

IL POTERE NORMATIVO DI RANGO
SECONDARIO DEL GOVERNO NEI SISTEMI
PARLAMENTARI: CLASSIFICAZIONE,
FONDAMENTO COSTITUZIONALE E
COMPLESSITÀ DEI PROCEDIMENTI

Francesco Emanuele Grisostolo

SOMMARIO: 1. Introduzione - 2. Classificazioni: quali fonti raggruppare sotto un'unica "etichetta"? - 3. Il fondamento costituzionale del potere normativo secondario dell'Esecutivo fra delega e abilitazione diretta - 4. Complessità e polimorfismo dei procedimenti di adozione degli atti normativi secondari - 5. Considerazioni conclusive

1. Introduzione

Il potere normativo del Governo è oggetto di costante attenzione da parte della manualistica di diritto costituzionale comparato: l'analisi si concentra però principalmente sulle fonti di rango primario, sotto la duplice lente dei presupposti e limiti che tracciano il perimetro di azione del Governo e del necessario coinvolgimento del Parlamento, quale organo titolare del potere legislativo³⁴⁴.

Tuttavia, in buona parte degli ordinamenti liberal-democratici, l'Esecutivo – per diretta abilitazione costituzionale, esplicita o implicita, o per delega del Parlamento – è dotato di un importante potere normativo di rango secondario³⁴⁵, idoneo a incidere in maniera significativa non solo sull'organizzazione amministrativa, ma anche sul rapporto dei cittadini con l'amministrazione pubblica e, alla fine, sugli stessi diritti dei cittadini. Il

³⁴⁴ Fra i molti, si v. G. De Vergottini *Diritto costituzionale comparato*, Padova, 2013, 673 ss.; C. Bassu, *Le famiglie giuridiche e le fonti del diritto*, in T.E. Frosini (cur.), *Diritto pubblico comparato. Le democrazie stabilizzate*, Bologna, 2019, 89 ss.; A. Di Giovine, A. Algostino, F. Longo, A. Mastromarino, *Lezioni di diritto costituzionale comparato*, Firenze, 2017, 148 e 151.

³⁴⁵ L. Pegoraro, A. Rinella, *Costituzioni e fonti del diritto*, Torino, 2018, 185 ss.

fenomeno è di assoluto rilievo pure sul piano quantitativo: in Italia, nonostante la dottrina discorra ormai da tempo di “fuga dal regolamento”, abbondano gli atti normativi di rango secondario approvati dal Governo in base a leggi di carattere settoriale, con denominazioni e procedimenti diversi dallo “schema generale” previsto dalla Legge n. 400 del 1988³⁴⁶. In altri Paesi europei la rilevanza della fonte regolamentare è ancor più evidente: i *reglamentos* costituiscono il 90% delle norme vigenti in Spagna³⁴⁷, in Francia vengono adottati migliaia di regolamenti ogni anno³⁴⁸, in Germania – a livello federale – i regolamenti legislativi (*Rechtsverordnungen*) sono il doppio delle leggi ordinarie, mentre nel Regno Unito gli *Statutory Instruments* dell'Esecutivo si pongono su un ordine di grandezza non comparabile rispetto a quello dei *Parliamentary Acts*³⁴⁹.

Sembra, quindi, interessante tentare almeno un “riordino” e, ove necessario, un “aggiornamento” delle nozioni disponibili sull'argomento, sulla base di studi

³⁴⁶ Di recente, v. G. Tarli Barbieri, *L'attività regolamentare*, in F. Musella (cur.), *Il governo in Italia. Profili costituzionali e dinamiche politiche*, Bologna, 2019, 177 ss., i contributi raccolti in *federalismi.it, Focus. Dimensioni ed effettività del potere regolamentare*, 2, 2017, a cura di A. Lucarelli e M. Della Morte.

³⁴⁷ S. Muñoz Machado, *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, VII, *El reglamento*, Madrid, 2015, 11.

³⁴⁸ I *Décrets* sono la fonte con cui sono adottate le norme regolamentari di provenienza governativa. Il loro numero totale – tra mille e duemila a seconda dell'anno – si evince dalla numerazione progressiva degli stessi. I decreti dell'Esecutivo sono normalmente adottati dal Primo ministro, tranne quando sono approvati dal Consiglio dei ministri: in quel caso, sono adottati dal Presidente della Repubblica (art. 13, Cost.), senza che questo incida su denominazione e numerazione progressiva. Ai fini del computo totale delle norme regolamentari, però, ai *décrets* vanno aggiunti i regolamenti adottati dai singoli ministri, in forma di *arrêt*.

³⁴⁹ In Germania, nella XIX legislatura (2017-2021), sono state approvate 542 leggi, una media di poco più di cento all'anno, contro 1954 *Rechtsverordnungen*. In passato, il rapporto è stato anche maggiore: nelle precedenti legislature, i regolamenti hanno superato di tre e anche quattro volte le leggi parlamentari. Nel Regno Unito, nel periodo 2002-2020 sono stati approvati 53.218 *Statutory Instruments*, a fronte di 691 leggi parlamentari. I dati relativi a Germania e Regno Unito sono stati tratti dal Rapporto 2021, *La legislazione tra Stato, Regioni e Unione europea. Rapporto 2021*, della Camera dei deputati, Appendice 2, *L'attività legislativa in Francia, Germania, Regno Unito e Spagna*, Roma, 2022.

sistematici meno recenti³⁵⁰. Prima di entrare nel merito, occorre fare alcune precisazioni sugli ordinamenti scelti per la comparazione e sull'ambito oggettivo della stessa. In aderenza al tema generale del Convegno, si darà conto dei principali sistemi parlamentari europei (Regno Unito, Germania, Spagna e Italia). Tuttavia, ragioni sistematiche suggeriscono di prendere in considerazione anche il caso francese: esso appare imprescindibile sul piano storico-diacronico – per l'iniziale chiusura del costituzionalismo liberale verso il potere normativo del Governo e per il suo superamento con disposizioni costituzionali largamente imitate dalle successive Carte europee³⁵¹ – ma anche ai fini di una comparazione sincronica “per differenza” rispetto agli altri Paesi, in ragione dello spazio “riservato” al potere normativo del Governo dalla Costituzione vigente. Quanto all'oggetto, ci si concentrerà sulle norme secondarie prodotte dal Governo, ricordando però che il potere regolamentare è attribuito frequentemente anche ad altri soggetti – come ad esempio gli enti pubblici “autarchici” o le autorità amministrative indipendenti³⁵² – ed è,

³⁵⁰ Senza pretesa di esaustività, si devono richiamare almeno E. Cheli, *L'ampliamento dei poteri normativi dell'esecutivo nei principali ordinamenti occidentali*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1959, 463 ss.; E. Palici di Suni, *La funzione normativa tra governo e parlamento. Profili di diritto comparato*, Padova, 1988; M.R. Donnarumma, *Il principio di legalità nella dinamica dei rapporti costituzionali*, Padova, 1988; P. Caretti, U. De Siervo (cur.), *Potere regolamentare e strumenti di direzione dell'amministrazione*, Bologna, 1991; più di recente, G. Caravale, *Il Governo legislatore. Esecutivo ed attività normativa in Gran Bretagna e negli Stati Uniti*, Milano, 2004.

³⁵¹ Si v. l'ampio studio di M. Fioravanti, *Le potestà normative del Governo. Dalla Francia d'ancien régime all'Italia liberale*, Milano, 2009, part. 35 ss.

³⁵² F. Politi, *Regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, in *Enc. giur.*, 2001; S. Santoli, *Principio di legalità e potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti*, in *Giur. Cost.*, 3, 2003, 1793 ss.; P. Caretti (cur.), *I poteri normativi delle autorità indipendenti*, in *Osservatorio sulle fonti 2003-2004*, Torino, 2005 e, più di recente, F. Gambardella, *La potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti*, in *federalismi.it, Focus. Dimensioni ed effettività del potere regolamentare*, 2, 2017. Il tema è stato oggetto di grande attenzione con riferimento ai poteri normativi dell'ANAC, su cui v. C. Chiarello, *L'inquadramento delle Linee Guida ANAC nel sistema delle fonti alla luce dell'interpretazione del Consiglio di Stato*, in *federalismi.it*, 30, 2020, 50 ss.

soprattutto, un connotato fondamentale dell'autonomia degli enti territoriali sprovvisti di potestà legislativa³⁵³.

Il lavoro si divide in tre parti. Dapprima si affronta un problema di classificazione: le fonti analizzate presentano, nei diversi Paesi, una regolazione e, talora, effetti giuridici molto diversi fra loro. Successivamente, si analizza il fondamento costituzionale del potere normativo di rango secondario dell'Esecutivo. Infine, ci si concentra sui procedimenti di approvazione delle disposizioni, che hanno assunto un elevato grado di complessità.

