i suoi predecessori, la sua amministrazione optò per un uso più ricorrente di ordini esecutivi per perseguire il proprio indirizzo politico presidenziale.

Una riflessione a parte invece meriterebbero invece gli ordini esecutivi emanati nel corso dei due mandati, di cui uno ancora in corso, della presidenza Trump. Osservando le statistiche, i decreti presidenziali emanati durante la prima presidenza Trump non sembrano distinguersi dei suoi predecessori. Purtuttavia non si può non osservare che l'emanazione di alcuni decreti presidenziali abbia suscitato forti opposizioni. A partire dall' *executive order* intitolato "*Protecting the Nation from Foreign Terrorist Entry into the United States*", altresì noto come "*muslim ban".* L'ordine esecutivo imponeva misure restrittive nei confronti dell'immigrazione, prevedendo un divieto d'ingresso per 90 giorni per i cittadini provenienti da sette Paesi a maggioranza musulmana, ovvero Iran, Iraq, Libia, Somalia, Sudan, Siria e Yemen.

Tali disposizioni sono state percepite come una violazione di valori costituzionali fondamentali, sollevando preoccupazioni circa la loro compatibilità con la Costituzione e con gli impegni internazionali. Allo stesso modo molti altri decreti esecutivi hanno sollevato simili critiche, ma la discussione sui singoli ordini esecutivi, pur concentrandosi sugli aspetti politici e legali di ciascuno, nasconde molto probabilmente una questione costituzionale più ampia. Ovvero, se questo modo di governare dell'amministrazione Trump costituisce una minaccia allo Stato di diritto, o debba intendersi come una pratica normale di un nuovo presidente che intende modellare il funzionamento del ramo esecutivo in base alla sua interpretazione della legge. Per rispondere si dovrebbe chiarire se i provvedimenti assunti dalla presidenza Trump mirassero ad aumentare il potere personale del presidente a scapito delle leggi, o riflettessero semplicemente un cambiamento di indirizzo politico all'interno del quadro giuridico esistente[295].

In ogni caso, il nuovo mandato presidenziale, appena incominciato ha riacceso il dibattito, facendo sollevare sempre più interrogativi sull'opportunità di uso massiccio di ordini esecutivi. Essi in parte conterrebbero indicazioni volte a rimuovere gli effetti di politiche precedenti ma in alcuni casi dimostrerebbero l'intenzione di perseguire un indirizzo politico già anticipato in campagna elettorale, e perseguito esclusivamente tramite decreti presidenziali[296].

Secondo i critici di questo approccio, se il sistema costituzionale americano fosse in perfetta forma, la maggior parte dei predetti ordini esecutivi non avrebbe avuto grossi impatti. Tuttavia, è altresì vero che l'ordine istituzionale degli Stati Uniti appare attraversare una fase di grossi cambiamenti. Al contempo le misure introdotte hanno investito molteplici ambiti, dove lo strumento degli *executive orders* non sembra essere il più consono.

Tra le misure introdotte figurerebbero, l'abolizione della cittadinanza per nascita, garantita dal Quattordicesimo Emendamento della Costituzione, la soppressione di molti atti legislativi concernenti i diritti civili e misure in materia di uguaglianza di genere, l'abbandono degli sforzi per combattere il cambiamento climatico, la sospensione dei pagamenti federali per quasi tutti i programmi approvati dal Congresso, senza preavviso, la modifica di migliaia di

[295] D. M. DRIESEN, President Trump's Executive Orders and the Rule of Law, 87 UMKC L. REV. 489 2019 p. 1.

[296] K. L. SCHEPPELE, *Trump's Counter-Constitution: "He who saves his Country does not violate any Law*", VerfBlog, 2025/2/21

posti nel servizio civile, l'abbandono degli aiuti internazionali e la messa in discussione di alleanze e accordi internazionali di lunga data, con un impatto sulla sicurezza nazionale[297].

Sempre secondo analisi fortemente critiche dell'operato del nuovo Presidente, gli ordini esecutivi traccerebbero un quadro coerente di una sorta di "contro-costituzione"[298], ossia una realtà costituzionale alternativa e proposta come surrogato della Costituzione vigente. Invece dei tradizionali controlli e bilanciamenti, Trump promuoverebbe la "teoria dell'esecutivo unitario", cercando di consolidare la supremazia del potere esecutivo, liberato da qualsiasi vincolo proveniente dal Congresso e dai tribunali[299].

Esclusa quest'ultima parentesi amministrativa, osservando nel suo insieme l'impiego *executive orders*, fatto dalle diverse amministrazioni, non pare avventato ritenere che essi abbiano costituito lo strumento più duttile, nelle mani dei presidenti, per governare stati di crisi o per porre in essere il proprio indirizzo politico, quando le logiche politiche nel ramo legislativo lo impedivano. Alla duttilità e flessibilità che lo strumento garantisce si accompagnerebbe però il rischio di uno disequilibrio dell'assetto istituzionale statunitense, che ad oggi sembra sbilanciato in favore verso l'esecutivo.

