

IL POTERE NORMATIVO DEL GOVERNO FEDERALE NELL'ORDINAMENTO
COSTITUZIONALE DELLA GERMANIA*

ROLANDO TARCHI**, ANDREA GATTI***

Sommario

1. Considerazioni introduttive - 2. L'antefatto di Weimar. Cenni - 3. I poteri normativi del *Bundesregierung*: quadro riassuntivo e tipologie dirette e indirette - 4. Forme di partecipazione straordinaria alla funzione legislativa - 4.1 Stato di tensione e stato di difesa - 4.2 (Segue) L'emergenza legislativa - 5. L'intervento del *Bundesregierung* nel procedimento legislativo ordinario - 6. Ipotesi particolari di esercizio di funzioni normative del *Bundesregierung* espressamente previste dalla Legge fondamentale - 7. La delega ed i regolamenti normativi, natura giuridica e funzioni - 7.1 La legge delega ed il problema della sua natura - 7.2 I soggetti delegabili - 7.3 Il regolamento normativo: i requisiti formali - 7.4 Requisiti sostanziali e contenuto: i regolamenti con portata individuale - 7.5 Profili procedurali; le ipotesi di intervento del *Bundesrat* - 7.6 Ulteriori riferimenti alla giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* sulla delegazione normativa. Profili di sindacabilità - 8. Le fonti secondarie di natura amministrativa: *Satzungen* e *Verwaltungsvorschriften* - 9. I regolamenti normativi e le altre fonti secondarie: istituti coerenti con il modello costituzionale. 10. Profili di comparazione tra l'esperienza tedesca e quella italiana

Abstract

The present essay discusses the legislative role of the German Federal Government. A number of institutes and normative powers (among which are the agenda and timetable settings, the vetoes, the state of emergency, the state of legislative emergency and the regulatory laws), both direct and indirect, allowed the Bundesregierung to display a fundamental contribution in the law-making process. However, because of the well-known historical events, the Constitutional designers were unwilling for the Government to exert primary legislation powers. The paper - supported by empirical data - aims to investigate how the Government, from being, on paper, a weak player, has become, over the time, a considerable leader in the general legislative policy.

Suggerimento di citazione

R. TARCHI, A. GATTI, *Il potere normativo del governo federale nell'ordinamento costituzionale della Germania*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2018. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

* Il presente saggio è frutto del lavoro comune dei due autori; ciò nondimeno, la stesura dei paragrafi 1, 2, 3, 6, 7, 7.1, e 10 è da attribuire al Prof. Rolando Tarchi ed i paragrafi 4, 4.1, 4.2, 5, 7.2, 7.3, 7.4, 7.5, 7.6, 8 e 9 al dott. Andrea Gatti.

** Professore ordinario in Diritto pubblico comparato nella Università di Pisa
Contatto: rolando.tarchi@unipi.it

*** Dottorando di ricerca in Diritto pubblico comparato nella Università di Pisa.
Contatto: andrea.gatti@jus.unipi.it

1. Considerazioni introduttive

La ricostruzione della potestà normativa dell'esecutivo in Germania, cui è dedicato questo contributo, anche per tracciare un minimo di comparazione con l'Italia, deve prendere le mosse dalle origini del sistema, delineato dalla Legge fondamentale entrata in vigore il 24 maggio del 1949¹, nel quadro della forma di parlamentare fortemente razionalizzata che, allora, si intese costruire².

¹ Il processo costituente di quella che assumerà poi la denominazione di Repubblica federale tedesca prende avvio il 1° luglio 1948 con il c.d. "Documento di Francoforte", con cui i governatori militari delle potenze alleate invitavano i presidenti dei governi dei *Länder*, nel frattempo ricostituiti a procedere in questa direzione. Il primo atto che ne seguì fu la riunione, nell'agosto del 1948, di un gruppo di esperti (Convenzione costituzionale di Herrenchiemense). Gli indirizzi per una legge fondamentale, che costituì poi la base dei lavori che inizieranno subito dopo di un Consiglio parlamentare (*Parlamentarischer Rat*), composto da 65 rappresentanti dei *Länder*, che poi approverà la nuova costituzione l'8 maggio 1949. Con la successiva approvazione da parte dei parlamenti dei *Länder* (eccezione fatta per quello della Baviera), la Legge fondamentale entrerà in vigore il 24 maggio 1949. La differenza fondamentale con le omologhe vicende francese ed italiana nel mancato coinvolgimento del corpo elettorale nel suo complesso, non procedendosi né ad una ratifica del progetto per via referendaria, né all'elezione di un'Assemblea: Questo anche al fine di non considerare la costituzione che si andava approvando come un documento definitivo, in un contesto nel quale il popolo tedesco era stato diviso in due Stati distinti.

² I caratteri e le dinamiche della forma di governo tedesca sono talmente note da consentire solo succinti richiami. In aggiunta alla struttura federale ed al ruolo centrale riconosciuto alla giurisdizione costituzionale, la razionalizzazione della forma di governo va ricondotta, oltre che alla marginalizzazione del Capo dello stato, cui il GG conferisce attribuzioni ben delimitate - artt. 59 e 60 GG - (ed il cui potere di scioglimento del *Bundestag*, che rimane quello di maggiore rilievo, è subordinato a condizioni particolarmente rigide), alle modalità di formazione del governo e del rapporto fiduciario (artt. 63-64, 67 e 68 GG). Queste ultime sono incentrate sull'elezione del Cancelliere, di norma (secondo quanto si è finora sempre verificato nella prassi) a maggioranza assoluta da parte *Bundestag* e sulla sua possibile rimozione solo a seguito dell'approvazione, ancora a maggioranza assoluta di una mozione di sfiducia costruttiva, con il cancelliere che, per modalità di investitura e attribuzioni conferite (art. 65 GG) diviene la chiave di volta del sistema (c.d. *Kanzelerdemokratie*). Quanto alle dinamiche di funzionamento, il sistema parlamentare tedesco non si è mai strutturato in un vero e proprio regime di tipo maggioritario (secondo il c.d. modello *Westminster* teorizzato da A. LIJPHART, *Le democrazie contemporanee*, Il Mulino, Bologna, 2014, p. 31 ss.), semmai come un sistema parlamentare a multipartitismo temperato, che ha funzionato, in alcuni periodi mediante l'alternanza tra coalizioni diverse e, in altri, ormai del tutto prevalenti almeno nella fase più recente, con alleanze tra i due partiti di maggiori dimensioni (*Grosse Koalition*), sulla base di accordi di legislatura e di governi guidati dal leader del partito di maggioranza relativa al *Bundestag*; in argomento cfr. A. DE PETRIS, *Sunt pacta politica etiam servanda? Gli accordi di coalizione nella forma di governo tedesca*, in *Dir. pubb. comp. eur.*, 2014, p. 761 ss. Sul regime parlamentare in Germania, anche in senso non del tutto coincidente con quanto da noi indicato, v., tra i numerosi contributi, S. GAMBINO, *Forme di governo. Esperienze europee e Nord-americane*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 108 ss.; M. VOLPI, *Libertà e autorità. La classificazione delle forme di stato e delle forme di governo*, 7° ed., Giappichelli, Torino, 2018, p. 146 ss.; F. LONGO, *Germania*, in A. DI GIOVINE, A. ALGOSTINO, F. LONGO, A. MASTROMARINO, *Lezioni di diritto costituzionale comparato*, Le Monnier, Milano, 2017, p. 300 ss.; H. WERNER, *The Constitution of Germany*, Hart publishing, London, 2011; F. LANCHESTER, *Una breve valutazione dell'esperienza della Legge fondamentale ed un confronto con l'Italia*, in G. CERRINA FERONI, F. PALERMO, G. PARODI, P. RIDOLA (a cura di), *I 60 anni della Legge fondamentale tra memoria e futuro*, Giappichelli, Torino, 2012.

Come è già stato segnalato in uno dei primi studi che la dottrina italiana ha dedicato all'argomento³, le scelte operate dal potere costituente tedesco si orientarono nel senso di circoscrivere in misura significativa il potere normativo del Governo, relegando ai margini del sistema delle fonti rispetto al ruolo centrale riconosciuto alla legislazione federale e, aggiungiamo noi, alle estese competenze, anche di carattere normativo, attribuite ai *Länder* nel rinnovato impianto federale che tornava ad essere uno dei cardini dell'ordinamento costituzionale.

Questa scelta, come numerose altre operate dal *Grundgesetz* (d'ora in poi GG), allo stesso modo di quanto si può sostenere a proposito della Costituzione italiana (ed in misura decisamente minore per la coeva Costituzione francese del 1946), può essere ricondotta al clima culturale imperante (in Germania ancora più che in Italia) nei primi anni del secondo dopoguerra di reazione ai regimi totalitari (quello tedesco) e autoritari⁴ (quello italiano) che si erano affermati nei decenni immediatamente precedenti, per segnare un'evidente discontinuità con quelle esperienze storiche che si erano consumate con epiloghi tragici⁵.

Per quanto la Costituzione tedesca non rinunci ad adottare meccanismi giuridici di stabilizzazione del potere esecutivo, rafforzando il ruolo del Governo e, in particolare del suo vertice, il Cancelliere, quanto a titolarità di poteri normativi propri l'organo viene fortemente limitato nelle sue prerogative. L'unica previsione al riguardo è quella dell'art. 80 GG, alla quale dedicheremo gran parte della nostra attenzione nelle pagine successive, che si limita a riconoscere al Parlamento la facoltà di conferire ad organi del Governo federale (o a quelli dei *Länder*) il potere di emanare decreti normativi⁶.

³ Cfr. P. CARETTI, E. CHELI, *Statute and Statutory Instrument in the Evolution of European Constitutional Systems*, in A. PIZZORUSSO (ed.), *Law in the Making. A Comparative Survey*, Springer Verl., Berlin, 1988, p. 140 ss.

⁴ Secondo la distinzione tra forme di stato utilizzata, tra gli altri, da M. VOLPI, *Libertà e autorità*, cit., p. 43, cui si rinvia per ulteriori richiami.

⁵ Non dobbiamo peraltro trascurare che, seconda altra accreditata ricostruzione, i rapporti tra la Costituzione di Bonn e quella di Weimar non dovrebbero essere ricostruiti solo in termini rottura-avversità, risultando ben più articolati e sicuramente influenzati dal clima di contrapposizione tra le potenze vincitrici che era andato rapidamente maturando dopo la fine della guerra; cfr., F. LANCHESTER, *Le costituzioni tedesche da Francoforte a Bonn*, Giuffrè, Milano, 2° ed., 200, p. 105 ss., anche per riferimenti alla letteratura tedesca.

⁶ Si utilizza il testo della traduzione del GG riportato in G. CERRINA FERONI, T.E. FROSINI, A. TORRE, *Codice delle costituzioni*, I, Cedam, Padova, 2016.

Per comodità di lettura riportiamo il testo dell'art. 80 GG.

(1) La legge può conferire al Governo federale, ad un Ministro federale o ai Governi dei *Länder* il potere di emanare decreti normativi. Nella legge devono essere specificati il contenuto, lo scopo e i limiti della delega concessa. Il fondamento giuridico deve essere indicato nel decreto. Se la legge prevede che una delega possa essere ulteriormente trasferita, allora per il trasferimento della delega è necessario un decreto normativo.

In proposito meritano di essere immediatamente sviluppate due considerazioni generali, per ricondurre il profilo specifico di cui ci stiamo occupando alle coordinate generali dell'ordinamento costituzionale. In primo luogo, va ricordato come l'art. 20 commi 2 e 3 GG richiami in modo esplicito il principio della separazione dei poteri, la cui deroga, consentita dal regime costituzionale precedente (v. *infra*, § 2), è stata considerata dalla dottrina tedesca come una delle ragioni principali della crisi dello stato costituzionale e dell'ascesa al potere del Nazional-socialismo. In particolare, nella declinazione di questo principio, si ribadisce la subordinazione del potere esecutivo "alla legge e al diritto"⁷. In secondo luogo, poi, in un sistema che si regge sul principio del coordinamento e della cooperazione tra poteri, prevale l'idea per cui Parlamento e Governo non vadano considerati come poteri in contrapposizione tra loro; conseguentemente, come è proprio della logica dei regimi parlamentari, anche in punto di esercizio delle funzioni normative, si è preferito mantenere la centralità della legislazione ordinaria, alla quale concorre in materia determinante lo stesso potere esecutivo, depositario e custode dell'indirizzo politico di maggioranza. Detto in altri termini, il Governo concorre all'esercizio della funzione legislativa "attraverso il Parlamento" ed il collegamento organico che si determina con la sua maggioranza⁸, piuttosto che "nonostante il Parlamento", secondo quanto

(2) Richiedono l'approvazione del *Bundesrat*, a meno che una regolamentazione federale non disponga diversamente, I decreti normativi del Governo federale o di un Ministro che riguardano i principi delle tariffe relativi all'uso delle infrastrutture delle poste e delle telecomunicazioni, i principi relativi alla riscossione delle tariffe l'uso delle ferrovie federali, la costruzione e la gestione delle ferrovie, nonché i decreti normativi basati su leggi federali che richiedono l'approvazione del *Bundesrat* o la cui esecuzione spetta ai *Länder* a titolo di competenza propria o su delega dello Stato federale.

(3) Il *Bundesrat* può trasmettere al Governo federale progetti per l'emanazione di decreti normativi che richiedono l'approvazione del *Bundesrat*.

(4) Nel caso in cui ai governi dei *Länder* venga conferito con legge federale o in base alle leggi federali il potere di emanare decreti normativi, i *Länder* possono adottare una disciplina normativa in materia anche mediante legge.

⁷ L'art. 20 comma 2 risulta così formulato: "Ogni potere dello Stato promana dal popolo. Esso è esercitato dal popolo mediante elezioni e votazioni e tramite specifici organi del potere legislativo, esecutivo e giurisdizionale." In base alla comma 3, si aggiunge: "Il potere legislativo è vincolato all'ordinamento costituzionale, il potere esecutivo e il potere giurisdizionale sono vincolati alla legge e al diritto".

⁸ Si tratta di una semplificazione, che vale, in questi termini soltanto per le leggi monocamerale, che non richiedono l'intervento del *Bundesrat*, vero e proprio perno della struttura federale dello Stato tedesco, la cui composizione politica può risultare significativamente difforme (e meno favorevole al Governo, secondo quanto si è concretamente verificato in alcuni periodi del passato) da quella del *Bundestag*. Senza poter entrare nel dettaglio della questione, ci limitiamo a ricordare come, anche a seguito della revisione costituzionale operata nel 2006 (c.d. *Föderalismusreform I*), il procedimento legislativo ha una natura bicamerale per la quasi totalità delle materie ascritte alla competenza concorrente (art. 74 GG), mentre in quelle di competenza esclusiva del *Bund* (art. 73), salvo

avviene in altri contesti, come quello italiano, nei quali il potere esecutivo dispone di estese prerogative quanto alla possibilità di adottare atti con forza di legge.

È per questa ragione che nei paragrafi seguenti l'attenzione, seppure con succinti richiami, sarà rivolta anche agli istituti (come l'iniziativa legislativa o la questione di fiducia) che consentono al Governo tedesco di avviare l'iter legislativo e di partecipare al suo svolgimento.

Da quanto appena detto, inoltre, emerge una prima chiara differenza tra il sistema tedesco e quello italiano; se l'art. 80 GG circoscrive entro confini piuttosto rigidi la potestà normativa dell'esecutivo, non altrettanto può dirsi con riguardo agli art. 76 e 77 della nostra Legge fondamentale. I limiti imposti all'intervento governativo (le condizioni straordinarie di necessità e urgenza per i decreti-legge, così come quello dei principi e criteri direttivi, dell'oggetto e della delimitazione temporale per la delegazione) si sono dimostrati apparenti; l'attribuzione del potere e la possibilità di utilizzarlo per iniziativa propria (come per la decretazione d'urgenza) ha in sé una forza, che poi si è manifestata sul piano dell'effettività e delle decisioni politiche, difficilmente contenibile con l'attivazione di contromisure di natura giuridica, siano esse preventive (come per i limiti imposti), che successive, da esercitare in sede di controllo.

Non è un caso, come ci dimostrano i riferimenti comparatistici, che la Costituzione italiana rimanga una di quelle che ha trattato con maggiore generosità la disciplina dei poteri normativi dell'esecutivo e tra le pochissime che ha introdotto la decretazione d'urgenza come una modalità straordinaria (ma non troppo) d'intervento legislativo diretto.

Come avremo modo di ribadire nelle conclusioni, questa diversità di disciplina costituzionale ha esercitato un'influenza determinante sull'evoluzione successiva e sulla prassi che è venuta ad instaurarsi nei due ordinamenti. È vero che anche in Germania, come nella maggior parte dei sistemi parlamentari nella seconda metà del '900⁹, si è registrata una tendenziale e progressiva espansione dell'esercizio di poteri normativi da parte

limitatissime eccezioni, la decisione è riservata alla Camera politica, a conclusione di un complesso iter disciplinato dagli artt. da 76 a 78 GG.