2. *Classificazioni: quali fonti raggruppare sotto un'unica "etichetta"?*

La previa delimitazione degli istituti da analizzare, nel caso di specie, non è scontata. La denominazione "regolamento", ad esempio, è utilizzata principalmente dagli ordinamenti influenzati dal modello francese, e pure all'interno del medesimo ordinamento, com'è noto, può indicare fonti con ambiti di competenza e forza normativa assai differenziati³⁵⁴. D'altro canto, la delega da parte dell'organo legislativo al Governo del potere di adottare l'atto normativo non è di per sé risolutiva, dato che vi sono casi in cui la delega legislativa è necessaria anche per l'adozione di atti che non sono in grado di modificare le disposizioni di rango primario.

Il criterio discrezionale che, almeno a chi scrive, sembra più convincente è piuttosto quello della forza normativa della fonte. Il *tertium comparationis* è, dunque, di natura funzionale

³⁵³ Ad esempio, sul potere normativo degli enti locali in Italia, Germania e Regno Unito: F. Velasco Caballero, *Gobiernos locales en Estados federales y descentralizados: Alemania, Italia y Reino Unido*, Barcelona, 2010; per la Francia, v. M. Lombard, G. Dumont, J. Sirinelli, *Droit administratif*, Paris, 2017, 54; per la Spagna, specificamente A. Embid Irujo, *La potestad reglamentaria de las entidades locales: consideración especial de las Ordenanzas y Reglamentos municipales*, Madrid, 2010.

³⁵⁴ L'esempio più rilevante sono senz'altro i regolamenti delle Assemblee legislative (su cui L. Pegoraro, A. Rinella, *Costituzioni e fonti del diritto*, cit., 188, e più di recente, G. Stegher, *Regolamenti parlamentari: natura e funzioni. Una prospettiva di analisi comparata*, Torino, 2023).

e consiste nelle fonti governative che *non* prevalgono sulle previgenti norme di rango primario in base a un criterio cronologico. Rispetto a questa tipologia di fonti, si è affermata la titolarità del potere normativo in capo dell'Esecutivo, seppure inizialmente a fatica e comunque tuttora non in maniera generalizzata.

Non vi sono dubbi sulla piena riconducibilità a questa categoria dei regolamenti in Italia e dei *reglamentos* in Spagna: piuttosto, in Italia, va ormai preso atto che le fonti governative di rango secondario non si esauriscono nei regolamenti tipizzati dall'art. 17 della Legge n. 400 del 1988 e che la giurisprudenza ha lasciato mano libera al Legislatore nel creare nuove fonti secondarie, così che le stesse, a differenza delle fonti primarie, non si configurano come un "sistema chiuso"³⁵⁵.

Qualche parola in più meritano il caso francese, quello tedesco e quello inglese. Nonostante in Francia, come si dirà meglio oltre, la Costituzione del 1958 abbia previsto una riserva di regolamento per le materie diverse da quelle rientranti nel *domaine de la loi*³⁵⁶, ciò non toglie che nella maggioranza delle materie, e soprattutto in quelle più importanti, leggi e regolamenti "convivano", mantenendosi il tradizionale rapporto di subordinazione del regolamento alla legge e, comunque, ai principi generali del diritto

³⁵⁵ Ad esempio, la sentenza T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, n. 10004/2017, ha affermato che «nel nostro ordinamento il principio di tipicità delle fonti vale per quelle primarie ... ma non per gli atti di normazione secondaria, con la conseguenza che il legislatore ordinario ha sempre la possibilità di introdurre ipotesi di fonti regolamentari non disciplinate dalle norme generali dell'art. 17 L. n. 400 del 1988» e ha, quindi, ritenuto legittimo un decreto ministeriale, adottato in base a specifica abilitazione di una norma primaria, recante "modalità di redazione degli atti costitutivi di società a responsabilità limitata start-up innovative", in deroga alle regole generali contenute in norme di rango primario. Sui decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, il cui utilizzo ha assunto una notevole dimensione negli anni più recenti, specialmente nel contesto dell'emergenza sanitaria, è possibile far riferimento allo studio di M. Rubechi, *I decreti del Presidente. Studio su d.P.C.m., atti normativi del governo e dinamiche decisionali*, Torino, 2022.

³⁵⁶ Art. 37, Cost. francese.

enunciati dalla giurisprudenza amministrativa³⁵⁷. Al contrario, le *ordonnances* approvate dal Governo sulla base di una legge di delegazione, ai sensi dell'art. 38 Cost., possono modificare anche la legislazione previgente e quindi, secondo il criterio qui proposto, devono essere considerate di rango primario, anche se la dottrina e la giurisprudenza le considerano norme regolamentari, almeno fino a quando l'atto governativo non sia seguito da una ratifica parlamentare³⁵⁸.

In Germania, l'esercizio del potere regolamentare del Governo è sempre assoggettato ad una specifica delega del Parlamento³⁵⁹, non vi sono regolamenti "indipendenti", ma non per questo i regolamenti governativi paiono assimilabili ai "decreti legislativi" previsti in altre Costituzioni, come

³⁵⁷ J. Waline, *Droit Administratif*, Paris, 2018, 327. Questa impostazione costituisce l'approdo di un significativo dibattito dottrinale: nei primi anni della V Repubblica, infatti, la scelta compiuta dai Costituenti era stata interpretata come una vera e propria *révolution* per il sistema delle fonti e si era sostenuto che nel *domaine réglementaire* il regolamento costituisse una fonte primaria: gli orientamenti giurisprudenziali che hanno dato un'interpretazione ampia del *domaine de la loi* (su cui v. oltre, in testo) e hanno accettato di annullare i regolamenti, in sede di ricorso *pour excès de pouvoir*, per violazione dei principi generali del diritto si sono però mossi in senso opposto, tanto che si può dire che «*la révolution n'a pas eu lieu*» (così J. Rivero, *Rapport de synthèse*, in Aa.Vv., *Le domaine de la loi et du règlement*, Actes du colloque organisé les 2 et 3 décembre 1977 à Aix-en-Provence, Paris-Aix-en-Provence, 1981, 263 e, più di recente, L. Favoreau, P. Gaïa, et al., *Droit constitutionnel*, Paris, 2017, 844).

³⁵⁸ Come la natura giuridica dei regolamenti "indipendenti" (adottati al di fuori del *domaine de la loi*, su cui v. la nota precedente), anche quello delle *ordonnances* prima della (eventuale) ratifica parlamentare è stato oggetto di ampio dibattito dottrinale nel periodo immediatamente successivo all'entrata in vigore della Costituzione del 1958, raffrontandosi la tesi della loro natura sostanzialmente legislativa e quella, opposta, della natura regolamentare (sul tema, v. P. Piciacchia, *La delega legislativa nell'esperienza costituzionale francese. Procedura e controllo dell'attività normativa dell'Esecutivo nella V Repubblica*, Milano, 2006, 107 ss.). La giurisprudenza amministrativa e costituzionale si sono orientate in quest'ultimo senso: Conseil d'État, 3 nov. 1961, *Damiani*; Conseil constitutionnel, *Décision n° 72-73 L du 29 février 1972. Nature juridique de certaines dispositions des articles 5 et 16 de l'ordonnance, modifiée, du 17 août 1967 relative à la participation des salariés aux fruits de l'expansion des entreprises*.

³⁵⁹ Art. 80 I, GG.

quella italiana: essi rimangono in tutto e per tutto gerarchicamente subordinati alle leggi³⁶⁰.

Anche nel Regno Unito, stante il principio della *Supremacy of Parliament*, il potere normativo del governo prende corpo attraverso le *delegations* contenute negli atti legislativi adottati da un Parlamento inizialmente renitente, ma che ne ha fatto ampio uso sin dalla seconda metà dell'Ottocento³⁶¹. Gli eterogenei atti normativi che ne costituiscono l'attuazione – *regulations, orders, directions, rules, bylaws*, indicati complessivamente come *statutory instruments*³⁶² – presentano un'efficacia normativa differente a seconda delle previsioni contenute nella legge di delegazione: ordinariamente, essi sono subordinati alla legge, ma non sono rare le cd. *Henry VIII Clauses*, ovvero le previsioni legislative che abilitano lo *Statutory Instrument* a modificare o abrogare la legislazione precedente o successiva. Ebbene, nel primo caso, l'atto delegato potrà essere considerato di rango secondario, mentre, nel secondo caso, esso fuoriesce dalla categoria, in quanto è in grado di modificare le leggi³⁶³.

³⁶⁰ E. Palici di Suni, *La funzione normativa tra governo e parlamento*, cit., 37; M. F. Hartwig, *Le fonti secondarie nell'ordinamento giuridico della Repubblica Federale Tedesca*, in P. Caretti, U. De Siervo (cur.), *Potere regolamentare e strumenti di direzione dell'amministrazione*, cit., 79 ss.; R. Tarchi, A. Gatti, *Il potere normativo del Governo federale nell'ordinamento costituzionale della Germania*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3, 2018, 21-22; A. Jacquemet-Gauché, *Droit administratif allemand*, Paris, 2022, 207.