6. *Conclusioni*

Nel corso della storia, come si è dato modo di vedere, gli *executive orders* hanno consentito ai presidenti di agire rapidamente e direttamente, evitando i lunghi e complessi processi legislativi del Congresso. Essi hanno accompagnato sin dall'inizio la vita istituzionale della giovane repubblica americana e la riflessione sul loro utilizzo è stata egualmente vivace sin dal principio. Il dibattito iniziato da Hamilton e Madison sul loro impiego e sulla forma di governo oltre a non esser mai del tutto cessato, sembra oggi tornato di forte attualità.

Ma ogni riflessione sugli ordini esecutivi, non può che riflettersi di conseguenza anche sull'espansione dei poteri e del ruolo degli esecutivi. I due fenomeni, infatti, sembrano essere l'uno la conseguenza dell'altro, l'espandersi dei poteri presidenziali ha portato con sé un aumento dei decreti esecutivi e di conseguenza una certa propensione all'unilateralismo dell'esecutivo.

Si deve però considerare che questo fenomeno seppur con alcuni picchi di intensità, come nel caso della risposta dell'amministrazione Roosevelt alla crisi del '29, non abbia mai destato gravi o particolari preoccupazioni.

Il largo utilizzo di direttive presidenziali è sembrato per alcuni anche una risposta ad alcuni fenomeni quali l'eccessiva polarizzazione delle forze politiche presenti e l'incapacità del potere legislativo nel fornire risposte rapide ed adeguate in tempi utili.

Allo stesso tempo però questo fenomeno è finito, soprattutto con le più recenti amministrazioni per sollevare diverse preoccupazioni sul perdurare dell'equilibrio istituzionale tra i poteri.

Se infatti per lungo tempo, quello che poteva intendersi come un abuso della decretazione presidenziale non ha destato particolari preoccupazioni, il recente ricorso da parte

[297] Z. KANNO-YOUNGS M. D. SHEAR AND N. WEILAND, *Trump's Executive Orders: Reversing Biden's Policies and Attacking the 'Deep State'*, Jan. 20, 2025 N. Y. TIMES

[298] SCHEPPELE, KIM LANE: *Trump's Counter-Constitution: "He who saves his Country does not violate any Law*", VerfBlog, 2025/2/21 p. 4.

[299] *Ibidem*

dell'amministrazione Trump dei decreti esecutivi ha indotto a parlare di una vera e proprio crisi costituzionale.

In conclusione, può affermarsi che l'uso degli *executive orders* abbia contribuito ulteriormente ad alimentare la polarizzazione politica, poiché molte delle decisioni legislative più recenti sono state adottate tramite ordini presidenziali, e non attraverso un processo deliberativo e quantomeno compartecipativo. Nonostante la loro natura controversa però, essi possono considerarsi strumenti efficaci per la definizione delle politiche presidenziali e probabilmente continueranno a svolgere un ruolo centrale nelle prossime amministrazioni. Se è vero che "*gli Executive Orders sono diventati uno degli strumenti più rapidi a disposizione di un nuovo presidente per modificare politiche, priorità e operazioni federali, in particolare nei primi giorni di mandato"*[300], è probabile che questa tendenza si confermi anche nel prossimo futuro, segnando l'inizio di una nuova fase per la democrazia costituzionale negli Stati Uniti[301].

[300] BARAGGIA, A. 2024. *Executive Orders under Biden's Administration*. *DPCE Online*. 67, SP3 Dec. 2024 p. 66.

[301] CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE (CRS*), Executive Orders and Presidential Transitions*, 2 (2024). CONSULTABILE PRESSO: https://www.congress.gov/crs-product/IF12724

IL POTERE NORMATIVO DELL'ESECUTIVO TRA MODELLI A CONFRONTO

di Martina Cottone

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Il potere normativo dell'esecutivo tra modelli a confronto – 3. Osservazioni conclusive

1. *Introduzione*

Un'analisi comparativa tra il modello italiano e i principali ordinamenti europei, oltre al sistema statunitense, può essere utile per comprendere i principi ispiratori della normativa costituzionale italiana riguardante gli atti normativi dell'esecutivo.

Osservando l'evoluzione delle relazioni tra Parlamento e Governo nell'ambito della funzione legislativa, soprattutto nei sistemi giuridici simili al nostro, emerge che l'Italia, già dai primi anni di applicazione dello Statuto Albertino, pur prendendo spunto da esperienze come quelle di Gran Bretagna, Francia e Germania, si è progressivamente allontanata da questi riferimenti, anche a causa della persistente incertezza sul modello di forma di governo. Da questo processo è scaturita una visione originale dei rapporti tra la legge parlamentare e gli atti normativi emanati dal Governo, che ha influito profondamente anche sulle disposizioni inserite nella Costituzione repubblicana[302].