⁹ Il fenomeno è noto al punto da consentire solo alcuni richiami bibliografici essenziali; cfr. A. Pizzorusso, *Recenti tendenze del parlamentarismo*, relazione generale sul tema, XIV^o Congresso internazionale di diritto comparato, Atene, 31 luglio – 6 agosto 1994, in *Boll. inf. cost. e parl.*, 1994, n. 1, p. 43 ss.; ID., *L'ampliamento dei poteri normativi dell'esecutivo nei principali ordinamenti occidentali: a cinquant'anni dal saggio di Enzo Cheli*, in P. CARETTI, M.C. GRISOLIA, *Lo Stato costituzionale: la dimensione nazionale e la prospettiva internazionale. Scritti in onore di Enzo Cheli*, Bologna, Il Mulino, 2010, p. 105 ss. Per indicazioni statistiche si possono consultare i dati riportati in Rapporto 2012 sulla legislazione tra Stato, Regioni e Unione europea, Vol. II, Tomo II, a cura della Camera dei Deputati, XVI legislatura, Roma, 2012, che tratta delle esperienze di Francia, Germania, Regno unito e Spagna.

di organi dell'esecutivo¹⁰, ma questo è avvenuto con modalità ed in una misura non deformante per il sistema, che ha mantenuto le sue caratteristiche fondamentali; tanto è vero che in nessuno dei molteplici passaggi di revisione costituzionale (circa 60 e neanche in quelli particolarmente incisivi del 1968 e del 2006) si è proposto di modificare l'art. 80 GG o, comunque di disegnare diversamente il ruolo del Governo quanto a poteri normativi spettanti¹¹.

Sulla degenerazione della situazione italiana è inutile spendere ulteriori parole, certamente la parola "abuso", che da decenni viene utilizzata per descrivere il fenomeno è ormai del tutto insufficiente a rappresentarlo compiutamente¹².

2. L'antefatto di Weimar. Cenni

Come già anticipato nelle considerazioni introduttive, il rapporto tra Parlamento e Governo in tema di delegazione normativa e più in generale la disciplina della potestà regolamentare dell'esecutivo ha risentito, in Germania, ancora più che in altri Paesi europei, del trascorso storico che ne è alla base. Per questo non è possibile trattare natura ed istituti della attuale forma di democrazia parlamentare e delle sue ricadute sul sistema delle fonti del diritto, senza tenere conto delle ragioni storico-istituzionali che ne hanno portato alla creazione.

Pur per rapidi cenni, trattandosi di questioni assai conosciute, va ricordato come alcuni dei correttivi alla forma di governo parlamentare che erano stati introdotti dalla Costituzione di Weimar del 1919 (conosciuta con l'acronimo WRV), che riguardavano proprio la distribuzione del potere normativo, lungi dal garantire una maggiore stabilità, come era nelle intenzioni dei costituenti, avessero prodotto l'effetto contrario. Il multipartitismo che si era generato e la conseguente frammentazione della rappresentanza politica, oltre a determinare una grave instabilità, contribuirono a marginalizzare il ruolo del Parlamento, anche nella sua qualità di legislatore¹³.

I correttivi cui facciamo riferimento consistevano in particolare in due istituti; il primo si identificava nel potere di ordinanza attribuito al Presidente

¹⁰ Come già segnalavano P. CARETTI, E. CHELI, op. loc. cit.

¹¹ Le uniche modifiche apportate all'art. 80 GG, delle quali daremo conto successivamente nel testo hanno riguardato le modalità di intervento del *Bundesrat* nel procedimento di emanazione dei decreti normativi, in conseguenza delle variazioni introdotte alle dinamiche delle relazioni federali.

¹² La letteratura in argomento è sterminata; ci sia consentito rinviare alla serie di contributi pubblicati in questa Rivista; cfr. R. TARCHI (a cura di), *Governo vs. Parlamento? Evoluzioni del potere di normazione al tempo della crisi economica*, in *Osservatoriosullefonti*, n. 3/2016.

¹³ In ordine all'evoluzione storica dell'esperienza tedesca cfr. E. PALICI di SUNI, *La regola e l'eccezione. Istituzioni parlamentari e potestà normative dell'esecutivo*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 39 ss.

del *Reich* dall'art. 48 WRV¹⁴, che, con una formulazione assolutamente generica consentiva di adottare le misure necessarie al ristabilimento dell'ordine e della sicurezza pubblica. Tale potere non era, quindi, riconducibile ad un concetto di delegazione ed operava, piuttosto, come una forma di decretazione d'urgenza, la cui disponibilità era rimessa alle autonome decisioni del Presidente del *Reich*, mediante la quale, comunque, era possibile l'attribuzione al Governo una potestà materialmente legislativa di natura autonoma. Come è ben noto, la prassi degenerativa che ne seguì, sfruttando le larghe maglie interpretative che consentivano un disinvolto utilizzo dell'istituto (non era richiesta nemmeno una motivazione formale per il suo utilizzo), portarono a ripetute e continue sospensioni delle garanzie costituzionali non solo individuali, ma anche istituzionali¹⁵. Inoltre, come emerge dallo studio della casistica, non tutte potevano dirsi giustificate da reali esigenze di eccezionalità e urgenza¹⁶.

Le primissime ordinanze di emergenza furono emanate dal primo Presidente del *Reich* Friedrich Ebert a partire dall'agosto del 1919¹⁷, ma fu a partire dal 1930, parallelamente alla crescita dell'instabilità politico-

¹⁴ Art. 48: [...] Il presidente può prendere le misure necessarie al ristabilimento dell'ordine e della sicurezza pubblica, quando essi siano turbati o minacciati in modo rilevante, e, se necessario, intervenire con la forza armata. A tale scopo può sospendere in tutto o in parte la efficacia dei diritti fondamentali stabiliti dagli articoli 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 153. [...]. V. anche D. SCHEFOLD, *Gli atti legislativi del Governo e i rapporti fra i poteri nel diritto tedesco*, in *Riv. di Dir. Costituzionale*, 1996, pp. 191 - 206, in particolare p. 198 ss.

¹⁵ Si ricordi l'ordinanza per il trasferimento del comando sull'Esercito al Ministro dell'Esercito (*Verordnung, betreffend die Übertragung des Oberbefehls über die Wehrmacht des Deutschen Reichs auf den Reichswehrminister*) del 20 agosto 1919, con cui il Presidente Ebert si assumeva i poteri di comando e, letteralmente, ne trasferiva l'esercizio (*Ich übertrage die Ausübung [...]*) al *Reichswehrminister*. Atto, questo, che esigenze di legittimazione formale avrebbe riservato all'azione del potere legislativo. Non sono affatto infondate, quindi, le critiche - anche di autori coevi - all'abuso di questa facoltà: *ex multis* C. SCHMITT, *Die Diktatur des Reichspräsidenten nach Art. 48 der Reichsverfassung*, in *VVdStL* 1924, p. 83 ss.

¹⁶ Può riportarsi, a titolo di esempio, l'ordinanza del 30 agosto 1921 sul divieto di portare uniformi militari. Pur non essendo questa la sede per un'analisi ermeneutica dell'istituto, si consenta di svolgere un breve considerazione. Le varie *Notverordnungen*, al di là del requisito di urgenza ex art. 48 comma 2 WRV, sembrano legate tra loro anche su un piano di metodo: gli interventi del Presidente - organo di indirizzo politico, ma distaccato da una legittimazione popolare diretta - non avevano come scopo esclusivamente quello di riparare ad un ingolfamento del potere decisionale del legislativo (in tal senso, v. P. BLOMEYER, *Der Notstand in den letzten Jahren von Weimar: die Bedeutung von Recht, Lehre und Praxis der Notstandsgewalt für den Untergang der Weimarer*, Duncker & Humblot, Berlin, 1999), ma, investendo ambiti politicamente sensibili (pesanti interventi sulle finanze e dunque sui tributi, limitazioni dei diritti fondamentali, ecc.) comportavano anche, come conseguenza, il sollevamento del Parlamento dalla responsabilità politica per tali scelte impopolari ma (è quanto si riteneva) necessarie.

¹⁷ Le prime ordinanze erano finalizzate soprattutto al contenimento della grave situazione di instabilità dell'ordine pubblico: si ricordino in particolare le due ordinanze "per la tutela della Repubblica" emanate rispettivamente il 26 e il 29 giugno 1922, a seguito dell'assassinio del ministro delle Finanze Walther Rathenau.

parlamentare, che il loro uso aumentò considerevolmente¹⁸. Tra le numerose *Notverordnungen*, che spaziavano dalla gestione dell'ordine pubblico (circa una cinquantina) a misure di politica economica (una decina in tutto), si possono riportare il Decreto sulle bevande (*Verordnung über die Zulassung einer Gemeindegetränksteuer*), del 16 luglio 1930, che imponeva una tassa sul consumo di alcolici (immediatamente invalidato dal *Reichstag*) e il Decreto del Presidente del *Reich* per la protezione del Popolo e dello Stato (*Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat*) del 27 febbraio 1933 - anche conosciuto come il Decreto dell'incendio del *Reichstag* - è invece da considerare tra i tipici strumenti per la tutela dell'ordine pubblico e fu volto a "limitare i diritti di libertà personale, di libertà di espressione - compresa la libertà di stampa, di libertà di assembramento, di riservatezza di corrispondenza e di comunicazione, anche telefonica -, a disporre perquisizioni e confische, a limitare il diritto di proprietà" (§ 1 del Decreto), oltre che a prevedere la legge marziale su tutto il territorio del *Reich* (§§ 4 e 5).

Il secondo istituto da considerare è quello della delega normativa nel senso stretto del termine, anche se di tipo formalmente regolamentare, introdotta dall'art. 77 WRV¹⁹. Il carattere assolutamente generico di questa disposizione costituzionale che, inoltre, non prevedeva nessun tipo di limite alla sua applicazione²⁰, permise, anche in questo caso, l'emersione di una prassi distortiva a favore del potere esecutivo, a cui è riconducibile il noto caso che pose le premesse giuridiche per la stessa dissoluzione dell'esperienza weimariana: l'approvazione della legge conosciuta come *Ermächtigungsgesetz*

¹⁸ La cd. *Ordinanza per il ristabilimento della sicurezza pubblica e l'ordine in Baviera, Sassonia, Württemberg e Baden* faceva fronte alle prime insurrezioni sociali che, nel corso degli anni, attraversarono il Paese fino all'avvento di Hitler. Gli storici del diritto riconducono la nascita del sentimento di accerchiamento della Repubblica e dei suoi Presidenti già al marzo 1920, al *putsch* fallito di Kapp e allo sciopero generale che ne seguì. Da qui in poi il regime di Weimar si sentì costantemente minacciato da destra e da sinistra. In questo clima di tensione, la sfida che si profilò per la Repubblica fu, come è stato detto, "l'essere capace di democraticità anche in caso di emergenza o di guerra civile" (C. SCHMITT, *Der Begriff des Politischen*, Berlin, 1932, tr. it. *Il concetto di Politico*, in *Le categorie del politico*, Il Mulino, Bologna 1972). Ma ciò sarebbe stato possibile solo se i metodi democratici avessero trovato - anche a livello istituzionale - un consenso democratico che, invece, allora mancava del tutto. Per approfondimenti, si veda, H. SCHULTZE, *Weimar. Deutschland 1917-1933*, Berlin, Severin & Siedler, 1982, trad. it. *La Repubblica di Weimar*, Bologna, Il Mulino, 1993.

¹⁹ Art. 77: I regolamenti per l'esecuzione delle leggi sono di competenza del governo se non sia altrimenti disposto dalla legge. Per essi è richiesto il consenso del *Reichsrat* se l'esecuzione delle leggi compete alle autorità dei *Länder*.

²⁰ In proposito cfr. C. DE MALBERG, *La question de la delegation de puissance législative et les rapports entre la loi et l'ordonnance selon la Constitution de Weimar*, in *Bulletin de la Société de législation comparée*, Paris, 1925, p. 335 ss.; P. SCHOEN, *Das Verordnungsrecht und die neuen Verfassungen*, in *Archiv. des öffentlichen Rechts*, citato in E. CROSA, *La dottrina della delegazione di potestà legislativa materiale nel diritto italiano, francese, germanico*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1/1927, 191-218, in particolare pp 200 ss.

(legge di autorizzazione) il 24 marzo 1933²¹. Quest'ultima prevedeva eccezioni di forma e di sostanza all'approvazione delle leggi del *Reich*, riconoscendo, accanto a quello parlamentare, un vero e proprio potere governativo ad emanare leggi ordinarie (in deroga a quanto previsto dalla Costituzione) a patto che le istituzioni della Repubblica/Impero rimanessero intatte (art. 2). L'efficacia della legge di autorizzazione, non soggetta ad alcun termine temporale perentorio, fu originariamente prevista per 4 anni, ma fu successivamente prorogata fino alla caduta del III *Reich*.

Come anticipato, i padri costituenti del 1948 – 1949 avevano ben impresso nelle loro menti questo pericoloso precedente e l'intera esperienza del regime precedente, nel momento in cui si apprestavano a concepire il nuovo assetto di rapporti Governo-Parlamento. La risposta della Legge fondamentale di Bonn fu tuttavia un tentativo di mediazione tra esigenze di conservazione del potere legislativo nelle mani del Parlamento ed esigenze di governabilità: la razionalizzazione, risultato di questo compromesso, ha consentito la tipizzazione di alcuni meccanismi di partecipazione del Governo all'attività legislativa (cfr. *infra* § 3)²² che hanno portato allo sviluppo di una prassi conforme dove il Consiglio dei Ministri federale (o sedi ancora più ristrette) è diventato il luogo di progressiva concentrazione dell'indirizzo politico tedesco²³.

Ed è proprio dalle modalità di partecipazione del potere esecutivo federale al procedimento legislativo che conviene prendere le mosse.

3. I poteri normativi del *Bundesregierung*: quadro riassuntivo e tipologie dirette e indirette

Tenuto conto dei trascorsi storici che abbiamo sinteticamente descritto, l'attuale disciplina costituzionale ci permette di affermare che nell'ordinamento tedesco, in base agli istituti che sono stati introdotti e ad una

²¹ La dizione formale del provvedimento era *Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich*. Sui presupposti di fatto e di diritto che hanno portato alla nota legge e sulle sue caratteristiche, cfr. H. SCHNEIDER, *Das Ermächtigungsgesetz vom 24. März 1933. Bericht über das Zustandekommen und die Anwendung des Gesetzes*, in *Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte*, n. 3/1953, pp. 197 - 221.

²² Del passaggio tra l'ordinamento di Weimar e la Repubblica federale post-bellica è affrontato anche da J. SAURER, *Die Funktionen der Rechtsverordnung*, Duncker & Humblot, Berlin, 2005, in particolare p. 30 ss.

²³ La decisione politica all'interno del Governo, che esercita nella prassi un ruolo di guida della maggioranza parlamentare, è presa ad un livello sempre più apicale e, spesso, ufficioso. A titolo di esempio, sembra ormai assodato che la tradizionale e quotidiana riunione ristretta del Cancelliere detta *Kleine Lage* sia, ormai già dall'era Kohl, seguita da un incontro ancora più ristretto (il *Küchenkabinett*), vero luogo di decisione di ogni questione politica di competenza governativa. Quella del Cancelliere, infatti, è notoriamente la figura centrale che caratterizza la forma di Governo tedesca e che la definisce come *Kanzlerdemokratie*. Cfr. K. KÖNIG, *Operative Regierung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2015.

prassi che nel corso dei decenni si è sviluppata in maniera del tutto coerente e senza particolari sussulti, il Governo federale si trova nelle condizioni di esercitare, sia indirettamente, che direttamente, sia in via ordinaria che straordinaria, un ruolo da co-protagonista con riguardo all'esercizio della funzione normativa complessivamente considerata²⁴.

Per quanto concerne le forme di partecipazione esterna di natura ordinaria, dobbiamo fare riferimento alle modalità di partecipazione del Governo all'esercizio dell'attività legislativo-parlamentare. Sotto questo profilo non emergono significative differenze rispetto a quello che si realizza nella pressoché totalità dei regimi parlamentari, ovviamente con una disciplina peculiare relativamente ad alcuni punti specifici. Così, il Governo ha la facoltà di intervenire in prima persona nel procedimento legislativo ordinario avvalendosi dell'iniziativa legislativa²⁵, di poteri di definizione dell'agenda dei lavori parlamentari (in particolare la pianificazione dell'ordine del giorno, la determinazione della durata del dibattito parlamentare e la scansione

²⁴ Sugli istituti di direzione materiale del procedimento legislativo ordinario, ma anche sui criteri regolamentari e sui principi che ne informano l'agire, si veda quanto riportato da U. SIEBERER, *Agenda Setting in the German Bundestag: a Weak Government in a Consensus Democracy*, in *German Politics*, 15, 2006, 49-72; sui tempi, limiti di contenuto, luoghi e modalità di influenzare l'ordine del giorno da parte del Governo, v. la monumentale opera di M. MORLOK, U. SCHELIESKY, D. WIEFERLSPÜTZ (a cura di), *Parlamentsrecht*, Nomos Verl., Baden-Baden, 2016; così COME H.P. SCHNEIDER E W. ZEH, *Parlamentsrecht und Parlamentspraxis in der Bundesrepublik Deutschland*, De Gruyter, Berlin, 1989.

²⁵ Tale potere è contemplato all'art. 76 del *Grundgesetz* e al § 76 del Regolamento del *Bundestag* (GO-BT). Fino alla XV legislatura le proposte di legge di iniziativa governativa costituivano quasi la metà dei disegni di legge totali presentati al *Bundestag*. Dai primi anni Duemila legislatura le proposte del Governo federale hanno superato quelle di origine parlamentare arrivando dal 67,3% (XVI legislatura) fino al 76% del totale (XVIII legislatura). Cfr. *Deutscher Bundestag, Datenhandbuch (DHB) - Statistik zur Gesetzgebung*, 05 marzo 2018, in www.bundestag.de. Va tuttavia segnalato che, diversamente che dal caso italiano, l'Esecutivo è escluso dalla presentazione di emendamenti, che invece sono riservati ai singoli parlamentari (in II lettura) o ai gruppi (in III lettura) ai sensi dei §§ 82 e 85 del Regolamento del GO-BT.

temporale del voto)²⁶; ha, inoltre, la facoltà di ricorrere alla questione di fiducia e di utilizzare i c.d. poteri di veto²⁷.