³⁶¹ Nella dottrina italiana, v. almeno G. Caravale, *Il Governo legislatore*, cit., 47 ss.; A. Marchetti, *Il potere normativo dell'esecutivo nel Regno Unito*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3, 2018; M. D'Alberti, *Diritto amministrativo comparato. Mutamenti dei sistemi nazionali e contesto globale*, Bologna, 2019, 86 ss.

³⁶² L'ordinamento inglese non contiene una rigorosa disciplina della denominazione degli atti normativi del Governo: si dice, ad esempio, che le *regulations* dovrebbero avere contenuto sostanziale, mentre le *rules* carattere procedurale, ma nella prassi i *parent acts* (leggi di delega del Parlamento) non seguono questi principi alla lettera. Ancora, vi sono denominazioni che non dipendono dal contenuto dell'atto normativo ma dal procedimento di adozione: è il caso degli *Orders in Council*, approvati dal Monarca all'interno del *Privy Council*. Sul tema, v. C. Forsyth, J. Ghosh, *Wade & Forsyth's Administrative Law*, Oxford, 2022, 693 ss.

³⁶³ Come nel caso delle *ordonnances* in Francia (v. *supra*, nota 15), anche nel Regno Unito se si guarda al problema dal punto di vista del controllo

3. Il fondamento costituzionale del potere normativo secondario dell'Esecutivo fra delega e abilitazione diretta

La questione del fondamento giuridico del potere normativo del sovrano, strettamente connessa a quella dei limiti a cui lo stesso era sottoposto, è stata vivacemente dibattuta per tutta l'epoca medievale e moderna³⁶⁴. Essa, tuttavia, viene affrontata su basi completamente diverse a partire dalle Rivoluzioni liberali, e quindi dall'affermazione del principio di separazione dei poteri e di supremazia della legge.

A seguito della Rivoluzione francese, si affermava inizialmente una posizione di netta chiusura verso il potere normativo dell'Esecutivo, definita "utopica" dalla dottrina³⁶⁵, eppure trasfusa nella Costituzione del 1791, secondo la quale: «*Le Pouvoir exécutif ne peut faire aucune loi, même provisoire, mais seulement des proclamations conformes aux lois, pour en ordonner ou en rappeler l'exécution*». Un compito, dunque, di chiarificazione; non un potere di innovare, con i

giurisdizionale (invece che da quello della forza attiva della fonte, seguito in testo) si perviene ad esiti differenti: gli *statutory instrument* abilitati a modificare norme di rango legislativo (*Henry VIII clauses*) sono assoggettati alla *judicial review* come qualsiasi atto dell'Esecutivo (in giurisprudenza, v. ad esempio *R v Secretary of State for the Environment ex parte Spath Holme Ltd* [2001] 2 AC 349; *Oakley Inc. v Animal Ltd* [2005] EWCA Ci 1191; *ITV Broadcasting v TV Catchup* [2011] EWHC 1874).

³⁶⁴ Per una visione d'insieme, v. almeno M. Fioravanti, *Costituzione*, Bologna, 1999; P. Costa, "In alto e al centro": immagini dell'ordine e della sovranità fra medioevo ed età moderna, in *Dir. pubbl.*, 3, 2004, 815 ss.; D. Quagliani, *Sovranità*, Roma-Bari, 2005 e Id., *Dal costituzionalismo medievale al costituzionalismo moderno*, in *Annali del Dipartimento di Storia del diritto-Università di Palermo*, 52, 2007-2008, 55 ss.; P. Ridola, *Preistoria, origini e vicende del costituzionalismo*, in P. Carrozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari (cur.), *Diritto costituzionale comparato*, II, Roma-Bari, 2014, 737 ss.; A. Morrone, *Sovranità*, in Associazione Italiana dei Costituzionalisti, *Annuario 2016 – Di alcune grandi categorie del diritto costituzionale. Sovranità, Rappresentanza, Territorio*, Napoli, 2017, 3 ss.; P. Grossi, *L'ordine giuridico medioevale*, Roma-Bari, 2017.

³⁶⁵ M. Fromont, *Droit administratif des États européens*, Paris, 2006, 273.

propri atti, l'ordinamento giuridico³⁶⁶. Nella prassi, però, le *proclamations* finirono spesso per divenire veri e propri atti normativi³⁶⁷ e già la Costituzione del 1799 riconosceva nuovamente al Governo il potere di approvare i regolamenti necessari per l'attuazione delle leggi (art. 44), disposizione ripresa dapprima dalle Carte successive influenzate dal modello francese³⁶⁸ e generalizzatasi poi nelle Costituzioni riportabili alla forma di governo parlamentare³⁶⁹, che non richiede una *espressa* abilitazione legislativa per l'adozione di regolamenti.

Invero, la trasformazione recata dalla Costituzione bonapartista dell'anno VIII (1799) era animata da un chiaro disegno di rafforzamento dell'Esecutivo, che si concretizzava non solo nell'attribuzione del potere regolamentare, ma anche nel potere di iniziativa legislativa: essa faceva da preludio all'abuso dei poteri normativi del Governo che caratterizzò sia l'epoca napoleonica (non solo con i regolamenti, ma anche tramite i cd. senato-consulti), sia le successive fasi storiche della Restaurazione e del Secondo Impero³⁷⁰. Ma quel che sembra più significativo per l'evoluzione di lungo termine del potere regolamentare è che, quando verrà instaurata la Terza Repubblica, in radicale opposizione all'autoritarismo dei regimi precedenti e con l'esplicito obiettivo di riportare in auge i principi della Rivoluzione del 1789 (*in primis*, la centralità della legge e del Parlamento), non si tenterà nemmeno di riproporre la

³⁶⁶ Per una ricostruzione organica, in lingua italiana, sull'evoluzione dell'esperienza francese, v. M. Benvenuti, *Le potestà normative del Governo. Dalla Francia d'ancien régime all'Italia liberale*, Milano, 2009.

³⁶⁷ La prassi del periodo è stata attentamente analizzata da uno studio che costituisce ormai un riferimento "obbligato" in materia: M. Verpeaux, *La naissance du pouvoir réglementaire, 1789-1799*, Paris, 1991.

³⁶⁸ V. ad esempio, art. 13, Cost. francese del 1830; art. 67, Cost. belga del 1831; art. 6, Statuto albertino del 1848.

³⁶⁹ L. Pegoraro, A. Rinella, *Costituzioni e fonti del diritto*, cit., 186.

³⁷⁰ La Carta costituzionale del 4 giugno 1814 ampliava ulteriormente il potere normativo del Re: egli poteva adottare regolamenti e ordinanze non soltanto in esecuzione delle leggi, ma anche per «*la sûreté de l'Etat*» (art. 14). Su tutte queste fasi v. M. Benvenuti, *Le potestà normative del Governo*, cit., part. 61 ss., e E. Quinart, *L'émancipation du pouvoir réglementaire (1914 -1958)*, Thèse, Université de Lille, 2019, 24 ss.

totale chiusura verso il potere normativo del Governo che aveva caratterizzato la Costituzione del 1791: ci si accontentava di garantire la supremazia della legge e di relegare il potere normativo alla normazione di rango secondario³⁷¹.

Anche nel Regno Unito, dopo la *Glorious Revolution*, la prassi dell'esercizio di potere normativo da parte del Monarca – che pure era stata rilevante, quantitativamente e qualitativamente, specialmente nel Cinquecento – subì una brusca battuta d'arresto, con un Parlamento che, anche per reazione all'esperienza precedente, approvava una normazione di dettaglio piuttosto che delegare poteri all'Esecutivo³⁷². L'atteggiamento del Parlamento non resse tuttavia all'ampliamento degli ambiti di interesse dell'azione pubblica nel corso dell'Ottocento, che portò alla "riapertura" alla delega di potere normativo all'Esecutivo e poi ad un'*escalation* del suo utilizzo fino all'attuale, netta, preponderanza quantitativa della *delegated legislation* rispetto alla legislazione parlamentare³⁷³. Anche in questo caso, il fenomeno non è andato esente da critiche, anche radicali: è noto il saggio *The New Despotism* di Lord Hewart, Chief Justice of England, il quale – nel lamentare lo strapotere della burocrazia – puntava il dito proprio contro la *departmental legislation*, «*behind the back of Parliament, which come into force without the assent or even the knowledge of Parliament*»³⁷⁴. Si ritenne quindi di istituire, dapprima, una specifica commissione sul fenomeno – il *Committee on*

³⁷¹ H. Berthelemy, *Le pouvoir réglementaire du Président de la République*, in *Revue politique et parlementaire*, 1, 1898, 5 ss., e 2, 1898, 322 ss.; J. Tremeau, *La réserve de la loi*, Paris et Aix-en-Provence, 1997.