In particolare, la differenza tra atti aventi forza di legge e regolamenti rappresenta un tratto distintivo del nostro sistema giuridico, oggi presente anche nella Costituzione spagnola del 1978, ma non riscontrabile – almeno nella stessa forma – negli ordinamenti britannico, francese, tedesco e in quello statunitense[303].

Nel contesto italiano, ciò che distingue gli atti governativi con forza di legge è la loro funzione ausiliaria rispetto al lavoro legislativo delle Camere, che decidono se attribuire la delega legislativa oppure approvare successivamente i decreti adottati in situazioni di urgenza, attribuendo loro lo stesso valore delle leggi ordinarie.

A differenza delle Costituzioni francese, tedesca, spagnola e statunitense, quella italiana non attribuisce al Governo alcuna competenza generale in materia regolamentare, nemmeno per quanto riguarda l'attuazione delle leggi, con la conseguenza che i regolamenti del potere esecutivo assumono efficacia normativa solo se vi è una base legale che li legittimi[304].

Considerando il legame stretto tra la disciplina costituzionale degli atti dell'esecutivo e il tipo di forma di governo adottata[305], l'analisi delle soluzioni adottate in altri ordinamenti parlamentari – soprattutto quelli che hanno influenzato la nostra tradizione giuridica – permette di comprendere meglio le ragioni e l'evoluzione delle particolarità che caratterizzano il modo in cui il Governo italiano esercita la funzione normativa, anche alla luce della prassi consolidatasi nel tempo.

---

[302] E. PALICI DI SUNI, *La funzione normativa tra governo e parlamento: profili di diritto comparato*, CEDAM, Padova, 1988.

[303] *Ibid.*

[304] *Ibid.*

[305] Sui nessi tra forma di governo e sistema delle fonti v. fascicolo n. 2 del 1986 della Rivista *Quad. cost.*: cfr. A. PIZZORUSSO, *Sistema delle fonti e forma di Stato e di governo*, *ivi*, 217 ss.

2. *Il potere normativo dell'esecutivo tra modelli a confronto*

Nei principali ordinamenti europei, lo sviluppo costituzionale ha riguardato in modo particolare l'evoluzione dei rapporti tra Parlamento e Governo nell'esercizio della funzione normativa.

Il principio della superiorità della legge parlamentare, divenuto cardine del costituzionalismo moderno grazie alla Rivoluzione francese, si è affermato a partire dal modello britannico, diffondendosi poi nei sistemi di civil law.

Tuttavia, pur essendo influenzati reciprocamente, gli ordinamenti europei hanno mantenuto proprie specificità nella disciplina degli atti normativi del potere esecutivo, adattandosi ai diversi assetti istituzionali e alla progressiva ridefinizione dei ruoli tra organi legislativi ed esecutivi[306].

Per comprendere appieno il percorso italiano in questa materia, è utile confrontarlo con le soluzioni adottate in altri contesti costituzionali.

Il modello francese rappresenta il punto di partenza imprescindibile, data la sua influenza storica sul costituzionalismo italiano ed europeo. Anche l'esperienza tedesca assume particolare rilievo, avendo offerto spunti tanto normativi quanto dottrinali, specie in merito al rapporto tra leggi e regolamenti.

Di segno opposto ma altrettanto interessante è il caso spagnolo, che ha recepito diverse ispirazioni dalla Costituzione italiana del 1948, in particolare nella disciplina degli atti normativi del Governo, integrandole con adattamenti maturati sulla base della prassi italiana trentennale[307].

Infine, l'analisi può essere ulteriormente arricchita considerando l'esperienza costituzionale degli Stati Uniti, in cui il principio della separazione dei poteri è applicato in modo più rigido. Questo confronto permette di cogliere meglio le differenze strutturali e funzionali tra i modelli presidenziali e parlamentari, e di riflettere sulle implicazioni che tali scelte istituzionali comportano nella regolazione del potere normativo dell'esecutivo.

L'analisi comparata tra l'ordinamento italiano, i principali modelli europei e il sistema costituzionale statunitense mette in luce una pluralità di configurazioni normative relative agli atti del potere esecutivo. Le specificità di ciascun sistema risultano strettamente correlate all'evoluzione dei rapporti istituzionali tra il potere legislativo e quello esecutivo, delineando assetti distinti di equilibrio e riparto delle competenze normative.

Nel contesto francese, la Carta costituzionale del 1958 ha introdotto una netta distinzione tra la funzione legislativa riservata al Parlamento e il potere regolamentare attribuito all'esecutivo. Tale assetto si inserisce in una più ampia tendenza alla riduzione dell'incidenza del Parlamento sul processo decisionale, riflettendo una trasformazione del modello di governo tradizionalmente parlamentare verso forme più ibride. Questo processo ha subito un'ulteriore accelerazione con la revisione del 1962, che ha previsto l'elezione diretta del

[306] E. PALICI DI SUNI, *La regola e l'eccezione: istituzioni parlamentari e potestà normative dell'esecutivo*, Giuffrè, Milano, 1988.