Con riguardo alle forme di partecipazione straordinaria²⁸, ovvero esterna, alla funzione legislativa, al Governo è consentito, in circostanze del tutto particolari, assumere su di sé la direzione materiale, comunque temporalmente delimitata, del procedimento legislativo, attraverso istituti che alterano il normale corso dell'attività legislativa ordinaria. Si tratta dei casi di ricorso alla dichiarazione dello stato di tensione o di difesa, o allo stato di emergenza legislativa.

Quanto all'esercizio di potere normativo in modo diretto, come abbiamo già ricordato, al Governo è concessa una potestà normativa di grado secondario, subordinata alla legge: è questo, il caso dell'istituto della delega legislativa²⁹.

Sarà l'analisi di quest'ultimo a costituire l'oggetto della seconda parte del presente contributo. Possiamo anticipare che due sono, ad oggi, le caratteristiche basilari del sistema di delegazione normativa in Germania che emergono dal dettato costituzionale. Da una parte si è escluso, in linea di massima, l'attribuzione al Governo di un potere normativo autonomo di rango primario - anche d'urgenza - con l'eccezione di alcune disposizioni transitorie adesso completamente obsolete di cui si dirà nel proseguo³⁰.

²⁶ Il grosso dell'attività legislativa nel *Bundestag* è svolta in seno alle commissioni e non all'aula. In entrambi gli organi i partiti – sacralizzati nei gruppi parlamentari (detti *Fraktionen*) – rivestono un ruolo indiscutibilmente primario, riconosciuto loro, oltre che dalla prassi, da molte disposizioni del Regolamento del *Bundestag* (GO-BT). La trattazione dei poteri di direzione del procedimento legislativo da parte del Governo esula dal tema specifico del presente saggio, tuttavia, si tenga presente che una buona parte dell'agenda parlamentare viene concepita e regolata dal cd. *Ältestenrat* (Consiglio degli Anziani) del *Bundestag*, composto da delegati dei rispettivi gruppi parlamentari e dove il rappresentante del Governo è ammesso quale osservatore. Per questo motivo, il Governo incide nella determinazione dell'Agenda soprattutto attraverso la sua maggioranza. Per un approfondimento, Di tale prassi dà atto H. DÖRING, *Worauf gründet sich die Agenda-Setzer-Macht der Regierung? Theoretische und vergleichende Perspektiven auf den deutschen Fall*, in PH. MANOW, S. GANGHOF, *Mechanismen der Politik*, MPIgF Verl, Frankfurt a.M., 2005.

²⁷ Oltre a rilasciare un parere obbligatorio per tutti i disegni di legge di iniziativa del *Bundesrat* (art. 76 comma 3 GG), l'Esecutivo può apporre il proprio veto su disegni di legge del *Bundestag* che prevedano ulteriori spese nel bilancio o una riduzione delle sue entrate (art. 113 GG e § 87 GO-BT).

²⁸ Con tale termine si vuole intendere quell'alterazione del procedimento legislativo dovuta a circostanze esterne alla normale (fisiologica) dinamica istituzionale.

²⁹ Per un'introduzione, v. Presidenza del Consiglio dei Ministri (Dipartimento per le riforme istituzionali), *Ricerca comparata in diritto pubblico e costituzionale (Germania)*, testo su www.riformecostituzionali.gov.it, in particolare p. 49 ss.

³⁰ L'incostituzionalità di qualsiasi tentativo di introdurre modelli di decreti legislativi sul modello italiano è stata esclusa dalla dottrina- Cfr. *ex multis*, F. OSSENBÜHL, *Rechtsverordnung*, in J. ISENSEE, P. KIRCHHOFF, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. V, Müller, Heidelberg, 2007, § 104.

Non costituiscono eccezioni a tale regola nemmeno quegli istituti che, in un quadro di (formalmente) intangibile separazione dei poteri e di costante monitoraggio da parte di (almeno) una delle Camere del Parlamento, consentono di far fronte a situazioni emergenziali di ordine interno (stato di emergenza legislativa - art. 81) od esterno (stato di tensione - art. 80a e stato di difesa - 115a). Entrambe le ipotesi, inoltre, non attribuiscono al Governo un vero e proprio potere normativo.

Dall'altra parte, il potere concesso al Governo di emanare regolamenti normativi (*Rechtsverordnungen*), è stato soggetto ad uno stretto scrutinio di legalità che si inverte, in particolar modo, nel controllo in via preventiva che il Parlamento esercita al momento del rilascio dell'autorizzazione necessaria per intervenire.

4. Forme di partecipazione straordinaria alla funzione legislativa

Pur avendo il GG coscientemente mancato di disciplinare espressamente la decretazione d'urgenza, ha contemplato fin dalla sua promulgazione due situazioni straordinarie al ricorrere delle quali l'Esecutivo può essere autorizzato ad assumere ulteriori poteri di regolazione giuridica al di là di quelli già previsti nelle circostanze fisiologiche della vita di governo: gli stati di tensione e di difesa (art. 80.a GG e da 115.a a 115.l), in caso di minaccia di violazione dell'integrità territoriale dello Stato e dunque di una possibile minaccia esterna³¹; lo stato di emergenza legislativa (art. 81), in caso di blocco della fluidità del processo decisionale legislativo e dunque di una minaccia alla stabilità interna del sistema istituzionale³². Con l'approvazione della cd. legge

³¹ L'art. 80a [Applicazione di ordinanze normative per lo stato di tensione]:

(1) Se è stato stabilito nella presente Legge fondamentale o in una legge federale relativa alla difesa, ivi compresa la protezione della popolazione civile, che determinate ordinanze normative (*Rechtsvorschriften*) possono essere applicate solo alle condizioni di cui al presente articolo. L'applicazione al di fuori dello stato di difesa è consentita soltanto se il *Bundestag* ha stabilito l'entrata nello stato di tensione o se ne ha approvato specificamente l'applicazione. Per l'accertamento dello stato di tensione e la specifica approvazione, nei casi di cui dell'articolo 12a, quinto comma, primo periodo e sesto comma, secondo periodo, è richiesta una maggioranza di almeno due terzi dei voti espressi.

(2) I provvedimenti emanati in base alle ordinanze normative di cui al primo comma devono essere abrogate se il *Bundestag* lo richiede.

(3) In deroga a quanto stabilito dal primo comma, è ammissibile l'applicazione di tali ordinanze normative anche sulla base e secondo il tenore di una decisione che è stata presa da un organo internazionale, con l'approvazione del Governo federale, nel quadro di un trattato di alleanza. I provvedimenti di cui al presente comma devono essere abrogati se lo richiede il *Bundestag* a maggioranza dei suoi membri.

³² Articolo 115a [Definizione e accertamento]:

(1) Il *Bundestag*, con l'approvazione del *Bundesrat*, accerta che il territorio federale è aggredito con la forza delle armi o che una tale aggressione viene immediatamente minacciata. L'accertamento

sull'emergenza (*Notstandsgesetz*) del 24 giugno 1968, con cui si sono andati a modificare 28 articoli della GG, non solo si sono rafforzate le già esistenti previsioni sugli stati di tensione e di difesa, ma si sono anche allargate le maglie di intervento, contemplando il ricorso a tali stati anche nei casi di minaccia interna all'ordine liberal-democratico (ciò che in Italia rientra sotto il grave pericolo per l'ordine pubblico) o di catastrofe naturale³³.

Alla esplicita previsione costituzionale di stati di crisi di diversa e di progressiva entità corrisponde il grado di incisività delle competenze affidate al Governo per far fronte alla minaccia. Con il formale riconoscimento dell'esistenza di tali situazioni, il Governo federale (*Bundesregierung*) è autorizzato a esercitare poteri regolamentari talvolta anche senza preventivamente consultare l'organo legislativo. Tuttavia, va ribadito come, anche in tali circostanze sia stato comunque esclusa l'attribuzione al Governo di un qualsiasi potere normativo autonomo di rango primario.

4.1 Stato di tensione e stato di difesa

Lo stato di tensione (*Spannungsfall*), previsto all'art 80a GG, corrisponde al primo livello di emergenza ed è il livello applicativo precedente rispetto al possibile e successivo stato di difesa.

Non trovandosi nessuna disposizione definitiva e non essendosi ancora verificato alcun caso pratico che richiedesse un suo ricorso, non è ancora chiaro a quali condizioni esso possa essere attivato. Astrattamente la sua applicazione si riconduce all'esistenza di un considerevole (ma non imminente) pericolo di attacco esterno³⁴. Tra tali misure adottabili rientrano i provvedimenti di richiamo alle armi, il divieto di abbandono degli obblighi di servizio e la restrizione della libertà di occupazione (art. 12a GG), le norme che disciplinano l'uso delle forze armate per compiti di protezione civile, fino a quelle che disciplinano la regolazione del traffico (art. 87a GG). In questi casi il Governo può adottare atti di regolazione giuridica (*Rechtsvorschriften*), con il consenso preventivo o immediatamente successivo alla loro adozione, della maggioranza assoluta del *Bundestag* ovvero, in caso di sospensione della libertà di occupazione (art. 12a GG), dei 2/3 dell'Assemblea legislativa.

consegue a istanza del Governo federale e necessita di una maggioranza di due terzi dei voti espressi, pari almeno alla maggioranza dei membri del *Bundestag*. [...].

³³ Per un generale approfondimento sulla normativa d'emergenza, si veda H. KONRAD, *Das neue Notstandsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Müller, Heidelberg, 1968. Il profilo legato alla difesa dell'ordine liberal-democratico interno è invece affrontato da H-G. JASCHKE, *Streitbare Demokratie und Innere Sicherheit: Grundlagen, Praxis und Kritik*, Westdt. Verl., Darmstadt, 1991.

³⁴ È indubbio che esso debba venire applicato in occasione di pre-crisi internazionali in cui si teme una possibile aggressione al territorio dello Stato. In proposito, v. M.H. MÜLLER, *Die innerstaatliche Umsetzung von einseitigen Massnahmen der auswärtigen Gewalt*, Duncker & Humblot, Berlin, 1994, p. 115.

Lo stato di difesa (*Verteidigungsfall*) è disciplinato agli artt. 115a ss. GG ed è tecnicamente ricondotto all'emergenza di matrice internazionale connessa con la guerra d'aggressione³⁵. Esso può essere dichiarato (con voto favorevole dei 2/3 della Camera bassa e con parere favorevole dei 2/3 del *Bundesrat*) solo se il territorio federale è aggredito con la forza delle armi o se una tale aggressione è imminente. Qualora il *Bundestag* non possa riunirsi o non raggiunga il quorum richiesto, l'accertamento dell'esistenza dei requisiti per dichiarare lo stato di difesa può essere operato da una commissione mista *Bundestag/Bundesrat* (*Gemeinsame Aufschuss*). Se l'aggressione al territorio è già in atto, lo stato di difesa opera *ipso iure*. A seguito della dichiarazione (o della invasione), la Federazione assume la potestà legislativa concorrente anche per le materie che appartengono alla competenza legislativa dei *Länder* (art. 115c, comma 1). Con la proclamazione dello stato di difesa, per ovvie ragioni di efficacia e rapidità delle decisioni, la Legge fondamentale prevede anche una modifica del procedimento legislativo: le proposte di legge del Governo federale, da esso designate come urgenti, devono essere sottoposte contemporaneamente all'esame delle due Camere o, in caso di particolare urgenza, approvate dalla Commissione comune composta da rappresentanti delle due camere. Lo stato di difesa, pur non comportando per il Governo federale alcun ampliamento dei suoi poteri normativi sotto il profilo contenutistico, prevede nondimeno un ampliamento e uno snellimento della sua capacità operativa e decisionale, sotto tre profili.

Innanzitutto, sotto il profilo amministrativo, il Governo federale può, previa informazione al Parlamento, utilizzare la polizia federale in tutto il territorio federale, di assumere il controllo diretto delle polizie dei *Länder* e di impartire istruzioni ai governi e ad altre autorità statali (art. 115f)³⁶.

In secondo luogo, l'ampliamento coinvolge il profilo militare: il cancelliere assume il comando diretto delle forze armate (115b)³⁷.

In terzo luogo, sotto il profilo dell'iniziativa legislativa: l'art. 115d che, derogando alla procedura legislativa ordinaria (artt. 76, 77, 78, 82), prevede

³⁵ L. MEZZETTI, *Comando costituzionale delle Forze Armate e gestione degli stati di crisi nella Repubblica Federale di Germania*, in *Diritto e società*, fasc. 2 (giugno), 1991, pp. 307 - 354.

³⁶ Nel successivo art. 115i si prevede invece l'ipotesi opposta ovvero il caso in cui i competenti organi federali non siano in grado di assumere i provvedimenti necessari per rimuovere il pericolo e la situazione richiede immediatamente una pronta azione indipendente nelle singole parti del territorio federale, i governi dei *Länder*, o le autorità, o gli incaricati da essi indicati sono autorizzati a prendere, nei rispettivi ambiti di competenza, i provvedimenti menzionati dall'articolo 115f.

³⁷ Sul tema si rimanda al contributo di L. MEZZETTI, *Comando costituzionale delle Forze Armate e gestione degli stati di crisi nella Repubblica Federale di Germania*, cit., loc. cit. Ricordiamo che ai sensi dell'art. 65°, comma 1, la direzione ed il comando delle forze armate in tempo di pace è attribuito al Ministro della difesa; soltanto in caso di guerra la titolarità di questi poteri viene assunta dal Cancelliere.

una vera e propria procedura d'urgenza (*Notstandsgesetzgebung*) e la trasformazione del Parlamento in un organo emergenziale: quelle proposte di legge del Governo federale, da esso designate come urgenti, devono essere sottoposte al *Bundesrat* contemporaneamente alla presentazione al *Bundestag*. Entrambe le Camere devono discutere congiuntamente tali proposte in tempi fortemente contingentati. La Commissione Comune, nel frattempo istituita, può decidere inoltre, a maggioranza del 2/3, di assumere unitariamente i poteri delle due Camere che rappresenta (art. 115e) e formando – come è stato detto – un vero e proprio *Parlamento di emergenza*³⁸.

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*³⁹.

4.2 (Segue) L'emergenza legislativa

L'emergenza legislativa (*Gesetzgebungsnotstand*, prevista all'art. 81 GG) può essere considerata un modo indiretto attraverso il quale il Governo assume di fatto l'esercizio di particolari funzioni di carattere sostanzialmente legislativo.

L'istituto è stato pensato come un completamento del disegno fortemente razionalizzato della forma di governo parlamentare, realizzando un bilanciamento tra l'esigenza di rispettare il principio della rappresentanza politica e quella di assicurare comunque la governabilità del Paese; ovvero, fintanto che la Camera di rappresentanza del popolo tedesco, il *Bundestag*, è in grado di funzionare, deve essere mantenuta la sua sovranità. Nel momento in cui, invece, le capacità di funzionare dell'Organo siano compromesse, e da questo derivi una paralisi dell'intero impianto costituzionale, viene riconosciuto al *Bundesregierung*, a certe condizioni e nel rispetto delle garanzie delineate dal GG, il potere di chiedere il suo esautoramento temporaneo per assicurare il governo del Paese.

Una tale possibilità è contemplata nel caso in cui il *Bundestag* non abbia approvato la richiesta di fiducia presentata dal Cancelliere e, nello stesso tempo, non sia stato in grado di sostituirlo (art. 68 GG). Se il Presidente non ritiene di dover procedere allo scioglimento della Camera bassa, su richiesta del Governo e con l'assenso della Camera federale (*Bundesrat*), ha il potere di

³⁸ Cfr. W. HAUN, *Die Verfassungsordnung der Bundesrepublik Deutschland*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012, p. 180.

³⁹ Si veda, R. ARNOLD, *Die Diskussion über das neue Weißbuch: Verteidigungsfall auch bei Terroranschlägen?*, in *Recht und Politik*, vol. 42, n. 3, 2006, pp. 136-139.

La base giuridica di diritto internazionale che legittima questa interpretazione risiede nella Risoluzione del Consiglio di Sicurezza dell'ONU all'indomani degli attacchi terroristici dell'11 settembre 2001 (n. 1368/2001), considerati come un'aggressione militare.

dichiarare l'emergenza legislativa per permettere l'approvazione di un progetto di legge (ad eccezione delle leggi costituzionali)⁴⁰ che il *Bundesregierung* ritenga essenziale ed urgente. Tale progetto verrà quindi riproposto alla Camera bassa. Se quest'ultima lo respinge nuovamente o lo approva in una stesura che il Governo federale considera inaccettabile, il progetto di legge si intende adottato in via definitiva a seguito dell'approvazione del solo *Bundesrat* (art. 81 comma 2 GG). Siffatta procedura, inoltre, può essere attivata anche nei casi in cui il *Bundestag* non si esprima sulla richiesta del Governo federale entro quattro settimane dalla sua presentazione della proposta di legge.

Lo stato di emergenza legislativa può avere una durata massima di sei mesi, a partire dalla sua dichiarazione iniziale. Decorso tale termine, durante la permanenza in carica del medesimo Cancelliere federale, non è ammessa un'ulteriore richiesta volta ad ottenere una dichiarazione ulteriore dello stato di emergenza legislativa⁴¹.

Come è del tutto evidente, con l'utilizzazione dello stato di emergenza legislativa, il procedimento legislativo viene alterato, in quanto l'organo deputato ad approvare l'atto, viene privato delle sue prerogative. Ancora una volta deve essere però ribadito che, ciò nonostante, i poteri normativi del Governo non vengono sostanzialmente modificati o ampliati a seguito della dichiarazione del *Gesetzgebungsnotstand*: nello stato di emergenza, ciò che di fatto il Governo acquista è un ampio potere di controllo dell'agenda politica⁴², spettando comunque alla Camera federale l'approvazione definitiva del progetto di legge.