³⁷² E. Palici di Suni, *La funzione normativa tra governo e parlamento*, cit., 6; G. Caravale, *Il Governo legislatore*, cit., 55 ss.; P. Leyland, *The Constitution of the United Kingdom. A contextual Analysis*, Oxford and Portland, 2012, 14 ss.; M. D'Alberti, *Diritto amministrativo comparato*, cit., 56 ss.

³⁷³ J. Adler, *Constitutional & Administrative Law*, Basingstoke, 2013, 136: «*the bulk of English legislation consists of delegated ... legislation*». Per più specifici riferimenti quantitativi, v. *supra*, par. 1.

³⁷⁴ Lord Hewart of Bury, *The New Despotism*, London, 1929, 19 e, più ampiamente, 79 ss. Non si trattava di una posizione isolata: sempre sull'argomento, v. C.T. Carr, *Delegated Legislation*, Cambridge, 1921, e C.K. Allen, *Bureaucracy Triumphant*, Oxford, 1931.

Ministers' Powers, meglio noto come *Donoughmore Committee* (1929) – e poi, sulla base del rapporto finale della stessa, di disciplinare legislativamente le forme di controllo parlamentare sulla *delegated legislation*, mediante lo *Statutory Instruments Act 1946*. Tale legislazione non riuscirà però né a frenarne la crescita quantitativa, né, come si vedrà oltre, ad assicurare un controllo generalizzato sulla stessa.

Se, allo stato attuale, l'attribuzione di potere normativo anche all'Esecutivo può ritenersi un fenomeno generalizzato, bisogna comunque distinguere i casi in cui si richiede comunque una previa delega legislativa e quelli in cui si ravvisa un'abilitazione costituzionale diretta (esplicita o implicita). Fra i primi, ci si può concentrare sul caso inglese e su quello tedesco, peraltro molto diversi fra loro. Nel costituzionalismo d'Oltremania, si è sempre confermata la necessità di una previa delega del potere normativo all'Esecutivo, anche se non sono mancati i casi in cui il Governo ha agito direttamente mediante *Orders in Council*, seguiti da *Bill of Indemnity* del Parlamento di sanatoria³⁷⁵. La necessità della delega deriva dal principio della *Supremacy of Parliament*³⁷⁶. Per completezza, appare comunque opportuno evidenziare che, anche dopo le Rivoluzioni liberali, sono "sopravvissute" alcune materie in cui era consentito al Sovrano (poi, di fatto, al Governo) di esercitare poteri normativi a titolo di *Royal Prerogative* (*legislating by prerogative*) – ad esempio la regolazione delle forze armate, del *civil service*, delle situazioni di emergenza – ma il Parlamento è progressivamente intervenuto a disciplinarle legislativamente, determinandone una riduzione ad ambiti molto specifici³⁷⁷.

Molto diversa l'esperienza tedesca, che aveva conosciuto la teorizzazione di un ampio potere normativo

³⁷⁵ A. Marchetti, *Il potere normativo dell'esecutivo nel Regno Unito*, cit., 5.

³⁷⁶ G. Caravale, *Il Governo legislatore*, cit., 48.

³⁷⁷ C. Forsyth, J. Ghosh, *Wade & Forsyth's Administrative Law*, cit., 41 ss.; J. Straw, *Abolish the Royal Prerogative*, in A. Barnett (ed), *Power and the Throne: The Monarchy Debate*, London, 1994; Ministry of Justice, *The Governance of Britain. Review of the Executive Royal Prerogative Powers: Final Report*, 2009; G. Drewy, *The Executive: Towards Accountable Government and Effective Governance?*, in J. Jowell, D. Oliver (Ed.), *The Changing Constitution*, Oxford, 2011, 210.

dell'Esecutivo come sua prerogativa “naturale”: nelle *Ständerverfassungen* tedesche, dopo l'unificazione, era prevista una competenza limitata delle leggi parlamentari a fronte della competenza illimitata del Monarca³⁷⁸, mentre le Costituzioni successive gli attribuiscono il potere di adottare le ordinanze necessarie all'esecuzione delle leggi e i regolamenti amministrativi, nonché significativi poteri regolatori legati all'ordine e alla sicurezza pubblica³⁷⁹. Non è dunque la tradizione costituzionale, ma l'esperienza storica dell'abuso di questi poteri normativi – che raggiunge il proprio apice con l'affermazione del nazismo³⁸⁰ – che porta, dopo il crollo del regime, a delimitarne rigorosamente il potere normativo «relegandolo ai margini del sistema delle fonti»³⁸¹. L'art. 80 GG subordina l'adozione dei regolamenti a una previa delega che, secondo l'interpretazione del Tribunale costituzionale, deve essere precisa, rendendo intellegibile *ex ante* quale potrebbe essere il contenuto del futuro regolamento³⁸².

³⁷⁸ E. Palici di Suni, *La funzione normativa tra governo e parlamento*, cit., 31.

³⁷⁹ Art. 45, Cost. 1851; art. 7, Cost. 1871, art. 48 e 77, Cost. Weimar.

³⁸⁰ Si ricorda soprattutto l'*Ermächtigungsgesetz* del 1933 che “elimina” la subordinazione degli atti normativi del Governo alle leggi e addirittura alla Costituzione (purché rimanessero intatti i poteri delle Camere e del Capo dello Stato), spianando la strada all'affermazione del regime nazista: R. Tarchi, A. Gatti, *Il potere normativo del Governo federale nell'ordinamento costituzionale della Germania*, cit., 8-9; E. Denninger, *La normazione delegata nel diritto costituzionale tedesco*, in *astrid-online.it*, 2. La possibilità di modificare la Costituzione con leggi adottate a maggioranza qualificata si manifesta in questo caso come uno dei più evidenti limiti della Costituzione di Weimar, consentendo «lo smantellamento della democrazia ... attraverso l'utilizzo di strumenti legali»: D. Grimm, *La Costituzione di Weimar vista nella prospettiva del Grundgesetz*, in *Nomos*, 2, 2012, 3.

³⁸¹ Così, R. Tarchi, A. Gatti, *Il potere normativo del Governo federale nell'ordinamento costituzionale della Germania*, cit., 3.

³⁸² Quest'obbligo, che prende il nome di *Bestimmtheitsgebot*, è precisato dalla fondamentale decisione del Tribunale costituzionale tedesco: BVerGE 1, 23 ottobre 1951 *Südweststaat*. Il Tribunale precisa che tale previsione costituisce un «deliberato allontanamento dalla prassi del periodo di Weimar» e che, sotto questo aspetto, «Legge fondamentale opta per una più rigida divisione dei poteri», che impedisce al Parlamento di sottrarsi alle proprie responsabilità di organo legislativo trasferendo potere normativo al Governo senza precisi limiti. In prospettiva comparatistica, v. G. Nolte, *Ermächtigung der Exekutive zur Rechtsetzung: Lehren aus der deutschen und der amerikanischen Erfahrung*, in *Archiv des öffentlichen Recht*, 3, 1993, 378 ss., e, più di recente, K.M. Stack, *Rule-making*

Allo stato attuale, al di fuori dei casi inglese e tedesco, si è affermato in maniera prevalente il modello francese post-rivoluzionario, ove non si fa più questione della titolarità governativa del potere di adottare regolamenti di esecuzione: esso riceve, in alcuni casi, un espresso riconoscimento da parte della Costituzione³⁸³; in altri, viene ritenuto un attributo quasi “naturale” del Governo, dato per presupposto dal testo della Carta³⁸⁴.

Discorso diverso, e più complesso, è quello relativo alla possibilità di adottare regolamenti cd. indipendenti nelle materie non regolate dalla legge, che è stata oggetto di forte polemica quantomeno in Francia (prima della V Repubblica), in Italia e in Spagna³⁸⁵. La dottrina maggioritaria e la prassi sembrano orientate positivamente – tenendo pur sempre fermo il principio di subordinazione alla legge e l’esclusione dagli ambiti coperti da riserva di legge – pur evidenziando la difficoltà a individuare materie

Regimes in the Modern State, in P. Cane, H.C.H. Hofmann, E.C. Ip, P.L. Lindseth, *The Oxford Handbook of Comparative Administrative Law*, Oxford, 2021, 553 ss.

³⁸³ La Costituzione spagnola attribuisce espressamente al Governo il potere regolamentare: «*El Gobierno... ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes*» (art. 97).

³⁸⁴ Questo è il caso della Costituzione italiana, che com’è noto si limita ad attribuire al Presidente della Repubblica il compito di emanare i regolamenti (art. 87 Cost.).