[307] *Ibid.*

Presidente della Repubblica, segnando un deciso spostamento verso una configurazione di tipo semipresidenziale[308].

Tuttavia, i numerosi vincoli costituzionali che disciplinano l'attività normativa dell'esecutivo hanno limitato in misura significativa l'incidenza concreta di tali innovazioni. In effetti, l'esecutivo non ha mai cercato di affermare un'autonoma sfera di intervento normativo, potendo fare affidamento su un solido rapporto con il Parlamento che gli ha permesso di evitare conflitti istituzionali e di esercitare un ruolo centrale nel processo legislativo attraverso dinamiche di cooperazione e consenso[309].

Gli altri sistemi costituzionali europei presi in considerazione, pur condividendo l'impianto parlamentare, hanno sviluppato assetti differenti nel disciplinare i rapporti tra potere legislativo ed esecutivo. In particolare, nell'ambito della Repubblica Federale di Germania, la Grundgesetz garantisce una posizione solida al Governo, riconoscendogli un ruolo di primo piano all'interno dell'equilibrio istituzionale. Un aspetto emblematico di tale tutela è rappresentato dall'istituto del Gesetzgebungsnotstand, il quale, sebbene attivabile solo in circostanze eccezionali, consente l'adozione di leggi anche in assenza del consenso del Bundestag, nei casi in cui si verifichi una grave crisi governativa[310].

Nonostante ciò, la Legge Fondamentale tedesca si ispira rigorosamente al principio della separazione dei poteri, assicurando al contempo la preminenza del Parlamento in materia legislativa e la delimitazione dell'attività normativa dell'esecutivo. La funzione legislativa resta attribuita in via esclusiva al Bundestag, che disciplina mediante legge i presupposti e i limiti delle Rechtsverordnungen, ovvero i regolamenti emanati dal Governo. Quest'ultimo conserva, però, una propria sfera di autonomia sul piano esecutivo, all'interno della quale può emanare Verwaltungsvorschriften, direttive interne all'amministrazione che, sebbene non destinate a produrre effetti diretti all'esterno, possono talvolta influenzare anche soggetti terzi[311].

Un ulteriore elemento di bilanciamento tra le istituzioni federali è costituito dalla competenza legislativa attribuita ai Länder, che si esplica in numerosi ambiti, in particolare nelle materie a rilevanza sociale. La presenza di una legislazione regionale, accanto a quella federale, consente una distribuzione più funzionale delle competenze normative tra Parlamento federale, Governo e autonomie territoriali, contribuendo a una gestione più efficace delle esigenze poste dallo Stato sociale[312].

Il quadro costituzionale spagnolo presenta una complessità maggiore rispetto ad altri ordinamenti analizzati. La Costituzione del 1978, per quanto riguarda la disciplina degli atti normativi del potere esecutivo, mostra affinità evidenti con il modello italiano, ma al contempo incorpora tratti riconducibili ad altre esperienze costituzionali, in particolare alla Grundgesetz tedesca, per ciò che concerne l'assetto della forma di governo[313]. Analogamente

---

[308] Sulla forma di governo della V Repubblica v. C. PINELLI, *Capo dello Stato e Governo nel sistema e nell'esperienza della V Repubblica*, in *Dir. soc.*, 1981, 31 ss.; L. PEGORARO, *Il Governo in Parlamento: l'esperienza della V Repubblica francese*, CEDAM, Padova, 1983.

[309] E. PALICI DI SUNI, *La regola e l'eccezione: istituzioni parlamentari e potestà normative dell'esecutivo*, Giuffrè, Milano, 1988.

[310] *Ibid.*

[311] *Ibid.*

[312] *Ibid.*

[313] Cfr. G. LOMBARDI, *La nuova Costituzione di Spagna*, Giappichelli, Torino, 1979, 96 ss. e 116; N. M. SANDULLI, *Il governo della Spagna democratica: riflessioni introduttive*, in *Costituzione e struttura del governo:*

all'Italia, la Spagna si configura come uno Stato regionale, pur distinguendosi per l'originalità del sistema di autonomia delle Comunità autonome, che presenta elementi peculiari rispetto alla struttura delle Regioni italiane[314].

Nell'ambito spagnolo, accanto alla produzione legislativa del Parlamento nazionale e delle Comunità autonome, trovano spazio i regolamenti governativi, adottati nel rispetto della legge e soggetti a controllo giurisdizionale. Seguendo l'impostazione italiana, la Costituzione spagnola prevede anche la possibilità per l'esecutivo di emanare atti aventi forza di legge, introducendo così una netta distinzione rispetto alla normativa regolamentare[315].