La ricostruzione operata ha, al momento un valore solo teorico; tale istituto, infatti, non ha finora, mai trovato applicazione pratica dalla nascita della Repubblica, in ragione del funzionamento ordinato e stabile della forma di governo tedesca.

5. L'intervento del *Bundesregierung* nel procedimento legislativo ordinario

Al di là delle procedure straordinarie sulle quali ci siamo soffermati, il GG consente al Governo federale alcune modalità "ordinarie" di partecipazione al

⁴⁰ La dottrina ritiene pacificamente che la facoltà accordata al Presidente come potere sostanzialmente presidenziale e risieda nella sua funzione di garanzia di salvaguardare l'ordine costituzionale. Tuttavia, il parere del Cancelliere diviene determinante ove si pensi che quest'ultimo ha il potere di iniziativa

⁴¹ Natura, presupposti e funzioni dell'istituto nelle intenzioni originarie dei costituenti sono affrontate da W. JELLIENEK, H. SCHNEIDER, F. KLEIN, H. HERRFARRDT, *Kabinettsfrage und Gesetzgebungsnotstand nach dem Bonner Grundgesetz*, De Gruyter, Berlin, 1950, contributo tuttora attuale, ii quali ricordano anche le ragioni storiche che hanno portato a concepirlo: il superamento dell'ingolfamento istituzionale di Weimar.

⁴² H. DÖRING, C. HÖNNIGE, *Vote of confidence procedure and Gesetzgebungsnotstand: Two toothless tigers of governmental agenda control*, in *Journal on German Politics*, vol. 15, n. 1/2006, pp. 1 - 26.

procedimento legislativo, alle quali, per l'economia di questo lavoro, possono essere comunque dedicate solo sintetiche considerazioni.

Questo può avvenire: mediante l'esercizio del potere di iniziativa legislativa (art. 76 commi 1 e 2 GG); per mezzo del parere obbligatorio che il Governo deve esprimere sui progetti di legge presentati per iniziativa del *Bundesrat* (art. 76 comma 3 GG) o del *Bundestag* (art. 113 GG)⁴³.

Sono quasi inesistenti, invece, i poteri che il Governo può esercitare direttamente sulla predisposizione dell'ordine del giorno dei lavori del *Bundestag*⁴⁴. Questa decisione è rimessa ai gruppi parlamentari (*Fraktionen*) di maggioranza, sui quali, comunque, l'esecutivo è in grado di esercitare un significativo potere di influenza⁴⁵.

Per quanto attiene al potere di iniziativa legislativa, il Governo federale, è uno dei soggetti a cui la Legge fondamentale consente di presentare disegni di legge (art. 76 GG e il § 76 del Regolamento del *Bundestag* (*Geschäftsordnung des Bundestags*, GO-BT). Le proposte del Governo, prima di essere trasmesse al *Bundestag*, devono ottenere il parere favorevole del *Bundesrat*. Va inoltre segnalato che, diversamente che dal caso italiano, l'Esecutivo è escluso dalla presentazione di emendamenti, che invece sono riservati ai singoli parlamentari (in II lettura) o ai gruppi (in III lettura) ai sensi dei §§ 82 e 85 GO-BT. Infine, ulteriore elemento di marginalizzazione dell'apporto dell'Esecutivo, è

⁴³ Oltre a rilasciare un parere obbligatorio per tutti i disegni di legge di iniziativa del *Bundesrat* (art. 76 c. 3° GG), l'Esecutivo può apporre il proprio veto su disegni di legge del *Bundestag* che prevedano ulteriori spese nel bilancio o una riduzione delle sue entrate (art. 113 GG e § 87 GO-BT). In tal caso la Camera bassa, prima di approvare le norme, deve attendere il parere del Governo (o comunque un periodo di comporta di sei settimane). Il Governo, nel proprio parere, può chiedere una nuova decisione da parte della Camera: in tal caso il disegno di legge è rinviato sia alla commissione competente sia alla commissione bilancio.

⁴⁴ Tra questi si trova innanzitutto la delimitazione dei contenuti delle norme: la prassi parlamentare prevede un'omogeneità di contenuto dei progetti di legge o degli emendamenti presentati dal Governo (H.P. SCHNEIDER, H. ZEH, *Parlamentsrecht und Parlamentspraxis in der Bundesrepublik Deutschland*, cit., 901). Anche sotto il profilo dell'organizzazione temporale del lavoro il Governo ha un margine di manovra molto limitato. In plenaria, gli strumenti di accelerazione del procedimento legislativo, quali la distribuzione del tempo di parola (§ 28 GO-BT) e la chiusura anticipata della discussione (§ 25 GO-BT) sono tutti poteri in mano alle frazioni. Allo stesso modo, anche per quanto riguarda le procedure di voto, il Governo incide nel procedimento solo per mezzo della propria maggioranza: non è previsto alcuno strumento di prioritizzazione per le proposte governative né altro potere che permetta al Governo di privilegiare le proprie proposte, modificando l'ordine di voto stabilito dalla Presidenza dell'Aula o determinando l'accorpamento di emendamenti. Su tali questioni v. U. SIEBERER, *Agenda Setting in the German Bundestag*, cit.; M. MORLOK, U. SCHELIESKY, D. WIEFELSPÜTZ, *Parlamentsrecht*, cit.

⁴⁵ L'ordine del giorno, ai sensi del § 20 GO-BT, è normalmente concepito e stabilito in seno al Consiglio degli Anziani. A tale riunione è legittimato a partecipare, in qualità di osservatore, un componente del Governo il quale non ha diritto di voto in senso al Consiglio. Non esiste alcun diritto del Governo a vedersi inserire le proprie proposte o i propri emendamenti nell'ordine del giorno e la discussione di altre proposte presentate dal Governo dopo la fissazione dell'agenda, come in genere anche quasi tutte le proposte dei gruppi, richiedono l'unanimità delle Frazioni (§ 20 c. 3° GO-BT).

rappresentato dalla circostanza che, nella prassi, le commissioni permanenti del *Bundestag* riscrivono frequentemente i progetti di legge⁴⁶. Ciò premesso, non è trascurabile l'apporto, anche in termini meramente numerici, del Governo nella fase della iniziativa, dal momento che la maggior parte delle proposte legislative presentate e approvate provengono appunto da tale organo⁴⁷.

Il secondo versante in cui il Governo può esercitare una direzione formale dei lavori della Camera riguarda i poteri di nulla osta. Oltre a rilasciare un parere obbligatorio per tutti i disegni di legge di iniziativa del *Bundesrat* (art. 76 c. 3° GG), l'Esecutivo può apporre il proprio veto sui progetti di legge di quest'ultimo che prevedano ulteriori spese nel bilancio o una riduzione delle sue entrate (art. 113 GG e § 87 GO-BT). In tal caso il *Bundestag*, prima di approvare le norme, deve attendere il parere del Governo (o comunque un periodo di comporta di sei settimane). Il Governo, nel proprio parere, può chiedere una nuova decisione da parte della Camera: in tal caso il disegno di legge è rinviato sia alla commissione competente sia alla commissione bilancio. Anche qualora la legge sia già stata approvata dal *Bundestag*, il Governo ha facoltà, entro quattro settimane dalla sua approvazione di richiedere che quest'ultimo riapprovi nuovamente la legge (art. 113 c. 2° GG). Una procedura assai simile è applicabile, in generale, per tutti i provvedimenti di natura finanziaria (i cd. *Finanzvorlage* contemplati a § 96 GO-BT)⁴⁸. Nella prassi anche questo strumento riveste un'importanza relativa, sia perché è stato utilizzato assai raramente, sia per le numerose modalità con cui il *Bundestag* è capace di bypassarlo⁴⁹.

⁴⁶ E. KLEIN, *Gesetzgebung ohne Parlament?*, De Gruyter, Berlin, 2004 e ID., *The Bundestag - Still the Centre of Decision-Making?*, in L. HELMS, (a cura di) *Institution and Institutional Change in the Federal Republic of Germany*, McMillan, Palgrave (UK), 2000.

⁴⁷ Fino alla XV legislatura le proposte di legge di iniziativa governativa erano già quasi la metà dei disegni di legge totali presentati al *Bundestag*. Un ulteriore aumento della produzione è riscontrabile a partire dalla XVI legislatura, quando le proposte del Governo federale (*Bundesregierung*) superano quelle di origine parlamentare fino ad arrivare al 67,3% nella legislatura appena trascorsa (XVIII), dove su 788 proposte, 530 provenivano dal Governo. Cfr. DEUTSCHER BUNDESTAG, *Datenhandbuch (DHB) - Statistik zur Gesetzgebung*, 05 marzo 2018, in www.bundestag.de.

⁴⁸ § 96 GO-BT: "Sono provvedimenti di natura finanziaria tutte le proposte che a causa del loro significato essenziale o della loro portata finanziaria siano idonee ad incidere in modo rilevante sulle finanze pubbliche della Federazione o dei *Länder* e che non siano provvedimenti di bilancio ai sensi del § 95".

⁴⁹ Per le ulteriori spese o la riduzione delle entrate di bilancio, v. *supra*. Riguardo ai provvedimenti di natura finanziaria, il c. 4 del § 96 GO-BT fa salva la possibilità, da parte della Commissione bilancio, di presentare una proposta di copertura delle minori entrate o delle maggiori spese che il provvedimento comporti (frase 2) e di esprimersi sul merito del parere emesso dal Governo (frase 4). Qualora la Commissione Bilancio non possa fare alcuna proposta di copertura, il provvedimento è infine presentato al *Bundestag* il quale può, come ultimo tentativo, discutere (e decidere) sulla possibilità di una sua copertura.

Un efficace strumento di pressione diretta sui lavori parlamentari è il ricorso alla richiesta di fiducia contemplata all'art. 68 GG. La declinazione tedesca dell'istituto, peraltro, risulta assai diversa da quella italiana, sia per quanto riguarda la disciplina costituzionale che, soprattutto la prassi che ne è derivata.

Come è ben noto, l'istituto permette in teoria al Governo di controllare contenuti e tempistica dell'esercizio del potere legislativo. Tuttavia, tale strumento è stato utilizzato molto di rado nella prassi della *Bundesrepublik* (si ricordano solo quattro episodi: rispettivamente, nel 1972, nel 1983, nel 2001 e nel 2005); non solo, le finalità per le quali si è fatto ricorso ad esso sono state essenzialmente strumentali e volte a conseguire risultati in termini di politica generale, piuttosto che in relazione a singole questione discusse dinanzi al *Bundestag*, al punto che si è arrivati a considerare da parte di alcuni questo utilizzo *de facto* come un abuso, rispetto al modo in cui l'istituto era stato originariamente concepito.

Il primo caso, nel 1972, ha trovato come promotore il cancelliere Willy Brandt (SPD) il quale, ritenendo (elettoralmente) maturi i tempi chiese alla sua stessa maggioranza di respingere, come poi effettivamente accadde, la questione di fiducia da lui stesso posta. Il secondo utilizzo fu provocato da Helmut Kohl (CDU) nel 1983, cancelliere in carica a seguito di un voto di sfiducia costruttiva del parlamento che aveva visto i liberali, il cui voto era determinante per il raggiungimento della maggioranza, consegnare il proprio sostegno ai cristiano-democratici. Anche in questo caso Kohl chiese alla propria maggioranza di respingere la questione per andare anticipatamente alle urne e rafforzare, in tal modo, la nuova coalizione democristiana- liberale⁵⁰. La terza "finta" crisi di Governo, anch'essa conclusasi con successo, è quella provocata da Gerhard Schroeder (SPD) nel 2005⁵¹. Nel 2001, invece, la fiducia era stata posta su una proposta governativa, e cioè su una risoluzione parlamentare in merito all'invio delle forze armate in Afghanistan a supporto della missione internazionale per la lotta al terrorismo islamico⁵². Da quanto esposto appare chiaro come l'istituto acquisti carattere straordinario rispetto

⁵⁰ Per la ricostruzione della vicenda ci sia consentito di rinviare a R. TARCHI (a cura di), *Corso di diritto comparato, Casi e materiali*, vol. I, Giuffrè, Milano, p. 326 ss., anche per la traduzione parziale di BVerfGE 62, 1, sentenza con la quale il Tribunale costituzionale tedesco respinge il ricorso presentato da alcuni deputati di minoranza, che contestavano la legittimità della procedura parlamentare seguita in quel caso.

⁵¹ Anche in questo caso il Tribunale costituzionale, con la decisione del 25 agosto 2005, (2 BvE 4/05 e 2 BvE 7/05), confermò la legittimità della procedura seguita; cfr. F. PALERMO, *La forma di governo tedesca tra miti e realtà: la sentenza del Tribunale costituzionale federale sullo scioglimento anticipato del Bundestag*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2006, p. 213. ss.

⁵² Per una ricognizione più specifica dei casi, si vedano W-R. SCHENKE, *Die Bundesrepublik als Kanzlerdemokratie - Zur Rechtsstellung des Bundeskanzlers nach dem Grundgesetz*, in *Juristische Zeitung - JZ*, n. 21, Novembre 2015, pp. 1009-1018; K. NICLAUF, *Kanzlerdemokratie, Regierungsführung von Konrad Adenauer bis Angela Merkel*, Wiesbaden, Springer, 2015.

alla funzione originariamente concepita: il suo utilizzo non è mai stato finalizzato a coartare la volontà del *Bundestag* per l'approvazione di un disegno di legge e solo in un caso (2001) ha inciso sulla definizione dell'indirizzo politico generale. In tre episodi su quattro (1972, 1983 e 2005), il ricorso alla questione di fiducia è stato preordinato soltanto a provocare artificiosamente crisi di governo per innescare il voto anticipato, tanto che parte della dottrina ha apertamente parlato, in questi casi, di "questione di fiducia fittizia" (*unechte Vertrauensfrage*). Tale ipotesi, pur legittimata anche dalla giurisprudenza del BVerfG, avrebbe portato, secondo alcune autorevoli voci, ad un'alterazione del testo costituzionale permettendo al Governo di condividere il potere di scioglimento del *Bundestag*, facoltà che fino a quel momento si riteneva nella esclusiva disponibilità del Presidente⁵³.

6. Ipotesi particolari di esercizio di funzioni normative del *Bundesregierung* espressamente previste dalla Legge fondamentale

Prima di procedere all'analisi della delega di poteri normativi e degli altri poteri regolamentari che il Governo federale può esercitare in via generale, meritano di essere richiamati alcuni istituti particolari previsti da specifiche norme della Legge fondamentale, che conferiscono al Governo stesso un potere normativo sostanzialmente equivalente a quello del legislatore, seppure questi provvedimenti non siano formalmente riconducibili nell'ambito della legislazione ordinaria (*nicht gesetzförmig*).

La prima eventualità, che è anche l'unica ad assumere oggi un qualche rilievo, è quella contemplata dall'art. 119 GG; tale disposizione autorizza il Governo federale ad emanare decreti aventi forza di legge, per i quali è comunque prevista l'approvazione del *Bundesrat*, che rimangono in vigore fino a che non intervenga una disciplina legislativa federale, in ordine alle questioni relative ai profughi ed a gli espulsi, in particolare per quanto riguarda la loro distribuzione tra i *Länder*⁵⁴. Si tratta di un'ipotesi di potere normativo autonomo attribuito all'esecutivo, che non ha necessariamente un carattere provvisorio, essendo semmai assoggettato ad una clausola risolutiva (rappresentata dal possibile, ma successivo, intervento del legislatore federale) quanto a periodo di vigenza. Inoltre, per quanto questo profilo non sia esplicitato dalla previsione costituzionale *de qua*, costituisce un classico

⁵³ Sempre W.-R. SCHENKE, *Die Bundesrepublik als Kanzlerdemokratie* cit., ricorda che il ruolo di primo piano del Governo (e in particolare del Cancelliere) nella *Bundesrepublik* non è tanto riconducibile alla volontà dei Padri Costituenti, quanto all'opera politica di Konrad Adenauer e che nel tempo i poteri del cancelliere si sono ulteriormente trasformati ed hanno acquisito sempre più incisività rispetto al dettato costituzionale.

⁵⁴ La richiamata disposizione del GG prosegue riconoscendo al Governo anche l'autorizzazione a impartire singole direttive, le quali, salvo casi di pericolo imminente,

esempio di potestà da esercitare in situazioni di emergenza, quali quelle che possono determinarsi in conseguenza di flussi migratori elevati, che richiedano l'immediata adozione di misure, anche in deroga alla legge, in particolare per il collocamento dei profughi sul territorio. L'incidenza sulle competenze *Länder*, è infine, la ragione per la quale per l'approvazione dei provvedimenti consentiti dall'art. 119 GG si richiede il consenso necessario del *Bundesrat*.

Le altre ipotesi oggi previste sono quelle risultanti da alcune disposizioni transitorie e finali, come il l'art. 132 comma 4 GG, che, occupandosi della sospensione provvisoria delle garanzie del personale della funzione pubblica quale forma di epurazione dal militarismo e dal nazionalsocialismo, demandava ad un decreto del Governo federale, da approvarsi con il consenso del *Bundesrat*, la disciplina di dettaglio della materia. La previsione, utilizzata per affrontare le transitorie difficoltà dell'immediato dopoguerra, è ormai diventata del tutto obsoleta⁵⁵.

7. La delega ed i regolamenti normativi, natura giuridica e funzioni

Riprendendo il discorso già avviato in precedenza, l'ipotesi principale di potere normativo che il Governo federale può essere messo nelle condizioni di utilizzare, consiste nell'emanazione di provvedimenti regolamentari sulla base di una delega operata da una legge federale ai sensi dell'art. 80 GG.