³⁸⁵ L’ampiezza del dibattito non consente di riprenderne in questa sede i termini nemmeno in maniera sintetica. La dottrina italiana è orientata in misura maggioritaria per l’ammissibilità dei regolamenti indipendenti, peraltro ora menzionati pure dall’art. 17, Legge n. 400/1988 (v. per tutti E. Cheli, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano, 1967; A. Lucarelli, *Potere regolamentare. Il regolamento indipendente tra modelli istituzionali e sistema delle fonti nell’evoluzione della dottrina pubblicistica*, Padova, 1995), nonostante alcune autorevoli voci in senso contrario (v. soprattutto L. Carlassare, *Regolamenti dell’esecutivo e principio di legalità*, Padova, 1966 e, successivamente, L. Carlassare-A. Pugiotto, *Regolamento (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, agg. V, Milano, 2001, 969-970). Più di recente, sul tema è tornata F. Meola, *Sulla potestà regolamentare indipendente del Governo*, in *federalismi.it*, *Focus. Dimensioni ed effettività del potere regolamentare*, cit. Anche in Spagna, l’orientamento della dottrina maggioritaria appare favorevole (v. ad esempio M. Sánchez Morón, *Derecho administrativo. Parte general*, Madrid, 2017, 189), anche se si dibatte sull’ampiezza delle materie in cui esso sarebbe ammissibile, dato che parte della dottrina lo limita ai regolamenti di organizzazione (v. le note successive).

totalmente prive di regolazione legislativa³⁸⁶. Nella prassi, un ambito “elettivo” dei regolamenti indipendenti sembra soprattutto quello dell’organizzazione amministrativa³⁸⁷, tanto che anche nel caso britannico e in quello tedesco – ove il potere regolamentare è normalmente condizionato alla delega parlamentare – si riconosce comunque al Governo un potere normativo sull’organizzazione anche in assenza di una previa attribuzione legislativa³⁸⁸.

La Costituzione francese della V Repubblica ha fatto un passo ulteriore nel senso del rafforzamento del potere regolamentare, dotando il Governo di una competenza “generale” ad adottare regolamenti (art. 21), a fronte di una

³⁸⁶ Sia la dottrina italiana che la dottrina spagnola osservano che gli ambiti coperti da regolazione legislativa sono talmente estesi da rendere difficilmente individuabili gli spazi di intervento del regolamento indipendente, circostanza che, per utilizzare la terminologia di Paladin, “sdrammatizza” il rilevante problema dell’ammissibilità di tale tipologia di regolamento (L. Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, 352). Il regolamento indipendente (*réglement autonome*) è invece senz’altro configurabile nell’ordinamento francese in ragione della riserva di regolamento prevista dall’art. 34 Cost., anche se – in ragione del rapporto di fiducia intercorrente fra Governo e maggioranza parlamentare e della riconducibilità alla stessa, per la maggior parte dell’esperienza repubblicana, anche del Presidente della Repubblica – l’incidenza concreta di tale tipologia è piuttosto limitata: indicativo il titolo del noto contributo di L. Favoreau, *Les règlements autonomes n’existent pas*, in *Revue Française de Droit Administratif*, n°6, nov.-déc. 1987, 871 ss.

³⁸⁷ In Francia, la competenza regolamentare del *chef de service* (e quindi di ciascun Ministro) in relazione alle norme organizzative che non impattano sui privati è stata riconosciuta dal *Conseil d’État* con il risalente *arrêt Jamart* del 1936 ed è principio stabilizzato. In Spagna, la giurisprudenza e anche la dottrina più rigorosa non sembrano porre in discussione l’ammissibilità di regolamenti di organizzazione *praeter legem* e li ritengono l’esempio più rilevante di regolamenti indipendenti (per tutti, S. Muñoz Machado, *El Reglamento*, cit., 103-105; E. García de Enterría, T.R. Fernández, *Curso de derecho administrativo*, I, Madrid, 2022, 248).

³⁸⁸ Nel Regno Unito, il potere di stabilire l’organizzazione e i compiti dei vari *Departments* viene ricondotto alla *prerogative* (v. *supra*, in testo). In Germania, vi è una specifica tipologia di regolamenti – i *Verwaltungsvorschriften* – che si differenziano dai *rechtsverordnungen* in quanto sono rivolti a disciplinare i rapporti interni all’amministrazione, non incidendo su soggetti terzi, e non necessitano di una delega da parte del Parlamento (S. Detterbeck, *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht*, München, 2018, 313 ss.). Se essi incidono sulle amministrazioni dei Länder, però, è necessaria l’approvazione del Bundesrat, in base all’art. 84 §2, GG.

competenza della fonte legislativa delimitata dalle materie previste dall'art. 34, che si dividono in materie integralmente riservate alla legge e materie in cui la legge si limita a fissare i «principi fondamentali». Il Governo ha la possibilità di bloccare l'iniziativa legislativa contrastante sollecitando il controllo *a priori* del *Conseil constitutionnel* (art. 44) e di ottenere la de-legificazione *a posteriori* di ambiti coperti dalla legge ma rientranti nella riserva di regolamento (art. 37, al. 2). Tale assetto, che costituisce una specificità del modello francese³⁸⁹, è il frutto della progressiva evoluzione storica della forma di governo e del sistema delle fonti: nella fase finale della Terza Repubblica, specialmente dopo la Prima guerra mondiale, il Parlamento delegava significativi poteri normativi al Governo, compreso quello di modificare norme di rango primario (cd. *décrets-lois*)³⁹⁰. La Costituzione del 1946 tentò di arginare questa prassi, proibendo costituzionalmente la delega di potere normativo (art. 13). Ciò nonostante, anche durante la Quarta Repubblica si sentì l'esigenza di concentrare l'attività del Parlamento sulle scelte di sistema, arginando la legislazione di dettaglio. Di qui, l'adozione di due tecniche normative che costituiscono l'antecedente dell'attuale riparto costituzionale. In primo luogo, viene adottata la *loi du 17 août 1948*, che stabilisce una "lista" di materie naturalmente regolamentari, su cui il Governo era abilitato a intervenire anche modificando la precedente legislazione primaria: la tecnica del riparto di competenze fra le fonti verrà poi riproposta, in maniera inversa (con tipizzazione delle materie legislative), da parte dei Costituenti del 1958. In secondo luogo, durante la Quarta Repubblica si farà ampio uso della tecnica della *loi-cadre*, già sperimentata durante la Terza Repubblica, tramite la quale il Parlamento stabiliva le linee generali di una riforma di sistema, affidando al potere regolamentare l'adozione della normativa: un riparto "verticale" del potere normativo che viene riproposto

³⁸⁹ L. Pegoraro, A. Rinella, *Costituzioni e fonti del diritto*, cit., 188.

³⁹⁰ L. Favoreau, P. Gaïa, et al., *Droit constitutionnel*, cit., 837.

dall'art. 34 Cost. 1958, nelle materie in cui è affidata alla legge l'adozione dei soli principi fondamentali³⁹¹.

Ad ogni modo, la ripartizione di competenze stabilita dalla Costituzione vigente si è dimostrata nella prassi meno dirompente di quanto si potesse immaginare inizialmente: le materie di competenza della legge sono state interpretate in maniera estensiva e le disposizioni di rango primario occupano oggi in maniera preminente lo spazio normativo³⁹². Questo si deve soprattutto al concreto funzionamento della forma di governo semi-presidenziale in Francia, in cui il Presidente della Repubblica ha goduto per lo più anche del sostegno della maggioranza parlamentare, facendo venir meno la necessità politica di contenere gli spazi di intervento dell'organo legislativo, opponendo l'irricevibilità dei progetti di legge che eccedessero il *domaine de la loi*³⁹³. Inoltre, con una decisione del 1982, il *Conseil constitutionnel* ha stabilito che l'invasione del *domaine du règlement* da parte del legislatore non costituisce un vizio di incostituzionalità della legge³⁹⁴: la “protezione” di tale

³⁹¹ *Ibid.*, 839-841.

³⁹² Si tratta della constatazione a cui perviene unanimemente la dottrina: v., fra i molti, Aa.Vv., *Le domaine de la loi et du règlement*, cit.; B. Mathieu, *La part de la loi, la part du règlement. De la limitation de la compétence réglementaire à la limitation de la compétence législative*, in *Pouvoirs*, 3, 2005, 73 ss.; A. Viala, *Démocratie pluraliste et pouvoir normatif du gouvernement. L'exemple français*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3, 2018, 9.

³⁹³ E. Quinart, *Les règlements autonomes ne reviennent pas*, in *JP Blog*, 15.01.2024, osserva che anche nelle mutate circostanze politiche degli ultimi anni – che hanno visto il venir meno della maggioranza assoluta nell'Assemblée nationale – l'utilizzo dei regolamenti autonomi non ha ripreso piede. Il Governo ha preferito utilizzare gli strumenti a propria disposizione per orientare l'azione del Parlamento.