Tale distinzione, elaborata sistematicamente dal modello italiano e recepita nella Costituzione del 1978, rappresenta un tratto distintivo rispetto agli altri ordinamenti europei esaminati, nei quali gli atti normativi del Governo non assumono generalmente una posizione così autonoma e incisiva. Attualmente, solo in Italia e in Spagna si riscontra l'esistenza di una categoria autonoma di atti governativi dotati di forza di legge, che si differenziano chiaramente dai regolamenti sia per efficacia normativa sia per il regime giuridico cui sono sottoposti[316].

In dottrina, tali atti sono solitamente caratterizzati da una duplice dimensione di efficacia: da un lato, la forza attiva, che consente loro di derogare o abrogare norme legislative previgenti; dall'altro, la forza passiva, che li rende abrogabili esclusivamente mediante leggi ordinarie o altri atti dotati della medesima forza[317]. A ciò si aggiunge la loro soggezione esclusiva al controllo di legittimità costituzionale da parte della Corte costituzionale, al pari delle fonti primarie[318].

Nel contesto statunitense, è stato rilevato come, tra gli atti emanati in virtù di una delega legislativa, si possa operare una distinzione tra quelli di natura strettamente regolamentare e quelli che, pur in contrasto con l'orientamento della Corte Suprema[319], sono considerati dalla

---

l'organizzazione del governo negli Stati di democrazia parlamentare, CEDAM, Padova, 1982, 537 ss., spec. 444; F. A. ROVERSI MONACO, *Brevi considerazioni su Governo ed amministrazione nella nuova Costituzione spagnola*, in *La Costituzione spagnola del 1978*, Giuffrè, Milano, 1982, 583 ss.

[314] Si pensi, in particolare, alla scelta di articolare la ripartizione delle competenze legislative attraverso un doppio elenco, riferito rispettivamente allo Stato e alle Comunità autonome, soluzione che si discosta dai modelli teorici tradizionali. In genere, negli Stati federali si prevede un'elencazione delle competenze della Federazione, con attribuzione residuale agli Stati membri, mentre nei modelli regionali è lo Stato a conservare una competenza generale, a fronte di un elenco specifico riferito agli enti regionali. A ciò si aggiunge l'estensione del regime di autonomia differenziata a tutte le Comunità autonome, ciascuna delle quali è dotata di uno Statuto proprio, configurando così un sistema asimmetrico di specialità generalizzata.

Sul regime delle Comunità autonome v. L. VANDELLI, *L'ordinamento regionale spagnolo*, Giuffrè, Milano, 1980.

[315] E. PALICI DI SUNI, *La regola e l'eccezione: istituzioni parlamentari e potestà normative dell'esecutivo*, Giuffrè, Milano, 1988.

[316] *Ibid.*

[317] Per tutti v. A. M. SANDULLI, *Legge, Forza di legge, Valore di legge*, in *Scritti giuridici in memoria di P. Calamandrei*, CEDAM, Padova, 1958, 297 ss.

Per un riesame critico di questi concetti, con riferimento al sistema spagnolo, v. F. RUBIO LLORENTE, *Rango de Ley, Fuerza de Ley, Valor de Ley*, in *Rev. adm. publ.* 100-102, 1983, 417 ss.

[318] La Costituzione italiana non offre una distinzione sistematica tra i concetti di "forza di legge" e "valore di legge", impiegando tali espressioni in modo non uniforme. L'articolo 77, ad esempio, attribuisce ai decreti legislativi delegati il "valore di legge ordinaria", mentre definisce i decreti-legge come atti "provvisori con forza di legge". L'articolo 134, invece, include tra le competenze della Corte costituzionale il controllo sulla legittimità delle leggi e degli atti "aventi forza di legge", senza ulteriori precisazioni terminologiche. Questa ambiguità linguistica riflette una certa flessibilità concettuale nell'inquadramento degli atti normativi che incidono sullo stesso piano della legge ordinaria.

[319] L'indirizzo della Corte Suprema a questo riguardo è analizzato da M. PATRONO, *Sistema dei "Regulatory Powers" e Corte Suprema federale*, Giuffrè, Milano, 1974, 149 ss.

dottrina e dalla giurisprudenza come dotati di un'efficacia sostanzialmente paragonabile a quella delle leggi approvate dal Congresso. A questi ultimi si riconosce generalmente una "force of law", nel senso di "general applicability", e, laddove la normativa delegante consenta di derogare a leggi preesistenti, si tende a ritenere che tali atti abbiano valore primario, dotati di una forza normativa analoga a quella degli "statutes". Tale orientamento trova conferma anche nel fatto che le "rules" prodotte nell'ambito di deleghe legislative sono sottoposte allo stesso regime giuridico della "law", essendo dotate sia di "force of law" sia di "effect of law"[320].