Una questione terminologica importante: il termine *Rechtsverordnung* (per il quale si utilizza l'acronimo RVO), che qualifica la fonte individuata nella previsione costituzionale appena richiamata, viene tradotto, nel presente contributo, con l'espressione *regolamento normativo*⁵⁶; questa scelta per sottolineare, fin dall'inizio che si tratta di atti normativi di natura formalmente

⁵⁵ Un'ulteriore ipotesi di potere regolamentare del Governo direttamente previsto dalla Legge fondamentale era quello risultante dall'art. 109, comma 4, parte terza (relativo alla gestione del *budget* della Federazione e dei *Länder*), il quale prevedeva che «Le autorizzazioni all'emanazione delle relative ordinanze normative ovvero quelle in funzione di tutela delle perturbazioni dell'equilibrio economico generale] possono essere conferite soltanto al Governo federale. Tali ordinanze normative necessitano dell'approvazione del *Bundesrat*». Tale disposizione è stata abrogata per effetto della revisione costituzionale del 2009 (c.d. *Föderalismusreform II*), con la quale la Germania ha costituzionalizzato il principio dell'equilibrio dei bilanci pubblici.

⁵⁶ In realtà, le traduzioni, di volta in volta proposte dalla dottrina, sono state assai eterogenee; si è parlato di regolamenti normativi, di regolamenti delegati, di decreti normativi, di ordinanze legislative, di regolamenti legislativi, ecc. Tutte queste definizioni sono state sia un tentativo sia di rendere in modo esaustivo la natura di legge solo in senso materiale del regolamento normativo sia di evitare la confusione terminologica con altri tipi di regolamento, come ad esempio le disposizioni amministrative generali, gli *allgemeine Verwaltungsvorschriften*. Sulla differenza tra potere regolamentare di natura amministrativa e di natura normativa, cfr. D. SCHEFOLD, *Gli atti legislativi del Governo e i rapporti fra i poteri nel diritto tedesco*, cit., pp. 191-206.

regolamentare, i quali, tuttavia, finiscono per assumere, da un punto di vista materiale, un'efficacia equiparabile a quella delle fonti legislative⁵⁷.

Si tratta di una questione cruciale: il rispetto dei principi fondamentali della separazione dei poteri, dello stato di diritto e della preminenza della legge (risultanti dall'art. 20 comma 3 GG, già ricordato nell'introduzione), fa sì che il conferimento della potestà regolamentare non incida sul valore formale dell'atto; di conseguenza il regolamento normativo, non assumendo valore formale di legge, opera soltanto come una legge in senso sostanziale, con tutte le conseguenze che ne derivano anche in termini di tutela e controllo giurisdizionale (cfr. *infra* § 7.6)⁵⁸.

Come detto, la fonte sulla produzione di questo potere si rinviene nell'art. 80 GG, che, nell'ordine, individua la fonte di delegazione, i soggetti cui la delega può essere conferita, il contenuto necessario della legge di delegazione, il fondamento giuridico che il regolamento normativo deve esplicitare e la procedura da seguire che, in determinati casi, rende necessaria l'approvazione della legge di delegazione da parte del *Bundesrat*.

Il novero delle fonti sulla produzione dei provvedimenti suddetti, oltre che dalla citata previsione costituzionale, è integrato per i RVO federali da alcune disposizioni contenute nel regolamento del *Bundestag* (GO-BT), mentre per i RVO statali dobbiamo fare riferimento alle rispettive Costituzioni dei *Länder*. Quest'ultime riprendono tuttavia in gran parte le disposizioni del GG.

7.1 La legge delega ed il problema della sua natura

Muovendo dal presupposto che l'esercizio del potere normativo è una funzione che deve essere esercitata dall'organo parlamentare direttamente rappresentativo del popolo, per la deroga al principio generale risulta necessaria un'esplicita autorizzazione di natura legislativo-parlamentare in senso stretto (*parlamentsgesetzliche Ermächtigung*).

Tale legge formale approvata dal *Bundestag* si risolve in una delegazione legislativa al Governo o ad altri soggetti delegabili; in tal modo il potere dell'esecutivo proviene da una disposizione di legge formale che determina la competenza eccezionale.

⁵⁷ Cfr. 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. Di mero valore di "materielles Gesetz" parla anche, *ex multis*, J. LÜCKE, *Art. 80*, in M. SACHS (a cura di), *GG-Kommentar*, Beck, München, 2003, n. 19.

⁵⁸ Un elemento ulteriore che conferma la natura di legge, anche solo se in senso materiale, del regolamento risulta anche dal fatto che esistono casi di regolamenti normativi che si fondano su deleghe abilitanti a modificare o derogare previgenti disposizioni legislative. Non è un caso dissimile alla nostra esperienza di delegificazione in Italia. Cfr., per il caso tedesco, D. HECKMANN, *Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1997, p. 369 ss.

Come affermato dalla giurisprudenza costituzionale, il trasferimento dei poteri a norma dell'art. 80 «impedisce al Parlamento di spogliarsi della sua responsabilità quale organo legislativo» dal momento che la delega consente la rottura del principio di monopolio del potere legislativo del *Bundestag* soltanto sotto la condizione del rispetto del principio di preminenza della legge ex art. 20 GG⁵⁹.

Appurato ciò, uno dei nodi problematici in merito alla disciplina dei regolamenti normativi resta la determinazione del contenuto ai fini del consenso parlamentare. Ci si chiede, innanzitutto, quali materie, in base al GG, sono comprese e quali sono escluse dal potere di delegazione (e, dunque, da quello regolamentare). In alcuni casi è lo stesso GG che prescrive una riserva parlamentare (*Parlamentsvorbehalt*) assoluta (ad esempio, in caso di recepimento di atti UE), in altri l'ordinamento costituzionale tace. Per quest'ultima eventualità la giurisprudenza costituzionale ha elaborato la cd. *Wesentlichkeitstheorie* (la teoria dell'essenzialità). In base a questa teoria, al legislatore non sono solo riservate le decisioni su materie coperte da riserva di legge, ma anche tutte quelle che coinvolgono aspetti essenziali (*wesentlich* appunto) dell'ordinamento, quali i diritti fondamentali e l'organizzazione statale (in particolare la disciplina dell'assetto federale)⁶⁰.

Senza considerare, poi, che una delega di decisioni ad altri organi, quale appunto il Governo, su tali questioni può quindi avvenire solo entro i confini tracciati dallo stesso legislatore parlamentare⁶¹, dal momento che il Parlamento deve continuare a mantenere in ogni caso la titolarità dell'«essenza» della decisione, ovvero la definizione degli indirizzi generali della materia⁶². Si può dunque sostenere che l'«essenzialità» riguarda qui sia l'aspetto materiale (ovvero il contenuto dei temi oggetto di riserva), sia quello formale (nel senso che su tali temi essenziali il Parlamento deve poter mantenere il nucleo, l'essenza della decisione), lasciando ad altre fonti la specificazione della disciplina.

⁵⁹ Così BVerfGE 78, 249 (del 1988). Sul rapporto tra delega e RVO e la impossibilità per un Regolamento di entrare in vigore prima che la legge di autorizzazione sia emanata, v anche O. KIMMINICH, *Rechtsverordnung und Ermächtigungsnorm: möglichkeiten der vorherige Verkündung und des Nachschiebens der Rechtsgrundlage*, in AA.VV., *Recht im Staat (Festschrift für Günther Küchenhoff zum 65. Geburtstag)*, Ducker & Humblot, Berlin, 1972.

⁶⁰ Cfr. le sentenze BVerfGE 83, 139 (142) e, più recentemente, nel 2003, BVerfG 108, 232 (312), sul velo islamico.

⁶¹ Da un punto di vista di teoria generale, cfr. R. SCHMIDT, *Allgemeines Verwaltungsrecht: Grundlagen des Verwaltungsverfahrens; Staatshaftungsrecht*, 18ma edizione, RS Verlag, 2015, pp. 50 ss.; cfr. anche A. UHLE, *Verordnungsgeberische Entscheidungsmacht und parlamentarischer Kontrollvorbehalt*, in *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 15, 2002, p. 17 ss.

⁶² Cfr. BVerfGE 33,125; BVerfGE 34, 165; 55, BVerfGE 205, 226.

Tuttavia, ci si è chiesti come fare per stabilire il grado di coinvolgimento che l'organo delegante debba poter assumere nel procedimento di emanazione e cioè quanto "essenziale" deve essere il condizionamento operato dal legislatore. La seconda parte del primo comma dell'art. 80 GG: la Costituzione richiede che nella legge di autorizzazione siano definiti «il contenuto, lo scopo e la portata dell'autorizzazione siano definiti con sufficiente precisione». Anche in questo caso è stata la giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* a tratteggiare i confini concettuali dell'istituto, elaborando i criteri in base ai quali accertare se gli argini lasciati dalla legge delega siano troppo ampi. Il Tribunale costituzionale, applicando con elasticità il principio di determinatezza dei contenuti della delega (art. 80 comma 1 GG), ha perciò elaborato la cd. teoria della prevedibilità: il contenuto del regolamento normativo è sufficientemente determinato se esso è "prevedibile" nella legge delega⁶³.

Per far fronte alla disciplina di ambiti particolarmente tecnici, dove una puntuale determinazione dell'oggetto rischierebbe di risultare molto complessa, il principio di sufficiente determinatezza è stato inteso, più che con riferimento al contenuto del regolamento normativo, al suo scopo o al particolare procedimento da seguire, come quello di coinvolgimento di terzi interessati che assicuri il loro contributo ed un loro confronto dialettico⁶⁴. In queste ipotesi particolari, quindi, per l'integrazione dei requisiti costituzionali si fa ricorso al criterio teleologico, integrato da quello della partecipazione.

7.2 I soggetti delegabili

Il numero dei soggetti che possono essere delegati ad emanare RVO è limitato: ai sensi dell'art. 80 comma 1 frase 1 GG, una legge federale può autorizzare soltanto il Governo federale, un Ministro federale o il Governo di un *Land*. A completamento di questa previsione, il comma 4 del medesimo articolo 80, inserito a seguito della riforma costituzionale del 1994, stabilisce che, nel caso in cui il beneficiario dell'autorizzazione sia il Governo di un *Land*, il Parlamento dello stesso possa sostituirsi a quest'ultimo nell'esercizio della

⁶³ Cfr., ad esempio, BVerfGE 14, 245 (punto 23); 136, 69 - 119 (punto 18). Ma anche BVerfGE 1, 13 (60), 47, 89 (126) e 88, 103 (106).

⁶⁴ Come riportato in Presidenza del Consiglio dei Ministri (Dipartimento per le riforme istituzionali), *Ricerca comparata in diritto pubblico e costituzionale (Germania)*, cit., ciò vale in particolare per quelle leggi-delega che regolano la produzione e l'impiego dell'energia o l'immissione di sostanze inquinanti nell'ambiente (cfr. il § 51 della Legge sulla protezione dalle immissioni - *Bundes-Immissionsschutzgesetz*, che prevede, quale requisito per le autorizzazioni all'emanazione di regolamenti normativi, la consultazione di parti interessate, tra cui «una cerchia di rappresentanti della comunità scientifica, le forze economiche, il settore dei trasporti coinvolto, le autorità regionali per il controllo delle immissioni e altre parti che sono direttamente coinvolte».

delega⁶⁵. Con questa previsione costituzionale si è instaurata una sorta di competenza concorrente tra Governo e Parlamento statale, dal momento che l'esercizio della funzione ricevuta in delega da parte del Parlamento statale non è sottoposta a nessuna specifica condizione preliminare.

Ai sensi dell'ultima frase del comma 1 dell'articolo in oggetto, inoltre, si consente la possibilità di un ulteriore trasferimento del potere regolamentare delegato; si tratta dell'ipotesi della subdelega ad organi sotto-ordinati nei confronti di quelli espressamente autorizzati. Questo passaggio richiede nondimeno una duplice previsione: un'esplicita autorizzazione della legge di delega, cui deve fare seguito una successiva concessione da parte del soggetto originariamente delegato, il quale è tenuto ad adottare uno specifico decreto normativo (di sub-delega). Gli organi sub-delegati possono essere sia i singoli ministri dei *Länder*, sia autorità ad essi subordinati, sia enti pubblici.

Sono infine state considerate costituzionalmente legittime le cd. autorizzazioni combinate (*Ermächtigungskombinationen*) ovvero quelle che permettono l'emanazione di un unico *Rechtsverordnung* da parte di un concerto di più ministri (*Gemeinsame Rechtsverordnung*), oppure che autorizzano la sua emanazione solo da parte di alcuni specifici *Länder*⁶⁶.

Non sono invece ammissibili le cd. amministrazioni miste, ovvero la delega combinata tra un Ministro federale e un Governo di un *Land*.

L'emanazione dei regolamenti delegati può infine essere sottoposta ad una condizione sospensiva, consistente nella riserva di consenso da parte di un Ministero⁶⁷.

7.3 Il regolamento normativo: i requisiti formali

Come statuito dall'art. 80 comma 1 frase 3 dell'art. 80 GG, il RVO deve innanzitutto, a pena di invalidità, elencare il proprio fondamento giuridico (*Zitiergebot*), ovvero citare la legge di autorizzazione all'emanazione del RVO stesso. Questo contenuto necessario persegue evidenti finalità di certezza del

⁶⁵ Di tale ipotesi e della sua evidente finalità di evitare un progressivo e surrettizio esautoramento dell'organo legislativo statale da parte di quello lesecutivo, parla E. DENNINGER, *La normazione delegata nel diritto costituzionale tedesco*, in AA.VV., *La delega legislativa, Atti del seminario svoltosi a Roma, Palazzo della Consulta, 24 ottobre 2008*, Archivio della Corte costituzionale, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 207-224.

⁶⁶ F. OSENBÜHL, *Rechtsverordnung*, cit., p. 278 ss.

⁶⁷ Sul problema delle cd. deleghe combinate (ovvero esercitate da più ministri federali o dei *Länder*) o della riserva di consenso di un Ministero v. ancora E. DENNINGER, *La normazione delegata nel diritto costituzionale tedesco*, cit. 5 e 8; quest'ultimo ricorda che ogni regolamento in materia di generi di prima necessità emanato dal Ministro dei consumatori ha bisogno del consenso del Ministero dell'Economia e del Ministero della Ricerca (v. LMBGesetz, del 9 settembre 1995). Sul divieto di amministrazione mista v. H. BAUER, *Art. 80*, in H. DREIER (a cura di), *Grundgesetz-Kommentar*, Mohr-Siebeck, Tübingen, 2006, nn. 25 ss.

diritto; dal momento che il Parlamento può emettere delle leggi autorizzatorie anche per semplici regolamenti amministrativi, è fondamentale che, nell'atto, si evidenzi che la legge formale autorizzasse un RVO nel senso normativo e non in un senso prettamente amministrativo.

L'eventuale omissione di questo riferimento comporta la nullità dell'atto. Tale requisito è fondamentale non solo per riconoscere la natura e i limiti dei poteri attribuiti al soggetto delegato, ma anche e soprattutto per individuarne gli strumenti di tutela. Se infatti le leggi formali possono essere sindacate solo dalla Corte costituzionale (ex art. 100 GG), i regolamenti normativi possono essere annullati dal giudice amministrativo (§ 47 *Verwaltungsgerichtsordnung* - VwGO).

È inoltre necessario il rispetto del procedimento di adozione dell'atto, disciplinato sia dal Regolamento comune dei Ministeri federali (*Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien* – GGO) che dal GO-BT.

A parte i casi in cui è richiesto il consenso (*Zustimmung*) da parte del *Bundesrat* (ipotesi sulla quale v. infra § 7.5), la Legge fondamentale non prevede la partecipazione necessaria dei soggetti interessati. Tuttavia, è nelle facoltà della stessa legge delega fornire ulteriori indicazioni sulla procedura da adottare per l'emanazione del RVO⁶⁸. Il regolamento del *Bundestag* prevede inoltre che il Governo possa emanare un RVO ed attendere, successivamente, l'assenso della Camera, che sarà costitutivo dei suoi effetti. Il § 92 del GO-BT prevede che i RVO approvati dal Consiglio dei Ministri (*Kabinetts*) siano «direttamente» (*unmittelbar*) assegnati dal Presidente del *Bundestag*, in accordo con il Consiglio degli anziani, alla commissione competente. Al riguardo il Presidente deve inoltre «stabilire un termine entro il quale la commissione competente per il merito deve presentare una relazione al *Bundestag*» la quale dovrà essere posta all'ordine del giorno della seduta immediatamente successiva del *Bundestag*. A sua volta, il RVO interessato dovrà essere votato nella seduta seguente.

Il RVO, ai sensi dell'art. 82 comma 1 frase 2 GG, deve essere infine firmato dall'autorità che lo emana (il *Kabinetts* della Cancelleria) e deve essere pubblicato sul Bollettino delle leggi federali⁶⁹. Il regime di pubblicità che deve essere assicurato, quindi, è analogo a quello delle leggi federali.

7.4 Requisiti sostanziali e contenuto: i regolamenti con portata individuale

⁶⁸ Di tale possibilità, dà conto anche M. F. HARTWIG, *Le fonti secondarie nell'ordinamento giuridico della Repubblica Federale Tedesca*, cit.

⁶⁹ Il procedimento di approvazione dei RVO interno al *Kabinetts* segue quello dei disegni di legge.

Il contenuto essenziale dei RVO è, in via di principio, irrilevante ai fini della qualifica dell'atto come RVO⁷⁰. Non è nemmeno necessario che in esso acquisti i requisiti previsti per la legge in senso materiale, dal momento che tale fonte può essere rivolta anche soltanto a strutture interne dell'amministrazione pubblica, limitandosi a regolare i rapporti tra poteri dello Stato. In ipotesi di questo genere il RVO disciplinerà questioni che avrebbero potuto essere regolate anche solo con semplici atti amministrativi.