³⁹⁴ Cons. const., déc. n° 82-143 DC, 30 juillet 1982, *Blocage des prix et des revenus*, confermata da costante giurisprudenza successiva. È bene ricordare che costituisce invece vizio di incostituzionalità – precisamente a titolo di incompetenza negativa – il caso in cui la legge “abbandoni” al potere regolamentare ambiti riservati alla fonte primaria, anche attraverso l'adozione di norme eccessivamente vaghe od oscure: Cons. const., déc. n° 75-56 DC, 23 juillet 1975, *Juge unique*, e più di recente déc. n° 2011-639 DC, 28 juillet 2011, *Personnes handicapées et politique du handicap*. In dottrina, sulla prima giurisprudenza, in senso critico, v. J.B. Auby, *L'avenir de la jurisprudence Blocage des prix et des revenus*, in *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 19, Janvier 2006;

ambito è lasciata alla decisione (politica) dell'Esecutivo, eventualmente anche *ex post* mediante il meccanismo di delegificazione previsto dall'art. 37, al. 2 Cost. Tuttavia, è bene specificare che la riserva di regolamento, seppur applicata in maniera lasca, non può ritenersi completamente disapplicata o desueta, poiché vi è ancora attenzione da parte degli organi di controllo, in particolare del *Conseil d'État*, nell'individuazione della fonte corretta in base al riparto costituzionale³⁹⁵.

4. Complessità e polimorfismo dei procedimenti di adozione degli atti normativi secondari

I procedimenti mediante i quali il Governo esercita il proprio potere normativo si presentano articolati e polimorfi: articolati, perché la legislazione prevede di frequente l'intervento nel procedimento di organi ulteriori rispetto al Governo o ai singoli ministri; polimorfi, perché tali aggravamenti procedurali variano quantitativamente e qualitativamente a seconda dell'importanza della materia e del suo grado di tecnicismo. Ciò dipende anche dal fatto che la regolazione del procedimento è affidata per lo più alla fonte legislativa: la disciplina costituzionale, quando non è del tutto assente, è molto scarna e si limita per lo più a individuare l'organo titolare del potere.

L'idea di proceduralizzare l'adozione dei regolamenti a livello legislativo si è fatta strada a fatica in area europea, difficoltà che si riflette talvolta nella collocazione topografica della relativa disciplina al di fuori della legge

sull'incompetenza negativa, A. Vidal-Naquet, *L'état de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur l'incompétence négative*, in *Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 46, Janvier 2015.

³⁹⁵ La relazione annuale sull'attività svolta dalle sezioni consultive del *Conseil d'État* offre numerosi esempi delle questioni poste dalla prassi e dalla soluzione data di volta in volta in relazione alla forma dell'atto normativo: v. da ultimo *Conseil d'État, Rapport public 2024. Activité juridictionnelle et consultative des juridictions administratives en 2023*, Paris, 2024, disponibile sul sito: www.conseil-etat.fr, 230 ss.

generale sul procedimento amministrativo³⁹⁶. In quest'ambito, la dimensione garantistica del procedimento non si declina tanto nell'obbligo di motivazione, quanto nella previsione di diffusi obblighi di consultazione di soggetti diversi dal titolare del potere e dall'introduzione di strumenti partecipativi, e quindi dall'innesto formalizzato nell'iter decisionale di veri e propri sub-procedimenti volti a far confluire nel procedimento posizioni diverse rispetto a quelle dell'Esecutivo. In effetti, a differenza di quanto avviene per gli atti amministrativi individuali, l'obbligo di motivare i regolamenti non è normalmente previsto nel panorama comparato³⁹⁷ e non è presente né in Italia³⁹⁸, né in Francia³⁹⁹: vi è piuttosto la prassi di "giustificarli" mediante il sintetico richiamo delle norme legislative di riferimento e dei pareri obbligatori acquisiti nel corso del procedimento⁴⁰⁰, "citazione" espressamente imposta anche

³⁹⁶ Ad esempio, in Italia, il procedimento di adozione dei regolamenti è disciplinato dalla Legge n. 400/1988 e non dalla Legge n. 241/1990, relativa al procedimento amministrativo. Allo stesso modo, in Germania i *Rechtsverordnungen* non sono disciplinati dalla legge generale sul procedimento (*Verwaltungsverfahrensgesetz*) del 1976. Nonostante il caso degli Stati Uniti non sia oggetto del presente contributo, può essere utile evidenziare la differenziazione su questo profilo: l'*Administrative Procedure Act* del 1946 (APA) disciplina sia l'*adjudication* sia, appunto, il *rulemaking*. Il fatto che tale esigenza sia stata sentita prima al di là dell'Atlantico si ricollega probabilmente al carattere dualistico della forma di governo statunitense, come anche alla forte autonomia progressivamente riconosciuta a numerose agenzie all'interno del potere Esecutivo (sulle ragioni storiche che hanno condotto all'adozione dell'APA, v. più ampiamente R. Elias, *The Legislative History of the Administrative Procedure Act*, in *Fordham Environmental Law Review*, 2, 2015, 207 ss.).

³⁹⁷ In questo senso, M. Fromont, *Droit administratif des États européens*, cit., 289.

³⁹⁸ L'art. 3, Legge n. 241/1990, esclude espressamente i regolamenti e gli atti generali dall'obbligo (altrimenti) generalizzato di motivazione degli atti amministrativi.

³⁹⁹ Nel caso francese, a differenza di quello italiano, vi è un'elencazione tassativa dei casi in cui la motivazione è obbligatoria, fra i quali non è ricompreso quello dei regolamenti: art. L212-2 del *Code des relations entre le public et l'administration*.

⁴⁰⁰ Appare molto opportuna, ed è per questo seguita in testo, la distinzione fra motivazione e "giustificazione" dell'atto, quest'ultima definita come «dichiarazione di scienza conseguente ad un mero giudizio di esistenza, che si traduce nel riferimento alle leggi su cui il regolamento si fonda» (F. Aperio

dalla Legge fondamentale tedesca (*Zitiergebot*)⁴⁰¹. Fa eccezione, in questo quadro, il caso spagnolo, in cui però l'*exposición de motivos* caratterizza non soltanto i regolamenti, ma anche i provvedimenti legislativi.

Di seguito, si proporrà una sistemazione delle tipologie di apporti che caratterizzano il procedimento di adozione dei regolamenti, utilizzando come criterio la *ratio* che ne giustifica la previsione e distinguendo dunque fra apporti di carattere tecnico, di carattere politico-rappresentativo e di carattere partecipativo.

4.1. La consultazione degli organi dotati di conoscenze tecnico-giuridiche o tecnico-scientifiche

L'innesto nel procedimento di approvazione degli atti normativi secondari di apporti di natura tecnica può essere previsto da norme di carattere generale oppure dalla legislazione settoriale; inoltre, si possono ulteriormente distinguere i casi in cui l'apporto ha carattere tecnico-giuridico, ed è volto quindi a garantire la legittimità dell'atto e la qualità della normazione, e quelli in cui ha carattere tecnico-scientifico⁴⁰².

In Francia, in Italia e in Spagna, spicca al riguardo la funzione consultiva del Consiglio di Stato: in Francia, tale funzione era scomparsa nella III Repubblica, ma è stata ristabilita dapprima a livello primario nel 1945⁴⁰³ e, con la V Repubblica, anche a livello costituzionale per i progetti di legge (art. 39 Cost.). Quanto ai regolamenti, la Costituzione prevede l'obbligo di consultazione del *Conseil d'État* in via

Bella, *La motivazione del provvedimento (art. 3 l.n. 241 del 1990 s.m.i.)*, in M.A. Sandulli (cur.), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2020, 336). Un'autentica "motivazione", infatti, presuppone non solo l'indicazione della norma attributiva di potere, ma anche l'esplicazione delle ragioni che hanno guidato l'esercizio del potere discrezionale.

⁴⁰¹ A. Jacquemet-Gauché, *Droit administratif allemand*, cit., 207.

⁴⁰² Sul tema, in prospettiva sistematica, v. anche E. D'Orlando, *Politica e tecnica nella produzione normativa*, in *DPCE Online*, Numero speciale, 2021, 347 ss., spec. 354 ss.

⁴⁰³ *Ordonnance n°45-1708 du 31 juillet 1945 portant sur le Conseil d'Etat*, art. 21 ss.

generalizzata soltanto per quelli di delegificazione (art. 37 Cost.), mentre per gli altri tale obbligo può essere introdotto dalla legislazione primaria, come avviene per i regolamenti più importanti, che vengono indicati come *décrets en Conseil d'État*⁴⁰⁴. L'organo consultivo effettua un controllo di legalità, indica al Governo i mezzi giuridici più appropriati per raggiungere i propri obiettivi, verifica il rispetto delle garanzie e della sicurezza giuridica, nonché delle regole sulla qualità della normazione⁴⁰⁵.

Più estesa e sistematica la partecipazione dell'organo analogo in Spagna ed in Italia. Nel primo caso, fin dalla *Ley Orgánica del Consejo de Estado de 17 de agosto de 1860* si impose la richiesta del parere, a pena di nullità dell'atto, per i regolamenti esecutivi, con la conseguenza forse paradossale, ma tuttora perdurante⁴⁰⁶, che i regolamenti cd. "indipendenti" risultano sottratti da tale obbligo. Ciò nonostante, il Consiglio di Stato ottenne di imporre un'interpretazione ampia della categoria dei regolamenti esecutivi, ricomprendendovi tutti quelli che in qualche modo completano, sviluppano, specificano o danno esecuzione a norme legislative⁴⁰⁷. In Italia, è l'art. 17 della Legge n. 400 del 1988 a prescrivere espressamente per tutti

⁴⁰⁴ I *décrets en Conseil d'État* sono riconoscibili in quanto recano nelle premesse l'inciso «*Le Conseil d'État entendu*».