In relazione al sistema dei "regulatory powers" statunitensi, l'aspetto distintivo tra l'ordinamento statunitense e quello britannico è rappresentato dalla presenza, nel primo, del sindacato giudiziario sulle leggi, che invece non trova spazio nel secondo. Negli USA, la presenza di una costituzione rigida e scritta, insieme a un modello di governo fondato su una netta separazione tra potere legislativo ed esecutivo, attribuisce al potere giudiziario la competenza a valutare la legittimità costituzionale sia degli atti dell'esecutivo sia delle leggi parlamentari. Mentre, nel Regno Unito, gli atti dell'esecutivo sono soggetti tanto al vaglio del potere giudiziario quanto a quello del Parlamento. In questo contesto, la funzione dei giudici americani consiste nel garantire il rispetto della Costituzione e dei principi che ne derivano, come la separazione dei poteri; nel sistema britannico, invece, la magistratura coopera con il Parlamento nel salvaguardare il principio della supremazia della legge. Pertanto, mentre negli Stati Uniti non si riscontra una differenziazione marcata nel regime applicabile tra leggi e regulatory powers, nel Regno Unito la distinzione è più evidente, soprattutto in ragione della sottrazione delle leggi al sindacato giurisdizionale[321].

Per quanto riguarda gli Stati Uniti, anche tenendo conto della diversa concezione del diritto scritto nei sistemi di common law rispetto a quelli di civil law, resta incerta la collocazione delle regulations che incidono su normative pregresse: non è chiaro se possano essere assimilate ai decreti legislativi italiani ex art. 76 Cost., o se invece risultino più simili ai regolamenti "delegati", considerando che, secondo l'interpretazione prevalente della Corte Suprema, la Costituzione americana esclude la possibilità di una vera e propria delega legislativa[322].

Anche nell'ordinamento federale tedesco non si riscontra un insieme di atti normativi assimilabili ai decreti aventi forza di legge previsti nel sistema italiano. L'unico strumento che si avvicina, il cosiddetto Gesetzgebungsnotstand, previsto dalla Legge Fondamentale, permette al Governo di adottare misure con valore legislativo, ma solo con il consenso del Bundesrat. Tuttavia, tale meccanismo non è mai stato applicato nella prassi costituzionale tedesca[323].

Le Rechtsverordnungen, disciplinate dall'articolo 80 della Grundgesetz, costituiscono invece atti normativi secondari rispetto alla legge formale. Nonostante ciò, il fatto che trovino fondamento direttamente nella Costituzione e che da essa traggano anche limiti, conferisce loro una posizione peculiare nell'ordinamento. Esse si collocano in una zona intermedia tra i

[320] M. PATRONO, *Sistema dei "Regulatory Powers" e Corte Suprema federale*, Giuffrè, Milano, 1974.

[321] E. PALICI DI SUNI, *La regola e l'eccezione: istituzioni parlamentari e potestà normative dell'esecutivo*, Giuffrè, Milano, 1988.

[322] *Ibid.*

[323] *Ibid.*

nostri decreti delegati — espressamente regolati dall'art. 76 della Costituzione — ed i nostri regolamenti, ai quali la nostra Carta fa solo cenno, in modo indiretto, all'art. 87.

In ogni caso, nell'esperienza tedesca, l'accento principale non è tanto posto sulla distinzione tra atti dotati o privi di forza di legge, quanto su quella tra ordinanze "di diritto" (Rechtsverordnungen) ed ordinanze "amministrative" (Verwaltungsverordnungen)[324].

Nel sistema giuridico francese, a partire dalla Costituzione del 1958, la distinzione tra atti aventi forza di legge e regolamenti non ha lo stesso rilievo che assume in Italia o in Spagna, dove invece tale differenza è più marcata. In Francia, infatti, la Costituzione stabilisce una ripartizione delle competenze tra Parlamento e Governo che attribuisce ai regolamenti una posizione non meramente subordinata alla legge: in certi ambiti, questi ultimi possono essere considerati vere e proprie fonti primarie[325].

Rispetto alla realtà italiana, i regolamenti francesi risultano più simili alle leggi regionali, dal momento che godono di una sfera di competenza tutelata dalla stessa Costituzione, pur dovendo rispettare alcuni limiti imposti dalla legge nazionale. In entrambi i Paesi si è affermata l'idea di una distribuzione "verticale" delle competenze, superando progressivamente la rigida distinzione "orizzontale" stabilita originariamente dalle norme costituzionali[326].

Quanto alle ordinanze previste dall'articolo 38 della Costituzione francese, sebbene presentino alcune somiglianze con gli atti aventi forza di legge italiani, sono comunque profondamente diverse. In particolare, non godono di una forza normativa speciale, ma si distinguono perché autorizzate ad intervenire in materie riservate al Parlamento. In questo caso, non si deroga al principio gerarchico tra le fonti, ma a quello della separazione di competenze tra Parlamento e Governo[327].

Infine, il trattamento giuridico riservato a queste ordinanze è differente da quello riservato in Italia agli atti con forza di legge: mentre questi ultimi, a differenza dei regolamenti, sono controllabili solo dalla Corte costituzionale, in Francia le ordinanze, fino alla loro ratifica parlamentare, possono essere oggetto di ricorso al Consiglio di Stato per eccesso di potere, esattamente come avviene per i regolamenti[328].