Questo però non significa che il RVO non incontri altri limiti di natura sostanziale; oltre a quanto si è già anticipato trattando del principio di essenzialità (che esclude la regolazione di diritti fondamentali), vengono richiamati almeno tre limiti ulteriori. I primi due si impongono come regole di portata generale: si tratta del principio di gerarchia delle fonti e della prevalenza del diritto dell'Unione europea; infine, come è ovvio, il RVO dovrà essere conforme alla legge di autorizzazione che ne costituisce il fondamento⁷¹.

Sotto quest'ultimo profilo va rilevato che l'aderenza all'autorizzazione non significa che il regolamento debba ricalcare l'intera estensione del contenuto della delega; intanto non si instaura un obbligo di applicare la delega, trattandosi in un certo senso di una "concessione" al Governo, il quale potrà potendo invece esercitarla solo in parte o non esercitarla affatto.

Allo stesso modo, il soggetto delegato non è vincolato ad alcun limite temporale quanto all'esercizio della delega stessa.

Un secondo aspetto merita inoltre la nostra analisi. In Germania, come in Italia, non viene esclusa la possibilità di adottare atti normativi che, pur mantenendo un'efficacia *erga omnes*, sono sprovvisti del requisito "consueto" dell'astrattezza, risultando gli stessi applicabili ad un insieme assai ristretto di situazioni giuridiche o persone o addirittura che siano riferiti ad un singolo caso. La possibilità di adottare normative a carattere provvedimentale, oltre che alle leggi federali e statali viene riconosciuta anche ai regolamenti normativi delegati.

Non viene richiesto, quindi, che il RVO abbia un contenuto generale-astratto, ammettendosi al contrario l'esistenza di regolamenti-provvedimento,

⁷⁰ Cfr. P. STELKENS, H. J. BONK, M. Sachs (a cura di), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, Beck, München, 2014, § 35 Rdn. 18 m.w.N.; talvolta tuttavia un approccio del tutto distaccato al contenuto materiale dell'atto può portare ad incomprensioni riguardanti la natura stessa dell'atto: si v. ad esempio quanto sostenuto da S. SCHNELLE, *Eine Fehlerfolgenlehre für Rechtsverordnungen*, München, Vahlen, 2007.

⁷¹ Sono esclusi dal campo di applicazione del regolamento le disposizioni con cui si trasferiscono poteri sovrani per lo sviluppo dell'Unione europea (art. 23 GG), il recepimento del diritto internazionale convenzionale (art. 59 comma 2), così come -in linea di massima - per limitare la libera circolazione (art. 11 GG), il libero esercizio della professione (art. 12 GG) o l'espropriazione (art. 14 comma 3 GG). Cfr. U. RAMSAUER, *Abgrenzung von Allgemeinverfügung und Rechtsverordnung*, in *Juridical International*, vol. 21, 2014, testo in <https://ojs.utlib.ee/index.php/juridica/article/view/JI.2014.21.06>.

sia che contengano regole individuali- astratte, sia che, talvolta, addirittura individuali-concrete. Come avviene per l'ordinamento italiano, infatti, in assenza di una riserva amministrativa (*Verwaltungsvorbehalt*) opponibile al legislatore, non è in astratto preclusa alla legge ordinaria la possibilità di attrarre nella propria sfera di disciplina materie e oggetti normalmente affidati all'attività amministrativa.

Il *Bundesverfassungsgericht* ha nondimeno nel corso del tempo posto alcuni limiti di natura sostanziale ai tali regolamenti normativi-provvedimento, che possono sintetizzarsi come segue: in primo luogo, il rispetto degli stessi principi che si applica anche alla legge formale ovvero il divieto per le norme che limitino i diritti fondamentali nei confronti di soggetti specifici (art. 19 comma 1 frase 1 GG)⁷².

In secondo luogo, è richiesto il rispetto del principio di uguaglianza (*Gleichbehandlung*), inteso come principio di ragionevolezza; ovvero deve effettivamente sussistere un giustificato motivo per aversi un trattamento differenziato solo per determinate situazioni giuridiche (art. 3 comma 1 GG)⁷³.

In terzo luogo, esso ha escluso il ricorso a regolamento normativi per alcuni ambiti specifici: come ad esempio la regolazione delle tasse ecclesiastiche⁷⁴.

A fronte di ciò, il Tribunale costituzionale ha accertato che il valore ed il regime giuridico del RVO, anche quando esprime un contenuto particolare e concreto, derivano unicamente dalla sua qualificazione formale e perciò esso mantiene le caratteristiche di atto normativo e seguirà necessariamente le vie di tutela giurisdizionale esso che sono previste nei suoi confronti.

7.5 Profili procedurali; le ipotesi di intervento del *Bundesrat*

Il ruolo determinante che il *Bundesrat* assolve nel sistema costituzionale tedesco, ovvero, più in generale, le ricadute cui la struttura federale dell'ordinamento complessivo dà luogo sull'esercizio delle competenze legislative e sulle modalità di svolgimento del procedimento legislativo federale⁷⁵, trova una conferma anche nei casi di emanazione di RVO⁷⁶.

⁷² BVerfG, sentenza del 6 luglio 1999 - 2 BvF 3/90 -, BVerfGE 101, 1.

⁷³ BVerfG, sentenza 7.5.1969, 2 BvL 15/67, *lex Rheinstabl.* - BVerfGE 25, 371 (399) e BVerfG, Ordinanza 17.7.1996, 2 BvF 2/93, *Südfabrik Stendal.* - BVerfGE 95, 1.

⁷⁴ BVerfGE 19, 253 (punto 6).

⁷⁵ A. ANZON DEMMING, *Cooperazione e differenziazione nella riforma del federalismo tedesco*, in A. D'ATENA (a cura di), *I cantieri del federalismo in Europa*, Giuffrè, Milano, 2008, la quale sottolinea come l'intervento del *Bundesrat* accentua gli aspetti cooperativistici del sistema tedesco, ampliando i processi decisionali concertati.

⁷⁶ La distribuzione del potere legislativo su due livelli, ognuno dei quali con proprie competenze, alleggerisce infatti non di poco la legislazione parlamentare. Sulla sottrazione alla riserva di legge di interi ambiti che riguardano l'erogazione delle prestazioni e il potere organizzativo, cfr. D. SCHEFOLD, *Gli atti legislativi del Governo ed i rapporti tra poteri nel diritto tedesco*, cit., in particolare 205.

Dalla lettura dell'art. 80 comma 2 GG, si ricava che è prevista l'approvazione da parte del *Bundesrat* dei regolamenti normativi del Governo o di un ministro federale che intervengono a disciplinare determinate materie di interesse statale; si tratta, ovviamente, di una condizione imprescindibile per la validità del *Rechtsverordnung*.

In particolare, l'assenso della Camera degli Stati viene richiesto per regolamenti che riguardano i principi e le tariffe relativi all'uso delle infrastrutture delle poste e delle telecomunicazioni; i principi relativi alla riscossione delle tariffe per l'uso delle ferrovie federali, nonché per la costruzione della gestione delle ferrovie⁷⁷.

A questa prima ipotesi, delimitata dall'indicazione di una serie di ambiti materiali sui quali convergono interessi comuni della Federazione e dei *Länder*, se ne aggiungono due ulteriori, identificate in base a criteri generali di ripartizione delle competenze tra i diversi livelli di governo territoriale. Ciò vale, innanzi tutto, per tutte le materie che, a livello legislativo, richiedono il consenso del *Bundesrat* (sono i cd. "regolamenti federativi")⁷⁸. A queste si aggiungono, infine, i regolamenti normativi la cui esecuzione viene affidata ai *Länder* (sia che questo si produca a seguito di un affidamento da parte della Federazione che a titolo di competenza propria).

Lo stesso art. 80 comma 2 GG, consente di derogare a questa procedura, escludendo l'intervento del *Bundesrat*, attraverso una regolamentazione federale («Se il legislatore federale non dispone diversamente»)⁷⁹; tuttavia, pur non essendo mancati casi in cui il *Bundestag* ha azionato questa clausola di esclusione, nella prassi la partecipazione del *Bundesrat* è tuttavia andata nel tempo rafforzandosi, tanto che ad oggi la maggior parte delle leggi delega che riguardano materie di interesse statale sono state approvate con il suo assenso e contengono suoi numerosi emendamenti.

Inoltre, va considerato che a seguito della revisione costituzionale del 1994, al *Bundesrat* è stato attribuito il potere di iniziativa regolamentare⁸⁰. È quest'ultimo l'altro aspetto rilevante in materia di funzioni di controllo del

⁷⁷ Caso emblematico è costituito dal Codice autostradale (*Strassenverkehrsordnung*), emanato e poi costantemente modificato con un regolamento federale, concertato tra il Ministero dei Trasporti ed il *Bundesrat*.

⁷⁸ In questa categoria possono essere incluse, ad esempio, anche le leggi fiscali.

⁷⁹ L'art. 80 comma 2 frase 1 dispone che l'approvazione del *Bundesrat* sia necessaria «qualora il legislatore federale non disponga diversamente». Tale facoltà deve essere ovviamente utilizzata con moderazione e buonsenso da parte del *Bundestag* ed è ovviamente soggetta ad un controllo operabile in sede di ricorso per conflitto tra poteri dello Stato. È questo il caso ad esempio della già citata sentenza BVerfGE 136, 69 - 119 (punti 44 ss) che ha considerato fondata l'esclusione del *Bundesrat* nella adozione della legge sul traffico stradale (*Straßenverkehrsgesetz*) alla base del successivo *Rechtsverordnung*, dal momento che vi era una esplicita dichiarazione della legge federale in tal senso.

⁸⁰ Cfr. J. LÜCKE, *Art. 80*, in M. SACHS (a cura di), *GG-Kommentar*, cit., n. 38 ss.

Bundesrat sull'emanazione di *Rechtsverordnungen*. Il Consiglio federale ha, infatti, la facoltà di inviare al Governo delle proposte per l'emanazione di ordinanze nelle materie in cui occorra il proprio assenso (art. 80, comma 3, GG.). Anche tale strumento rappresenta un ulteriore elemento di influenza degli interessi dei *Länder* sulla volontà normativa federale e ha trovato una discreta fortuna nella prassi.

Dalle statistiche pubblicate fino al momento di pubblicazione dell'attuale contributo che riguardano il lavoro parlamentare del *Bundesrat* nella 19° legislatura, si nota che, a fronte di solamente 37 disegni di legge presentati dal *Bundesrat*, sono addirittura 65 regolamenti governativi sottoposti alla sua approvazione⁸¹. Nessuna proposta di regolamento è invece stata avanzata dal *Bundesrat*. Da ciò si evincono due elementi: da una parte la grande importanza, in termini quantitativi, che riveste l'azione del *Bundesrat* nell'economia generale dei RVO: i regolamenti che richiedono l'approvazione della Camera alta si attestano, in media, a circa il 38% del totale⁸². Dall'altra parte il mancato esercizio della proposta di regolamento previsto al comma 3 dell'art. 84 GG costituisce la prova che il *Bundesrat* preferisce percorrere il procedimento legislativo ordinario, dotato di più garanzie in ordine ai poteri di veto e di integrazione normativa⁸³.

Questa ultima considerazione apre la strada ad un ulteriore concetto meritevole di un approfondimento e cioè che, nell'ottica della separazione dei poteri, la debolezza strutturale dei partiti di minoranza presenti al *Bundestag* nelle ultime legislature ha comportato uno spostamento della sede di effettivo esercizio dell'opposizione a favore del *Bundesrat*⁸⁴. Tutto questo sembra perfettamente coerente con la *ratio* che ha portato i costituenti a concepire la Germania come *Bundestaat*, Stato federale: sotto il profilo storico, infatti, fin dalla prima stesura dell'impianto costituzionale tedesco post-bellico, la dotazione al Consiglio federale di una specifica funzione *anti-Bund* avrebbe

⁸¹ I dati, raccolti da Bundesrat, *Statistik der parlamentarischen Arbeit des Bundesrates*, Berlin, 25.09.2018, sono reperibili online su <https://www.bundesrat.de>.

⁸² Dai dati offerti dall'ufficio statistiche del *Bundesrat* si ricava che quest'ultimo ha negato il suo assenso solo in una piccola minoranza di casi: fino al 2013, su 8668 RVO presentati, la Camera alta ha negato il suo consenso solamente a 60 di questi. Nell'attuale legislatura, al 23 ottobre 2018, su 73 regolamenti sottoposti al suo vaglio, il *Bundesrat* ne ha respinto solo uno (dati reperibili su <https://www.bundesrat.de>).

⁸³ Per le garanzie richieste da *Grundgesetz* e regolamenti parlamentari nel procedimento ordinario, si v. M. MORLOK, U. SCHLIESKY, D. WIEFELSPÜTZ (a cura di), *Parlamentsrecht*, Nomos, Baden Baden, 2016, 1195-122 ed anche, a proposito dell'attivazione del Comitato di conciliazione, 1260-1281.

⁸⁴ Sulla traslazione della dialettica maggioranza-opposizione fuori dal *Bundestag*, v. S. HÖLSCHIEDT, *Die Rechte der Opposition im 18. Deutschen Bundestag*, in *Zeitschrift für Gesetzgebung*, vol. 30, n. 3, 2015.

dovuto avere la precisa finalità di creare poli (anche politici) alternativi di bilanciamento dello Stato centrale⁸⁵.

7.6 Ulteriori riferimenti alla giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* sulla delegazione normativa. Profili di sindacabilità

Come abbiamo già nei paragrafi precedenti, il Tribunale costituzionale tedesco si è ritagliato un ruolo di primo piano anche con riguardo all'interpretazione dell'art. 80 GG, soprattutto per la ricostruzione dei limiti imposti alla normazione delegata. Così, abbiamo già richiamato le dottrine sulla cui base sono state definite le cdd. teorie dell'essenzialità e della prevedibilità⁸⁶; nel suo complesso la giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* si è orientata nel senso di impedire autorizzazioni sommarie, ma ha cercato di lasciare al legislatore una discrezionalità piuttosto consistente quanto alla determinazione dei contenuti delle leggi di delegazione⁸⁷. Questa valutazione è supportata dalla circostanza che, in molti dei suoi interventi, il Tribunale di Karlsruhe non ha mancato di ribadire che con la delegazione si esercita un potere meramente attributivo e non devolutivo rispetto all'emanazione dei RVO, con la conseguenza di determinare la validità di questi atti giuridici solo in una prospettiva di stretta connessione formale con la legge.

Secondo la giurisprudenza costituzionale, inoltre, le limitazioni contenute nella delega debbono valere anche per le deleghe emanate con leggi dei *Länder*, anche in assenza di espresse previsioni contenute nelle corrispondenti Costituzioni (BVerfGE 7, 244): tale criterio è ricavato dal principio di democraticità e dello stato di diritto. Infatti, dal momento che è stata esclusa, a livello federale, qualsiasi funzione normativa primaria del Governo, non sarebbe stato coerente riconoscere una possibilità di questo genere a livello statale.

Oggetto di controllo da parte della giurisprudenza di Karlsruhe sono state anche le intersezioni che possono determinarsi tra le fonti legislative ed i regolamenti delegati, nella duplice direzione in cui queste possono

⁸⁵ Prima ancora di ricreare un simulacro di Stato centrale, le forze di occupazione anglo-americane si erano preoccupate di legittimare le realtà dei *Länder* nei territori appena liberati e di riconoscere loro una certa autonomia istituzionale ed organizzativa. Il nucleo del principio federale (*Bundesstaatsprinzip*) risiede nella necessaria compartecipazione dei *Länder* all'esercizio della funzione legislativa, attuata, appunto, anche per il tramite del *Bundesrat*. Per una panoramica sul ruolo del *Bundestag*, con particolare riferimento al più celebre strumento di composizione di interessi, cfr. V. BALDINI, *Istituzioni della rappresentanza politica e assetto federale nell'ordinamento tedesco. L'esperienza del Vermittlungsausschuss*, Jovene, Napoli, 2001, in particolare p. 4 ss.

⁸⁶ Cfr. i già richiamati, BVerfGE 33, 125 (p. 158 ss); BVerfGE 83, 130 (p. 142); BVerfGE 78, 249; BVerfGE 58, 257 e, più recentemente, BVerfGE 136, 69 (in particolare il punto n. 18).

⁸⁷ In alcuni casi è stata addirittura ammessa una delega che esprime un "programma" per il regolamento, quasi una trama che aiuti a precisare la delega. Cfr. BVerfGE 8, 274.

determinarsi; ed in effetti, il Tribunale costituzionale è intervenuto in presenza di casi di modifica della disciplina di una legge formale attraverso atti di normazione secondaria - quale appunto il regolamento normativo. Si tratta dei casi di delegificazione (*Entsteinerung*), la cui legittimità costituzionale è stata espressamente sdoganata⁸⁸. L'ipotesi alternativa è, ovviamente, quella di un utilizzo della legge formale per la modifica di un regolamento.

Nel primo caso lo spostamento di competenza normativa dalla Camera verso gli uffici legislativi del Governo mira a rendere il Parlamento più libero da una disciplina dettagliata e spesso assai tecnica. Nel secondo caso, invece, il Parlamento interviene a modificare un complesso di disposizioni, sia di natura di legge formale o solo materiale, attraverso l'utilizzo di cd. leggi di articoli (*Artikelgesetze*)⁸⁹. Le problematiche che derivano da tale "confusione procedimentale" sono legate alla qualificazione della disposizione approvata e che resta in vigore, per la difficoltà di attribuire ad essa valore di legge, o, piuttosto, considerarla come una semplice fonte regolamentare.