⁴⁰⁵ Conseil d'État, *Rapport public 2024*, cit., 200.

⁴⁰⁶ Art. 22, *Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado*. Per puntuali riferimenti sulle varie leggi che hanno imposto la consultazione del Consiglio di Stato, S. Muñoz Machado, *El Reglamento*, cit., 95 ss. e 128 ss.

⁴⁰⁷ Si ricorda al proposito la *Moción al Gobierno sobre la consulta al Consejo de Estado de los reglamentos ejecutivos de las leyes* (22 maggio 1969), disponibile sul sito; www.cepc.gob.es, secondo cui si ritenevano regolamenti esecutivi quelli «*directa y concretamente ligados a una ley, a un artículo o artículos de una ley, o a un conjunto de leyes, de manera que dicha ley (o leyes) es completada, desarrollada, pormenorizada, cumplimentada o ejecutada por el reglamento*» (par. III.B). La definizione è tuttora seguita dalla giurisprudenza (v. ad esempio, Tribunal Supremo, STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sent. n. 837/2018, che la riprende letteralmente). Sulle persistenti problematiche a distinguere nella pratica le tipologie di regolamento, v. in dottrina, S. Muñoz Machado, *Sobre el concepto del reglamento ejecutivo en el derecho español*, in *Revista de Administración Pública*, 1975, 139 ss., e più di recente J. Quereda Sabater, *Reglamentos ejecutivos e independientes: ¿una distinción obsoleta para determinar la intervención del Consejo de Estado?*, in *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 21, 2021, 36 ss.

i regolamenti il parere obbligatorio ma non vincolante del Consiglio di Stato. Si è sostenuto che fra le cause della “fuga dal regolamento” a favore di fonti atipiche come i d.P.C.M. vi sia anche la volontà di sottrarsi a tale controllo preventivo⁴⁰⁸.

L’acquisizione di conoscenze di carattere tecnico-scientifico non è invece normalmente richiesta da disposizioni di carattere generale ma, piuttosto, dalla legislazione settoriale. Ciò si spiega, da un lato, con il fatto che la consapevolezza dell’importanza di una sistematica consulenza scientifica per la regolazione è maturata in un momento successivo rispetto al consolidamento degli organi consultivi di rilevanza costituzionale; dall’altro, con la necessità di rapportare il parere scientifico alla specifica materia trattata, individuando di volta in volta il soggetto istituzionale più adatto per svolgere questa funzione⁴⁰⁹. Quando non vi sono specifiche disposizioni in merito, gli apporti di carattere scientifico vengono per lo più assorbiti dagli strumenti volti ad assicurare la qualità della legislazione, che incoraggiano ma non impongono l’acquisizione di pareri “esperti”, e di conseguenza, in questi casi, sono soprattutto gli organi interni responsabili della qualità della legislazione⁴¹⁰ e gli organi di controllo esterno

⁴⁰⁸ In questo senso, V. Di Porto, *La carica dei DPCM*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2016, sostiene che alla fuga dal regolamento sottenda una «fuga dal Consiglio di Stato».

⁴⁰⁹ Negli ultimi anni, e specialmente a seguito dell’emergenza sanitaria, è molto aumentata l’attenzione della dottrina verso gli organismi di consulenza scientifica, il cui apporto è determinante per definire il contenuto delle politiche pubbliche: v., fra i molti, E. D’Orlando, *Decisore politico e scienza: l’emergenza sanitaria come catalizzatore dell’affermazione di un paradigma normativo evidence-based*, in *DPCE Online*, 1, 2023, 511 ss.; G. Ragone, *Imparare dalla pandemia: saperi scientifici e processi di decisione politica*, in *Quad. Cost.*, 1, 2022, 73 ss.; C. Siccardi, *Organi tecnici e produzione normativa*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2022, 800 ss.; G. Mingardo, *Il ruolo del comitato tecnico-scientifico in Italia e Francia nell’emergenza COVID-19*, in *Rivista di BioDiritto*, 2, 2020, 89 ss.

⁴¹⁰ Ad es., in Spagna, l’*Oficina de Coordinación y Calidad Normativa*, in base al *Real Decreto 1081/2017, de 29 de diciembre*; in Italia, il Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi della Presidenza del Consiglio dei Ministri (DAGL), in base all’art. 9, d.P.C.M. 15 settembre 2017, n. 169; in Francia, il *Conseil national d’évaluation des normes applicables aux collectivités territoriales et à leurs*

a verificare la completezza dell'istruttoria e il corretto utilizzo di tali strumenti. Tuttavia, l'insufficienza dell'istruttoria sul piano tecnico-scientifico, o la contraddittorietà della decisione finale con i pareri degli organi competenti, viene talora sanzionata anche dagli organi giurisdizionali⁴¹¹.

4.2. L'intervento "successivo" del Parlamento fra controllo e co-legislazione

La previsione di un intervento del Parlamento, o anche di una sola Camera, prima dell'adozione o dell'entrata in vigore dell'atto normativo è volta ad assicurare finalità diverse a seconda dell'ordinamento preso in considerazione. Nel Regno Unito e in Italia, l'intervento del Parlamento viene imposto frequentemente da disposizioni legislative di carattere puntuale, mentre in Germania è espressamente previsto a livello costituzionale, in molti casi, l'intervento della Camera alta (*Bundesrat*).

Partendo dal modello inglese, già si è detto come – sulla base del rapporto Donoughmore – lo *Statutory Instruments Act* del 1946 intervenne per disciplinare proprio le forme di intervento del Parlamento (*rectius*, di entrambe le Camere, trattandosi di un residuo potere "paritario" della *House of Lords*). Si individuano tre procedure: quella negativa, la più diffusa, secondo la quale l'atto entra in vigore a meno che il Parlamento non approvi una *negative resolution* entro quaranta giorni della sua presentazione da parte del Governo; quella affermativa, secondo la quale – al contrario – l'entrata in vigore dello stesso è sospensivamente o risolutivamente condizionata all'approvazione del

établissements publics, per le norme che impattano sulle autonomie locali, o ancora, in altri casi, le autorità indipendenti di settore.

⁴¹¹ Alcuni esempi, correlati all'emergenza sanitaria, sono esposti da E. D'Orlando, *Decisore politico e scienza*, cit., 523 ss.

Parlamento; infine, la procedura di mero deposito dell'atto, senza un controllo parlamentare, utilizzata raramente⁴¹².

La capacità del Parlamento di incidere realmente, mediante queste procedure, sul contenuto della *delegated legislation* è piuttosto limitata: esso si trova di fronte un atto già approvato dal Governo, talora persino già vigente, ed è messo di fronte a un'alternativa "*take it or leave it*", che non a caso ha condotto assai sporadicamente ad un esito negativo⁴¹³. Il Parlamento esercita quindi una funzione essenzialmente di controllo, dotata soprattutto di un'efficacia persuasiva nei confronti dei *Departments* governativi, che vedono le possibili censure parlamentari nei confronti dell'atto normativo da essi predisposto come dannose per la propria autorevolezza⁴¹⁴. A questo si aggiunga che, da un lato, l'adozione di tali moduli procedurali dipende comunque dall'atto legislativo delegante (*parent act*), con la conseguenza che per buona parte della normativa secondaria non è prevista alcuna forma di controllo parlamentare; dall'altro, la mole di *statutory instruments* è tale che, anche ove il controllo sarebbe legislativamente previsto, le Camere e i loro organi interni

⁴¹² Su tali procedure, con più approfondito inquadramento degli organi parlamentari coinvolti, v. G. Caravale, *Il Governo legislatore*, cit., 58 ss.; A. Marchetti, *Il potere normativo dell'esecutivo nel Regno Unito*, cit., 11 ss.

⁴¹³ Secondo dati recenti, il rigetto sarebbe avvenuto per un totale di 16 *Statutory Instruments*, pari allo 0,01% di quelli vagliati dal Parlamento: House of Lords, Select Committee on the Constitution, *16th Report of Session 2017-19. The Legislative Process: the Delegation of Powers*, HL Paper 225, 2018, 30. Per completezza, si segnala che è stata talora prevista anche una *super-affermative procedure*, che obbliga il Governo a tenere conto delle indicazioni ricevute dal Parlamento, ma essa si è accompagnata normalmente a *Henry VIII Clauses*, quindi all'attribuzione del potere di modificare norme di rango primario (ad es., *Legislative and Regulatory Reform Act 2006*; *Localism Act 2011*). Inoltre, i singoli *parent acts* possono prevedere "variazioni" rispetto ai modelli descritti in testo: ne conta almeno sedici il rapporto della Hansard Society, *The Devil is in the Detail: Parliament and Delegated Legislation*, London, 2014, 75-76.