Tra i vari sistemi giuridici analizzati, emerge che soltanto l'Italia e la Spagna riconoscono al Governo la possibilità di emanare norme dotate dello stesso valore delle leggi. La caratteristica peculiare di tali atti è la loro funzione di supporto all'attività legislativa del Parlamento: attraverso strumenti come la delegazione legislativa e la decretazione d'urgenza, l'esecutivo non opera in maniera autonoma sul piano normativo, ma agisce in stretta collaborazione con il potere legislativo, il quale interviene in fase precedente o successiva per esercitare il proprio controllo[329].

---

[324] *Ibid.*

[325] *Ibid.*

[326] Con riferimento ai regolamenti francesi v. L. FAVOREU, *Rapport introductif*, in *Le domaine de la loi et du règlement*, II ed., Economica, Paris-Aix-Marseille, 1981, 33; J. GICQUEL et A. HAURIOU, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Éd. Montchrestien, Paris, 1985, 893; M. VOLPI, *Il ruolo del Conseil Constitutionnel nella forma di governo francese*, in *Dir. soc.*, 3, 1983, 1366.

Con riferimento alle leggi regionali italiane v. L. PALADIN, *La riforma regionale fra Costituzione e prassi*, in *Attualità e attuazione della Costituzione*, Laterza, Bari, 1979, 122 ss.

[327] E. PALICI DI SUNI, *La regola e l'eccezione: istituzioni parlamentari e potestà normative dell'esecutivo*, Giuffrè, Milano, 1988.

[328] *Ibid.*

[329] *Ibid.*

A questo proposito, è già stato osservato come in Germania e in Francia esistano strumenti – rispettivamente lo stato d'emergenza legislativa (Gesetzgebungsnotstand) e le ordinanze previste dall'articolo 38 della Costituzione – che consentono al Governo di intervenire in contesti di crisi o per dare attuazione a linee programmatiche politiche[330].

In Italia e in Spagna, invece, gli atti aventi forza di legge si configurano come una forma residuale di legislazione, governativo-parlamentare, utilizzata quando il Parlamento non è in grado di legiferare secondo le procedure ordinarie: ciò avviene, ad esempio, nei casi di eccessiva complessità della materia (delegazione legislativa) oppure quando è necessario rispondere tempestivamente a situazioni urgenti (decreti-legge). In questa prospettiva, si può affermare che il Governo svolge un ruolo vicario rispetto al Parlamento[331].

Proprio in virtù del loro carattere residuale e suppletivo rispetto alle leggi del Parlamento, le Costituzioni italiana e spagnola prevedono che questi atti siano sottoposti a un controllo diretto da parte delle Camere, alle quali spetta valutare l'opportunità e la legittimità dell'intervento governativo. La normativa costituzionale che regola tali atti è essenzialmente incentrata sugli aspetti procedurali: la Carta fondamentale stabilisce il quadro formale entro cui il Parlamento, in qualità di organo rappresentativo, deve decidere se e quando ricorrere alla collaborazione dell'esecutivo per legiferare[332].

La frequenza con cui si fa ricorso a tali strumenti dipende sia da fattori oggettivi – come l'urgenza o la complessità delle circostanze – sia dalla dinamica politica tra Parlamento e Governo. Entrambe le variabili, cioè il contesto concreto e i rapporti istituzionali, sono rilevanti sia nel caso della delegazione legislativa sia in quello della decretazione d'urgenza. In entrambi i casi spetta quindi al Parlamento valutare ogni volta l'opportunità di delegare al Governo la funzione legislativa o di convalidare provvedimenti adottati dall'esecutivo in casi straordinari di necessità e di urgenza, considerando sia gli elementi di fatto sia quelli di natura politica e istituzionale[333].

3. *Osservazioni conclusive*

In Italia, è ormai evidente come il decreto-legge, concepito in origine come strumento eccezionale, sia diventato una modalità abituale di produzione normativa. Alcuni studiosi lo hanno persino definito come "una sorta di disegno di legge rinforzato ad urgenza garantita…usato nel presupposto di una codeterminazione governativa-parlamentare"[334].

---

[330] *Ibid.*
[331] *Ibid.*
[332] *Ibid.*
[333] *Ibid.*
[334] A. PREDIERI, *Il Parlamento nel sistema politico italiano*, Edizioni Di Comunità, Milano, 1975, 80.