La qualificazione della natura giuridica di queste norme porta con sé conseguenze importanti sul piano della sindacabilità giurisdizionale e quindi dei rimedi per il loro eventuale annullamento: va in proposito ricordato che - diversamente dal regolamento amministrativo - il regolamento normativo, pur non essendo legge in senso formale, è e resta legge in senso materiale. In conseguenza di ciò, diversamente dal contenuto di un qualsiasi atto amministrativo, che può essere liberamente interpretato dal giudice (cfr. BVerfGE 78, 214), i RVO costituiscono «fonte e vincolo per il potere giudiziario»⁹⁰.

Coerentemente con la sua natura di fonte formalmente non primaria, peraltro, competente a giudicarne la validità non è il giudice costituzionale, ma il giudice amministrativo (ex § 47 VwGO).

Tuttavia, va tenuto presente che, anche in presenza di diritto di rango regolamentare, l'intervento del Tribunale Costituzionale può trovare spazio per mezzo sia dell'istituto del controllo astratto di costituzionalità⁹¹, sia del

⁸⁸ Cfr. BVerfGE 8, 157, 168.

⁸⁹ Su quest'ultima prassi, v. E. DENNINGER, *La normazione delegata nel diritto costituzionale tedesco*, cit., 11 ss. Sull'ampliamento del ricorso alle fonti secondarie nell'ordinamento tedesco ed i suoi effetti, v. M. F. HARTWIG, *Le fonti secondarie nell'ordinamento giuridico della Repubblica Federale Tedesca*, cit., p. 98 ss.

⁹⁰ Così, D. SCHEFOLD, *Gli atti legislativi del Governo ed i rapporti tra poteri nel diritto tedesco*, cit., p. 195.

⁹¹ L'art. 93 comma I n. 2 GG prevede la possibilità di adire il Tribunale costituzionale federale per conflitto di attribuzioni tra Governi dei *Länder* e Federazione; l'art. 76 del BVerfGG prevede inoltre che tale potere sia concesso anche a ¼ dei membri del *Bundestag*, ma solo se ricorrono le condizioni contemplate ai numeri 1 e 2 del medesimo articolo, ovvero quando si sollevi un'incompatibilità formale o materiale con la Legge fondamentale o altra legge federale o quando, a seguito di una sentenza di un giudice amministrativo, di un ufficio amministrativo o di un organo del *Bund* e di un

ricorso diretto (*Verfassungsbeschwerde*) da parte del cittadino che lamenta una lesione dei suoi diritti fondamentali (art. 93 comma 4a GG e), pur nel rispetto dei requisiti previsti dai §§ 90-95a BVerfGG tra cui quello del necessario esperimento dei rimedi giurisdizionali (previsto anche dallo stesso art. 47 VwGO). Anche la sindacabilità mediante *Verfassungsbeschwerde*, dalla quale sono escluse le fonti legislative, concorre a confermare la natura secondaria degli stessi regolamenti delegati.

8. Le fonti secondarie di natura amministrativa: *Satzungen* e *Verwaltungsvorschriften*

Il Governo federale, così come qualsiasi altra amministrazione pubblica, dispone, entro certi limiti, del potere di adottare atti normativi di natura regolamentare anche in assenza di una preventiva legge di autorizzazione che lo riconosca espressamente.

Si tratta di quei provvedimenti di carattere amministrativo che intervengono su materie non coperte da riserva di legge⁹². Questa facoltà può essere esercitata dalle amministrazioni pubbliche, conformemente alla teoria sull'essenzialità, su ambiti che non rientrano tra quelli c.d. "essenziali".

All'interno di questa categoria di provvedimenti si distinguono gli statuti (*Satzung*) e le disposizioni amministrative generali (*Verwaltungsvorschriften*).

Gli statuti sono atti privi di efficacia normativa *erga omnes*, la cui finalità è indirizzata a disciplinare l'attività interna degli enti che li adottano. Il fondamento che deve essere riconosciuto a tali fonti non riposa in una legge di delegazione o in altri provvedimenti legislativi autorizzatori, bensì in quelle disposizioni costituzionali o normative che conferiscono autonomia organizzativa a determinati enti o soggetti pubblici (ad esempio, ricorre la necessità di approvazione statale o federale di certi statuti, come quelli degli enti pubblici televisivi).

Il rapporto di separazione che di fatto si instaura tra queste fonti, che operano, sostanzialmente, sulla base di un principio di competenza e la legislazione federale o statale rende assai improbabile che si possano determinare situazioni di antinomia. Questo non esclude, tuttavia, che l'autonomia di questi enti possa essere limitata nella sua portata, oltre che dalle previsioni della Legge fondamentale e delle Costituzioni dei *Länder* (BVerfGE 8, 122), anche da disposizioni di rango legislativo. Ed al riguardo sussistono

Land, il RVO sia giudicato incompatibile con il GG (in questo caso e il richiedente interessato adisce la Corte per dimostrarne la compatibilità). Un'introduzione all'istituto è rinvenibile in G. PARODI, *La Germania e l'Austria*, in P. CARROZZA, A. DI GIOVINE, G. F. FERRARI, *Diritto costituzionale comparato*, Laterza, 2014, in particolare p. 193 ss.

⁹² Cfr. J. LÜCKE, *Art. 80*, cit., n. 10; così anche H.J. WOLFF, O. BACHOF, R. STOVER (a cura di), *Verwaltungsrecht*, I, Beck, München, 2017, § 24, p. 257 ss.

comunque casi nei quali l'intervento di una legge federale si rende necessario: allorché alcune previsioni degli statuti possano dare luogo alla violazione di diritti fondamentali⁹³.

Le disposizioni amministrative generali, che assumono anche la denominazione di circolari, sono definite dalla dottrina tedesca come «istruzioni generali ed astratte da un'autorità nei confronti di un'autorità subordinata»⁹⁴.

Si tratta di un istituto di portata generale, utilizzato su larga scala; nella prassi questo tipo di provvedimenti viene utilizzato dal Governo e dalle amministrazioni pubbliche per la disciplina della propria organizzazione interna (le cd. *Organisations- e Dienstvorschriften*). Ciò non esclude che, per effetto della loro adozione, si producano effetti vincolanti anche di carattere esterno; esempi di questo genere sono costituiti dalle circolari contenenti criteri per la valutazione (le cd. *Ermessenslenkendesvorschriften*), o dalle direttive contenenti istruzioni, o, ancora, da circolari che danno attuazione a disposizioni di legge (le cd. *Gesetzesvertretendesvorschriften*)⁹⁵.

Dal punto di vista procedurale, anche quando le circolari si presentano come atti dei singoli ministeri, esse devono essere approvate all'interno della riunione del *Kabinet* della Cancelleria⁹⁶.

Nel sistema delle fonti questi atti si collocano, sotto il profilo della gerarchia, su un piano inferiore rispetto sia rispetto alle leggi che agli stessi RVO; questo non esclude che in determinati casi anche le disposizioni amministrative generali producano un'efficacia normativa diretta ed esterna, a proposito della quale la dottrina tedesca ha parlato di "forza di legge"⁹⁷. In particolare, il riferimento è a quei provvedimenti che intervengono su materie nelle quali sussiste una lacuna legislativa o quando venga realizzata una finalità che la legge aveva contemplato come possibile.

Così come per i RVO, numerose circolari richiedono anche l'assenso del *Bundesrat* (quantomeno nelle materie di competenza degli Stati), presupposto

⁹³«La disciplina che regola l'attività dei medici specialisti non può essere lasciata al solo regolamento dagli statuti delle associazioni mediche» [...] Il legislatore stesso deve adottare direttamente tutte le importanti ed essenziali decisioni in proposito». Così BVerfGE 33, 125 (punto n. 85).

⁹⁴ H. MAURER (a cura di), *Allgemeine Verwaltungsrecht*, 19. ed., Beck, München, 2017, p. 623 ss.

⁹⁵ Cfr. F. OSSENBÜHL, *Autonome Rechtssetzung der Verwaltung* (§104), in J. ISENSEE, P. KIRCHHOFF, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. V, Müller, Heidelberg, 2007, § 104.

⁹⁶ V. BUSSE, H. HOFMANN, *Bundeskazleramt und Bundesregierung*, Müller, Heidelberg, 2010, p. 66 ss.

⁹⁷ Per un approfondimento v. M. F. HARTWIG, *Le fonti secondarie nell'ordinamento giuridico della Repubblica Federale Tedesca*, cit., in particolare p. 91 ss., che rimanda a sua volta a W.R. SCHENKE, *Gesetzgebung durch Verwaltungsvorschrift?*, in *Die Öffentliche Verwaltung*, 1977, p. 27 ss.

che costituisce condizione sospensiva per la sua stessa emanazione (art. 84 § 2 GG)⁹⁸.

9. I regolamenti normativi e le altre fonti secondarie: istituti coerenti con il modello costituzionale

Come abbiamo cercato di evidenziare nei paragrafi precedenti, l'analisi della disciplina costituzionale e del modo in cui è stata interpretata dalla giurisprudenza costituzionale, unitamente alla prassi applicativa che ne è derivata, fa emergere un quadro complessivo nel quale viene confermata la centralità del ruolo al Parlamento, con forti limitazioni con riguardo al potere normativo autonomo e indipendente del Governo. Non mancano, tuttavia, elementi di contemperamento.

Il principio di delegazione, ai sensi dell'art. 80 GG e delle disposizioni ad esso collegate, è strettamente legato al principio democratico che pone al centro l'elemento indefettibile della rappresentanza parlamentare. Tuttavia, il requisito dell'essenzialità, se da una parte garantisce la presenza costante del legislatore parlamentare, dall'altra limita il suo intervento a quel minimo indispensabile volto ad assicurare la riconducibilità ultima delle decisioni all'organo parlamentare. In questo modo il principio che fonda l'esistenza di una generale riserva di legge viene *de facto* contemperato con il riconoscimento al Governo di un significativo spazio di intervento con riguardo all'attività regolamentare.

Se guardiamo, poi, alla prassi, si riscontra il ricorso frequente alla delegazione legislativa, ben oltre il modello originariamente configurato dalle previsioni costituzionali. Nondimeno, non sarebbe corretto parlare di un *abuso* dello strumento del RVO e questo per almeno due ordini di ragioni.

Innanzitutto, vi è una ragione pratica. Nella prassi, si è riscontrato, fin dal primo periodo post-bellico, un ampio utilizzo dell'istituto. Le statistiche evidenziano infatti che, a fronte di una attività legislativa piuttosto contenuta, si è sempre registrata in Germania una parallela, notevole produzione di normativa delegata con riguardo sia alla quantità che alla complessità delle norme approvate⁹⁹. Sotto il profilo quantitativo, è stato calcolato che, già dalla II legislatura, il numero dei RVO era doppio rispetto alle leggi ordinarie. Dall'entrata in vigore del GG fino al 25 novembre 2013 (è la statistica più recente che abbiamo) sono stati emanati più di 22.000 *Rechtsverordnungen*, contro circa 8.000 *Bundesgesetze* (leggi di iniziativa governativa). Nella

⁹⁸ A titolo di esempio, nella scorsa legislatura (18ma) le circolari che hanno avuto bisogno del nulla osta del Consiglio federale sono state 31, circa l'80% del totale.

Cfr.

http://www.bundesrat.de/SharedDocs/downloads/DE/statistik/gesamtstatistik.pdf?__blob=publicationFile&v=1

⁹⁹ Sui commenti in dottrina, v. S. SCHNELLE, *Eine Fehlerfolgenlehre für Rechtsverordnungen*, cit.

legislatura appena trascorsa (la 18ma), a fronte di 1284 RVO, sono state appena 555 le leggi approvate dal *Bundestag*¹⁰⁰. Sotto il profilo qualitativo, la maggior parte dei regolamenti normativi ha come oggetto il diritto dell'ambiente (di estrema importanza sono ad esempio i regolamenti normativi che regolano le immissioni, come il cd. *Verordnung über Immissionsschutzbeauftragte*), i trasporti e il diritto urbanistico.

Al di là della legittimazione, per così dire, empirica, la seconda ragione è di tipo sistemico. Sotto questo profilo si riproduce, anche in Germania, la tendenza generale che ha caratterizzato le liberal-democrazie, caratterizzate da una forma di stato sociale e interventista, nell'ultimo secolo, con un'espansione della sfera di intervento del potere regolamentare delle amministrazioni pubbliche, al punto di sovvertire il modello costruito sulla centralità del Parlamento, riprodotto da numerose costituzioni contemporanee, tra le quali la stessa Legge fondamentale tedesca.

In conclusione, va quindi sottolineato che il RVO, così come, più in generale, l'intero potere normativo del Governo, si inserisce in maniera coerente nella struttura razionalizzata della forma di governo e nel tipo di stato tedesco, ove si conferma che la classica ripartizione dei poteri deve essere integralmente riconsiderata sulla base del fatto che, come è noto, riducendosi la frattura tra legislativo ed esecutivo, il Governo non è soltanto pienamente partecipe del potere di indirizzo politico, ma anche della funzione legislativa¹⁰¹. In Germania tale compenetrazione è ancora più marcata e trova riconoscimento tanto nel dato costituzionale quanto nella prassi.

¹⁰⁰ Per i dati relativi al lavoro del Bundesrat nella sola 18ma legislatura, v. DEUTSCHES BUNDESRAT, *Die Arbeit des Bundesrates im Spiegel der Zahlen* (report statistico del 22 novembre 2017), 8, testo in <https://www.bundesrat.de>. I dati sull'attività legislativa della Camera bassa sono reperibili in DEUTSCHES BUNDESTAG, *Statistik der Gesetzgebung – Überblick 18. Wahlperiode*, 27.11.2017, testo in <https://www.bundestag.de>. Per una ricognizione sul numero complessivo di *Rechtsverordnungen* emanati dalla prima alla 13ma legislatura (1949-1998), v. H. SCHNEIDER (a cura di), *Gesetzgebung*, Müller, Heidelberg, III edizione, 2002, 117; fino alla 16ma legislatura, v. OSSERVATORIO SULLA LEGISLAZIONE DELLA CAMERA DEI DEPUTATI, *Rapporto 2013 sulla legislazione tra Stato, Regioni e Unione europea*, Volume II, Tomo II, 662, testo in <http://www.camera.it>.

¹⁰¹ Nell'attuale realtà costituzionale tedesca, il Governo e i partiti di maggioranza sono diventati un'unità politica, facendo venire a mancare del tutto o quasi il confronto che permetta al Parlamento di controllare effettivamente il Governo. Sull'indebolimento del principio tradizionale della separazione dei poteri, tra gli autori tedeschi v. E. SPIEKER, *Parlamentarische Opposition in Zeiten der Parteienfragmentierung*, in DVBl, n. 8, 2017, 490-493. Tra gli italiani, cfr. F. Modugno, *Poteri (divisione dei)*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino 1966, p. 472 ss.; tale posizione è stata riassunta, *ex multis*, da A. CONTIERI, *Il Governo nel procedimento legislativo*, in P. CARETTI, M. MORISI E G. TARLI BARBIERI (a cura di), *Il procedimento legislativo ordinario in prospettiva comparata*, in *Osservatorio delle Fonti*, n.3/2018 (*Speciale Ricerca Tosi*), p. 39, che sottolinea come «la complessità dei sistemi costituzionali odierni, permeati dalla presenza di una pluralità di sempre più articolate e diversificate istanze politiche, sociali ed economiche, necessita di un'apertura dei procedimenti di decisione politica, in cui anche il Governo diviene un soggetto portatore e rappresentante di tali istanze, in particolare nei procedimenti di produzione normativa».

10. Profili di comparazione tra l'esperienza tedesca e quella italiana

La condivisione, di tristi esperienze di autoritarismo nel passato, di una forma di governo di tipo parlamentare e di un generale fenomeno di crisi del sistema dei partiti che caratterizza la fase attuale, avvicinano le esperienze tedesca e italiana a tal punto non solo da consentire, ma anche da richiedere una comparazione del ruolo che riveste l'esecutivo rispetto alla titolarità del potere normativo e, più precisamente, del potere di delegazione legislativa. Come aveva acutamente osservato già Carl Schmitt, l'istituto della delega rappresenta «la cartina di tornasole della realtà costituzionale» di un Paese e dell'evoluzione della sua forma di governo¹⁰².

Da questa comparazione emergono anche differenze significative, sia con riguardo alla disciplina costituzionale degli istituti considerati, sia, ciò che è ancora più significativo, in relazione alla prassi che ne è derivata.

Se partiamo dalla regolamentazione dettata dai testi costituzionali, dal confronto tra l'art. 80 GG e l'art. 76 Cost. italiana, trascurando i profili procedurali (che come abbiamo visto in Germania sono condizionati dalla struttura federale dello Stato), le differenze attengono rispettivamente: a) all'individuazione dei soggetti delegabili; b) alla tipologia dei limiti previsti per limitare la discrezionalità del legislatore delegato; c) alla natura del potere delegato. Con riguardo al punto *sub a*) la scelta tedesca consente di autorizzare un numero di soggetti decisamente più ampio, anche esterni all'organizzazione del Governo federale, quali sono i governi dei Länder. Guardando poi alla previsione dei limiti, la formula dell'art. 80 comma GG configura in maniera più elastica, parlandosi genericamente proprio di "limiti", oltre che di contenuto e scopo, quali elementi necessari della legge di delega. Se in qualche misura l'indicazione riferita al contenuto pare equivalente a quella dell'oggetto di cui parla l'art. 76 Cost., nulla si dice dei principi e criteri direttivi (l'elemento teleologico dello scopo è cosa distinta) e del limite di tempo (questo aspetto è già stato ricordato in modo puntuale) entro cui la delega deve essere esercitata. Profili di questo genere possono certamente essere inseriti nel provvedimento di delegazione, ma questo non si configura come un obbligo da parte del legislatore.