In senso analogo v. da ultimo G. BERTI, *Interpretazione costituzionale*, CEDAM, Padova, 1987, 159, secondo cui "ora che l'urgenza di cui all'art. 77 è intesa soltanto come urgenza del provvedere, non del presupposto politico o di fatto richiedente l'intervento normativo del governo, e la pratica della decretazione normativa del governo è tanto ripetuta da apparire continua, è ancora più evidente che la previsione dell'art. 77 è nient'altro che la prefigurazione di un procedimento legislativo alternativo, in cui l'iniziativa del governo non è diretta a rendere possibile o promuovere il dibattito parlamentare su di un disegno di legge, ma a precostituire una legge obbligando il parlamento a pronunciarsi su di essa, approvandola o disapprovandola o modificandola nel termine di 60 giorni dalla pubblicazione… Attraverso un procedimento alternativo ormai "normalizzato" si ottiene così l'anticipazione di un effetto legislativo, rispetto alla manifestazione della volontà parlamentare. Il fatto che la costituzione ponga l'accento sul carattere provvisorio del provvedimento normativo, ne mette in evidenza la funzione di provocare in ogni caso una deliberazione del parlamento

Questa evoluzione riflette direttamente il ruolo residuale che la Costituzione assegna agli atti con forza di legge. Proprio perché questi strumenti sono pensati per intervenire in situazioni in cui la via ordinaria non è praticabile, tendono a essere utilizzati con maggiore frequenza in contesti di instabilità politica, come quello che da tempo caratterizza il panorama istituzionale italiano.

A questo proposito, è interessante notare alcune peculiarità della Costituzione spagnola del 1978 rispetto a quella italiana del 1948. La Carta spagnola, infatti, pone particolare attenzione alla stabilità dell'esecutivo, traendo ispirazione dalla Legge Fondamentale tedesca. Inoltre, essa, a differenza della Costituzione italiana, integra alcuni limiti sostanziali a quelli di tipo procedurale nella disciplina degli atti con forza di legge[335].

Apparentemente, questo duplice approccio potrebbe sembrare contraddittorio: se da un lato si rafforza il ruolo istituzionale del Governo, dall'altro si introducono restrizioni più incisive al suo potere normativo, sia nella delegazione legislativa che nella decretazione d'urgenza. Tuttavia, tali limiti fissati dalla Costituzione non sembrano tanto ostacolare il ricorso agli atti con forza di legge quanto piuttosto definire chiaramente l'ambito entro cui il Governo ha competenza a adottare decreti legislativi e decreti-legge[336].

Diversamente, in Italia, l'attività normativa dell'esecutivo rimane subordinata alla valutazione del Parlamento, che di volta in volta decide se approvare o meno gli interventi governativi, lasciando il Governo in una posizione meno garantita. In entrambi gli ordinamenti, comunque, il bilanciamento definitivo tra Parlamento e Governo nell'ambito della funzione legislativa appare non del tutto definito. Sia la Costituzione italiana che quella spagnola, nel conferire a Regioni e Comunità autonome competenze legislative su determinate materie, dedicano una disciplina limitata alla potestà regolamentare del Governo, lasciando ampio margine di discrezionalità al Parlamento nella scelta tra l'affidare all'esecutivo il potere di adottare atti aventi forza di legge o il convertire in legge provvedimenti governativi provvisoriamente dotati di tale efficacia[337].

Negli ordinamenti esaminati, diversi da quello italiano e spagnolo, si osservano soluzioni più stabili e ben definite per affrontare la difficoltà, comune a molti sistemi, di rispondere efficacemente alle crescenti esigenze di uno Stato sociale e interventista senza sovraccaricare il Parlamento.

In Francia, sotto la quinta Repubblica, il Governo ha ottenuto competenze normative dirette in numerosi ambiti, superando una rigida gerarchia tra legge e regolamento e adottando invece una logica di separazione delle competenze. Nonostante ciò, la centralità della legge parlamentare è comunque salvaguardata attraverso meccanismi di controllo, sia da parte del Parlamento sia da organi giurisdizionali, sugli atti normativi adottati dal Governo[338].

In Germania, la Legge Fondamentale ha previsto una duplice articolazione della funzione legislativa: a livello federale e a livello dei Länder. Inoltre, a livello federale, è assicurata una

---

salvo la sanzione della decadenza o della perdita di efficacia del provvedimento stesso nel caso che il termine di 60 giorni si consumi senza che il parlamento si sia pronunciato".

[335] E. PALICI DI SUNI, *La regola e l'eccezione: istituzioni parlamentari e potestà normative dell'esecutivo*, Giuffrè, Milano, 1988.

[336] *Ibid.*

[337] *Ibid.*

[338] *Ibid.*

netta separazione tra la sfera di competenza del potere legislativo e quella del potere esecutivo, garantendo maggiore chiarezza e ordine nel processo normativo[339].

Questi sistemi costituzionali, che definiscono con precisione i confini tra legge ed attività normativa del Governo, sono anche caratterizzati da norme che garantiscono in vario modo una maggiore continuità e stabilità dell'esecutivo. In quest'ottica, sarà interessante osservare in che misura le disposizioni contenute al riguardo nella Costituzione spagnola del 1978 riusciranno, col tempo, a rafforzare il ricorso alle modalità legislative ordinarie, riducendo la dipendenza dagli strumenti eccezionali con forza di legge, che invece restano molto diffusi in Italia.

[339] *Ibid.*