La differenza più rilevante attiene, comunque, alla natura del potere delegato, che è legislativo in Italia (l'art. 76 parla espressamente di delega di "funzione legislativa"), mentre rimane solo regolamentare in Germania, per

¹⁰² C. SCHMITT, *L'evoluzione recente delle delegazioni legislative*, tr. it a cura di F. Lanchester, in *Quad. cost.*, 1988, p. 536 ss.

quanto si tratti di regolamenti abilitati ad espandere la propria sfera di intervento rispetto alle altre fonti di carattere amministrativo. In definitiva l'istituto tedesco sembra assimilabile, più che alla nostra delegazione legislativa, alla figura dei regolamenti che la dottrina italiana, prima dell'approvazione della l. n. 400/1988 definiva come delegati, o liberi, o, ancora, autorizzati¹⁰³. Su questa base possiamo riconoscere come viene a ridursi anche la differenza concernente i soggetti delegabili; anche in Italia, sulla base di una prassi non contrastata, l'esercizio di un potere regolamentare che travalica i confini di quello meramente esecutivo, viene comunemente conferito, oltre che al Governo, a singoli ministri o ad altri organi collegiali che integrano il potere esecutivo.

Restando sulla questione della natura del potere delegato, al rifiuto del modello italiano corrisponde una maggiore vicinanza con quello proprio della tradizione britannica. Nel Regno Unito, in regime di costituzione flessibile, sulla base di una prassi legislativa che viene fatta risalire agli anni '30 dell'800, si è ritenuto che le prerogative riconducibili alla sovranità parlamentare consentano al legislatore di trasferire ad organi del potere esecutivo il potere di normazione. Gli atti adottati dalle autorità governative, tuttavia, non possono mai acquistare un valore equivalente a quello della legge: non integrano la *statute law* e sono qualificati come *statutory legislation*¹⁰⁴. La forza è quella propria delle fonti secondarie, con tutte le conseguenze che ne derivano anche in punto di sindacabilità e controlli (tanto è vero che, oltre a dover essere sottoposti alle Camere per una verifica di legittimità *ex post* nelle

¹⁰³ V., per tutti, V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, *Le fonti normative*, 6° ed. aggiornata, Cedam, Padova, 1993, p. 150 ss. Questa tipologia di regolamenti risultava più ampia rispetto a quella poi codificata dall'art. 17 comma 2 l. n. 400/1988, che circoscrive la categoria alle ipotesi di delegificazione.

¹⁰⁴ In questa esperienza il Parlamento può delegare altri soggetti collegiali o monocratici, o altri enti (inclusi nel potere esecutivo, o, anche, di carattere locale), ad adottare atti normativi. Questi provvedimenti (che assumono denominazioni diverse a secondo del soggetto investito del potere e della procedura seguita per l'approvazione) costituiscono la c.d. *delegated* o *subordinate* (talora definita anche *quasi-*) *legislation*. La materia è stata da tempo disciplinata in via generale dallo *Statutory Instrument Act* del 1946, del quale si riporta l'art. 1, concernente; *Definition of "Statutory Instrument"*.

(1) *Where by this Act or any Act passed after the commencement of this Act power to make, confirm or approve orders, rules, regulations or other subordinate legislation is conferred on His Majesty in Council or on any Minister of the Crown then, if the power is expressed—*

(a) *in the case of a power conferred on His Majesty, to be exercisable by Order in Council;*

(b) *in the case of a power conferred on a Minister of the Crown, to be exercisable by statutory instrument, any document by which that power is exercised shall be known as a "statutory instrument" and the provisions of this Act shall apply thereto accordingly.*

Sull'esperienza inglese si rimanda ad A. MARCHETTI, *Il potere normativo dell'esecutivo nel Regno Unito*, in questa stessa *Rivista*.

forme che sono previste dalla legge di delega¹⁰⁵, soggiacciono al *judicial review* da parte delle corti di giustizia, allo stesso modo di tutti gli atti amministrativi).

Se allarghiamo l'orizzonte della comparazione¹⁰⁶, ci accorgiamo, peraltro, che il modello britannico risulta essere quello più diffuso nel contesto europeo¹⁰⁷; nella maggior parte delle esperienze esistenti, è permessa soltanto la delegazione all'esercizio di un potere regolamentare "rafforzato" e solo in un numero limitato di ordinamenti viene consentito al governo di adottare atti con forza di legge¹⁰⁸. E in alcuni dei casi in cui quest'ultima possibilità è espressamente contemplata, essa risulta circoscritta ad ambiti materiali ben

¹⁰⁵ Il controllo parlamentare sull'atto normativo delegato, che può essere variamente modulato dalla legge in forme diverse, più o meno incisive e che fanno parte delle dinamiche ordinarie del sistema parlamentare anglosassone. Il controllo viene esercitato mediante *resolutions*, che possono essere di tipo *affirmatory*, *confermative* o *negative* e che si sostanziano in una convalida ex post (espressa o tacita) dello *statutory instrument* adottato.

¹⁰⁶ In generale v. ora L. PEGORARO, A. RINELLA, *Costituzioni e fonti del diritto*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 1711 ss., anche per ulteriori richiami di dottrina, nonché, M. RUOTOLO, S. SPUNTARELLI, art. 76, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. II, Utet, Torino, 2006.

¹⁰⁷ Questo vale per i numerosi ordinamenti nei quali il testo costituzionale non contiene nessuna previsione specifica, quali l'Austria, i Paesi bassi, la Danimarca, la Norvegia, la Polonia, la Repubblica ceca, la Bulgaria, la Slovenia, il Belgio (ove nella prassi si sono talora adottate ordinanze legislative) o l'Irlanda (per quest'ultima si rinvia a D. FERRI, *Il potere normativo del governo in Irlanda: osservazioni e spunti di riflessione*, in questa stessa *Rivista*). Nondimeno hanno valore di fonte secondaria, pur con qualche incertezza derivante da una diversa concezione del principio di gerarchia, i regolamenti delegati che in alcuni ordinamenti possono essere adottati, previa autorizzazione parlamentare, in virtù di previsioni costituzionali espresse; è il caso della Svezia (art. 7, Cap. 8 della Legge fondamentale sulla forma di governo) e della Finlandia (art. 80 Cost. del 1999).

¹⁰⁸ Oltre che in Italia, questo regime è stato adottato soltanto dalle Costituzioni del Portogallo e della Spagna, che hanno peraltro introdotto limiti più penetranti rispetto a quelli indicati dal nostro art. 76 Cost.

L'art. 198 Cost. portoghese, oltre ad autorizzare il Governo ad adottare *decretos-leis* (senza nessun riferimento a situazioni straordinarie di necessità e urgenza) in materie non riservate all'assemblea della Repubblica (una competenza autonoma che insiste, tuttavia, su un novero piuttosto circoscritto di materie) consente interventi normativi di rango primario soltanto nelle materie in cui la riserva alla legge parlamentare ha carattere relativo, previa espressa autorizzazione (art. 198.1 lett. c) e per lo sviluppo dei principi o dei fondamenti generali di discipline giuridiche contenuti in leggi che ad essi si circoscrivano.

L'art. 82 Cost. spagnola, oltre ad escludere la possibilità di delegare al Governo nelle numerose materie in cui è prevista una riserva di legge organica (che copre la maggior parte dei diritti fondamentali), circoscrive i rispettivi poteri (delegante e delegato) entro una serie di condizioni assai puntuali che, di fatto, hanno permesso quasi esclusivamente la redazione di testi unici. Sull'esperienza spagnola cfr. R. TARCHI, D. FIUMICELLI, *I poteri normativi di rango primario del Governo nella giurisprudenza italiana e spagnola*, in *Osservatoriosullefonti.it*, n. 3/2016.

Esempi ulteriori da considerare sono quelli della Grecia (art. 43 comma 4 Cost. 1975) e della Croazia (art. 88 Cost. 1990).

definiti¹⁰⁹ o, come in Francia¹¹⁰ è comunque assoggettata ad una successiva approvazione parlamentare.

Questo panorama complessivo, del quale non possiamo offrire qui ulteriori dettagli, conferma che se si esclude il caso francese (ed in misura minore quello del Portogallo – con la considerazione che, comunque, la Francia, come il Portogallo sono caratterizzati da regimi semipresidenziali anziché parlamentari), ci dà la conferma l'esperienza italiana emerge dalla comparazione come un caso peculiare, caratterizzato da competenze normative dell'esecutivo particolarmente estese e penetranti.

Passando dalla disciplina costituzionale degli istituti e della possibile modellistica che è possibile ricostruire alla prassi, è su questo piano che possono essere sviluppate le considerazioni più interessanti. Sotto questo aspetto, i dati quantitativi e la tipologia dei fenomeni che si sono sviluppati nei due ordinamenti risultano incomparabili.

Già nell'introduzione avevamo segnalato come, rispetto al modello prefigurato dai testi costituzionali, imperniato sulla centralità del Parlamento¹¹¹, titolare del monopolio (assoluto in Germania, relativo in Italia) della funzione legislativa, in entrambi i Paesi si sia assistito ad un'evoluzione istituzionale volta a rafforzare il ruolo dell'esecutivo ed a dotarlo di efficaci (e non sporadici) strumenti di normazione. Tuttavia, mentre in Germania si è prodotto soltanto un riequilibrio di posizioni che non snatura i caratteri della forma di governo, in Italia si è assistito ad una degenerazione progressiva, che ha portato il sistema delle fonti (e la stessa forma di governo) ad assestarsi su

¹⁰⁹ Possiamo citare l'esempio della Svizzera, secondo quanto ora stabilito dall'art. 164 comma 2 Cost. del 2000.

¹¹⁰ Si pensi all'art. 38 della Costituzione francese del 1958, che consente al Governo di chiedere al Parlamento il potere di adottare ordinanze in materie normalmente riservate alla legge per l'esecuzione del suo programma. Tali ordinanze che decadono se non vengono presentate alle Camere entro la data stabilita dalla legge di autorizzazione sono soggette ad espressa ratifica parlamentare. In caso contrario le loro disposizioni non illegittime potranno essere applicate con la forza propria delle fonti regolamentari. Ovviamente, queste limitazioni devono essere valutate nel quadro generale delle competenze normative del Governo, che al di fuori delle materie riservate alla legge ordinaria dall'art. 34 Cost., dispone di un potere regolamentare autonomo di rango primario (per quanto questa competenza residuale riconosciuta dall'art. 37 Cost., sia stata poco utilizzata nella prassi). Un sistema simile a quello francese è stato recepito anche dalla Costituzione della Romania.

¹¹¹ L'atteggiamento assemblearistico e compromissorio assunto in Italia fin dal dopoguerra ha, invece, sancito il ruolo di primazia delle aule parlamentari, a discapito di quello del Governo, con la conseguenza che, quest'ultimo, non ha avuto altra scelta che ricorrere a strumenti alternativi di produzione normativa anche al di là di quanto originariamente previsto. In proposito v. E. PALICI di SUNI, *La regola e l'eccezione*, cit.; E. CHELI, *La «centralità» parlamentare: sviluppo e decadenza di un modello*, in *Quaderni costituzionali*, n.2/1981, p. 343 ss.; S. LABRIOLA, *Sviluppo e decadenza della tesi della centralità del Parlamento: dall'unità nazionale ai governi Craxi*, in L. VIOLANTE (a cura di), *Storia d'Italia. Annali 17. Il Parlamento*, Giappichelli, Torino, 2001, p. 393 ss.

coordinate assai lontane da quelle formalizzate dalle previsioni costituzionali, la cui applicazione si è fatta viepiù distorsiva.

Si tratta di fenomeni talmente conosciuti, in particolare ai lettori di questa *Rivista*, che non meritano di essere neppure sinteticamente richiamate. Certamente manifestazioni come quelle che sono state efficacemente definite come “fuga dalla legge”, in Germania non hanno avuto modo di svilupparsi.

L’unica considerazione che riteniamo utile svolgere è quella che richiama il rapporto Parlamento-Governo, che, nei due Paesi considerati è comunque assoggettato ad una indefettibile relazione fiduciaria. A differenza di quanto è avvenuto in Italia, in Germania il Parlamento ha conservato un ruolo di filtro che non è solo formale; certamente non possono verificarsi situazioni abnormi del tipo di quelle per cui il potere regolamentare del Governo (o di singoli ministri) può essere fondato su autorizzazioni contenute in un decreto-legge¹¹², o, peggio ancora di deleghe legislative inserite in leggi di conversione¹¹³.

La maggiore coerenza e linearità della prassi tedesca, in netto contrasto con gli abusi di quella italiana, sembra derivare, oltre che dalla diversa disciplina (sia quella costituzionale che quella risultante dal regolamento del *Bundestag*), da ragioni di natura politica, collegate all’evoluzione e rispettivi sistemi di partito e delle convenzioni che regolano i rapporti tra questi soggetti e tra di loro e le istituzioni di governo¹¹⁴.

Questa valutazione risulta a nostro avviso confermata anche se ci limitiamo a richiamare la disciplina dei poteri del Governo in Parlamento con riguardo alla programmazione dei lavori ed allo svolgimento del processo legislativo, verificando se sono o meno previste corsie preferenziali per l’approvazione dei propri progetti, delle quali l’esecutivo si può avvalere per decisione propria.

È risaputo che in Italia, fino alla fine degli anni Novanta, il Governo rivestiva il ruolo di “convitato di pietra” nella Conferenza dei capigruppo¹¹⁵. Di fronte a tale situazione di totale incapacità nella determinazione dell’oggetto dei lavori parlamentari, sembrava giustificato il massiccio ricorso da parte del

¹¹² Sulla prassi italiana, v. G. MOCAVINI, *Decreti-legge, delegificazione e attribuzione di potere regolamentare al Governo*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale 3/2016.

¹¹³ L. GORI, *Decreto-legge e legge-delega: intrecci e sovrapposizioni al tempo della “crisi”*, in *Osservatoriosullefonti.it*, n. 3/2016.

¹¹⁴ Sulla nascita e lo sviluppo della democrazia consociativa tedesca, cfr. U. KRANENPOHL, *Konkordanzdemokratie, Konsensdemokratie, Verhandlungsdemokratie. Versuch einer terminologischen und typologischen Strukturierung*, in S. KÖPPL, U. KRANENPOHL (a cura di), *Konkordanzdemokratie*, Nomos, Baden-Baden, 2012, pp. 13-31. Pur risalente nel tempo, H. DÖRING, *Parliament and Majority Rule in Western Europe - Germany*, MZES, Mannheim, 1995.

¹¹⁵ A. MANZELLA, *Il Governo in Parlamento*, in S. RESTUCCIA (a cura di), *L’istituzione Governo. Analisi e prospettive*, Edizioni di comunità, Milano, 1977, p. 92.

Governo a strumenti come la delegazione legislativa o alla questione di fiducia, ovvero a strumenti di programmazione “eteronoma”¹¹⁶.

Le ripetute modifiche regolamentari, avviate con le novelle del 1997 alla Camera e del 1999 al Senato, hanno invece ad oggi reso il Governo “interlocutore necessario” delle Camere ed a dotarlo di poteri di interferenza in merito alla programmazione dei lavori delle Assemblee e dei tempi di decisione parlamentare¹¹⁷.

Il Governo tedesco, invece, non dispone di alcun diritto di intervento in seno all'*Ältestenrat*, né di alcun formale potere di influenza del procedimento legislativo ordinario. Questa fragilità è però compensata dal funzionamento del sistema politico: alla luce delle convenzioni costituzionali esistenti l'egemonia formale del Parlamento sul Governo si stempera ed assume, invece, forme di stretta cooperazione tra maggioranza (parlamentare) e Governo tanto da portare ad un significativo ampliamento dell'ambito dell'azione governativa sul Parlamento. È dunque l'efficacia della via politica (legata alla capacità di guida del Governo e di coesione della maggioranza) e non quella giuridica (legata a prerogative previste dal GG o dal diritto parlamentare) ad assicurare il c.d. “successo legislativo” del Governo.

Come dire: in Germania siamo rimasti nella fisiologia del sistema, in Italia la patologia è ormai in uno stadio molto avanzato

Allegato

¹¹⁶ Al proposito v. C. DE CARO BONELLA, *Ostruzionismo addio*, in Quad. Cost., n. 2/1991, p. 300; da A. CONTIERI, *Il Governo nel procedimento legislativo*, cit., p. 48.

¹¹⁷ In proposito si rimanda alla lettura degli artt. 23 e 24 del Regolamento della Camera dei deputati ed agli artt. 53, 54 e 55 del Senato.

Numero complessivo di leggi e regolamenti legislativi federali

Legislatura	Leggi approvate	Regolamenti normativi
I (1949-1953)	545	/
II (1953-1957)	510	998
III (1957-1961)	424	1093
IV (1961-1965)	425	1368
V (1965-1969)	453	1537
VI (1969-1972)	333	1343
VII (1972-1976)	506	1726
VIII (1976-1980)	339	1615
IX (1980-1983)	136	852
X (1983-1987)	320	1229
XI (1987-1990)	366	1330
XII (1990-1994)	493	1695
XIII (1994-1998)	551	1753
XIV (1998-2002)	559	1515
XV (2002-2005)	385	968
XVI (2005-2009)	613	1516
XVII (2009-2013)	553	dato non disponibile
XVIII (2013-2017)	555	dato non disponibile
XIX (2017 - ?)	13*	dato non disponibile

* Dato aggiornato al 1° novembre 2018.

Fonte: *Deutscher Bundestag – Statistik der Gesetzgebung* (relazioni statistiche annuali).