⁴¹⁴ C. Forsyth, J. Ghosh, *Wade & Forsyth's Administrative Law*, cit., 720: «*it gives government departments a lively consciousness that critical eyes are kept upon them*». In questa prospettiva, è utile sottolineare che alle Camere non è data soltanto la possibilità di rigettare uno *Statutory Instrument*, ma anche quella di esprimere critiche sullo stesso (cd. non-fatal motion o "*this house regrets motion*": Hansard Society, *The Devil is in the Detail*, cit., 78).

hanno a disposizione un tempo insufficiente a garantire un'analisi approfondita dell'atto delegato⁴¹⁵.

In Italia, la Legge n. 400 del 1988 non prevede un intervento del Parlamento nel procedimento di approvazione dei regolamenti, tranne che per i regolamenti di organizzazione ministeriale e per quelli cd. "di delegificazione"⁴¹⁶; ciò nonostante, nella legislazione che prevede un'attuazione in via regolamentare, è frequente venga imposto al Governo di richiedere un parere obbligatorio e non vincolante del Parlamento⁴¹⁷. I regolamenti parlamentari disciplinano espressamente l'adozione dei pareri sugli schemi di atti normativi del Governo⁴¹⁸: quello della Camera dei deputati, in particolare, richiama la normativa sull'istruttoria legislativa in commissione e assicura la possibilità di intervenire a tutte le commissioni competenti per materia. In questo modo, la funzione esercitata dai pareri si avvicina più alla "co-

⁴¹⁵ Il dato forse più eclatante è quello che riguarda l'assemblea (*floor*) della *House of Commons*, che dedica poche ore ogni anno alla discussione degli atti governativi posti alla sua attenzione (Hansard Society, *ibid.*, 175).

⁴¹⁶ Per i primi, disciplinati dal comma 4-bis dell'art. 17, Legge n. 400/1988, si v. quanto stabilito dall'art. 13, comma 2, Legge n. 59/1997. Per i secondi, v. art. 17, comma 2, Legge n. 400/1988.

⁴¹⁷ V. gli ormai non recenti contributi di M. Manetti, *Il Parlamento nell'amministrazione: dall'ingerenza alla codecisione*, in *Quaderni cost.*, 1991, 385 ss.; N. Lupo, *Alcune tendenze relative ai pareri parlamentari sui decreti legislativi e sui regolamenti del Governo*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1998, 117 ss. 1998. Con riferimento alla XVII Legislatura, G. Tarli Barbieri, *L'attività regolamentare*, cit., riferisce che il parere obbligatorio è stato previsto per il 17% dei regolamenti.

⁴¹⁸ Art. 96-ter R.C. e art. 139-bis R.S. Sul punto, v. A. Mannino, S. Curreri, *Diritto parlamentare*, Milano, 2019, 246-7.

legislazione”⁴¹⁹ o “co-decisione”⁴²⁰ che a una forma di controllo, pur in un *continuum* fra i due poli⁴²¹.

Infine, la legge fondamentale tedesca prevede un parere obbligatorio e vincolante del *Bundesrat* (*Zustimmung*) per i regolamenti relativi ad alcune materie (servizi postali, telecomunicazioni, ferrovie) e per quelli emanati in base a leggi di delegazione che necessitano a loro volta della *Zustimmung* o la cui esecuzione spetta ai *Länder* o è stata delegata agli stessi. In questo caso, l'intervento della Camera alta è connesso alla struttura federale dell'ordinamento e alle connesse esigenze di rappresentanza dei territori “al centro”⁴²².

Ancora una volta, infine, il caso francese si distingue significativamente all'interno del panorama comparato, in quanto un orientamento giurisprudenziale risalente agli anni '70, ma tuttora perseguito dal *Conseil constitutionnel*, considera addirittura incostituzionale la previsione legislativa che imponga al Governo di consultare il Parlamento nel procedimento di adozione di un regolamento, ritenendola incompatibile con il principio di separazione fra competenze legislativa e regolamentare⁴²³.

4.3. L'apertura a forme di democrazia partecipativa

⁴¹⁹ V., ad esempio, N. Lupo, *La funzione di controllo parlamentare nell'ordinamento italiano*, in *Amministrazione in Cammino*, 04.03.2009; L. Duilio, *Tendenze recenti nella delegazione legislativa*, in AA.VV., *Fuga dalla legge? Seminari sulla qualità della legislazione*, a cura di R. Zaccaria, Brescia 2011, 118.

⁴²⁰ M. Manetti, *Il Parlamento nell'amministrazione: dall'ingerenza alla codecisione*, cit.; V. Di Porto, *Deleghe legislative e codecisione Governo-Parlamento*, in AA.VV., *Fuga dalla legge?*, cit.; più di recente, M. Polese, *La delega legislativa nella crisi economica e le trasformazioni della forma di governo*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 3, 2017, part. 18 ss.

⁴²¹ In questo senso, L. Gianniti, N. Lupo, *Corso di diritto parlamentare*, Bologna, 2013, 248-9.

⁴²² R. Tarchi, A. Gatti, *Il potere normativo del Governo federale nell'ordinamento costituzionale della Germania*, cit., 28 ss.

⁴²³ Cons. const., *Décision n° 70-41 DC du 30 décembre 1970. Loi de finances rectificative pour 1970 et notamment son article 6-1 relatif à l'agence nationale pour l'amélioration de l'habitat*.

Una terza tendenza che si afferma sul piano comparativo è quella al coinvolgimento della società civile, con l'apertura all'«apporto istruttorio dei privati»⁴²⁴.

Tale tendenza si è fatta strada soprattutto sulla base di previsioni di carattere settoriale (ad esempio, in materia ambientale) e di direttive interne di organizzazione delle amministrazioni statali, situazione che perdura tuttora, ad esempio, nel Regno Unito: il *Cabinet Office* ha pubblicato dapprima, nel 2000, un *Code of Practice on Written Consultation* e successivamente dei *Consultation Principles* (ultima versione 2018) a cui attenersi nelle consultazioni pubbliche su una proposta normativa, ma la scelta di utilizzare gli strumenti partecipativi rimane discrezionale, anche ai fini dell'adozione della *delegated legislation*⁴²⁵. Soltanto laddove il *parent act* disponga espressamente un obbligo di consultazione, la sua omissione, o comunque il suo svolgimento in modalità che non garantiscano un'effettiva partecipazione, determina la nullità dell'atto⁴²⁶. È simile anche il caso tedesco: se la consultazione è imposta, la sua omissione vizia l'atto normativo eventualmente adottato⁴²⁷; altrimenti, essa è prescritta dalla normativa generale di organizzazione del Governo, senza che la violazione di tale disposizione comporti simili conseguenze⁴²⁸.

La normativa italiana e, soprattutto, quella spagnola 2015 si sono mosse in senso più deciso verso la generalizzazione delle consultazioni pubbliche, anche in

⁴²⁴ V. De Falco, *Rulemaking and participation in comparative law. Indagine su un modello in formazione*, in *Dpce Online*, Numero speciale, 2021, 1216.

⁴²⁵ È opportuno precisare che la giurisprudenza ha ammesso che il comportamento consolidato dell'amministrazione nel senso di consultare i soggetti rappresentativi della società civile ai fini dell'adozione degli atti di regolazione in talune materie, o l'espressa promessa di farlo in uno specifico caso, possono generare una *procedural legitimate expectation* che, ove disattesa, comporta l'illegittimità dell'atto normativo: il precedente di riferimento è *Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service* [1985] AC 374.

⁴²⁶ M. Dicosola, *Il rulemaking nel Regno Unito tra sovranità parlamentare e partecipazione*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 3, 2020, part. 689-90 e 696-98.

⁴²⁷ BVerGE 127, 293, 12 ottobre 2010, *Legehennenhaltung*.

⁴²⁸ Art. 62, *Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesregierung-GGO*, che per i regolamenti richiama l'art. 47 relativo alle proposte di legge.

connessione con la digitalizzazione dell'azione amministrativa⁴²⁹. In Italia, la pratica della consultazione ha preso piede dapprima nel contesto dell'attività regolatoria delle Autorità amministrative indipendenti, dove veniva concepita come una sorta di "compensazione" rispetto alla più limitata legittimazione democratica delle loro decisioni⁴³⁰. Successivamente, le consultazioni si sono inserite nella pratica dell'Analisi di impatto della regolazione (AIR): laddove quest'ultima è normativamente imposta, si svolgono anche le consultazioni «salvi casi straordinari di necessità e urgenza», debitamente motivati nell'AIR stessa. È però nella discrezionalità dell'amministrazione scegliere se ricorrere a una consultazione aperta o ristretta a soggetti predefiniti dall'amministrazione in base agli interessi coinvolti⁴³¹.

In Spagna la partecipazione dei cittadini trovava addirittura *ab origine* una copertura costituzionale (art. 105 Cost.) e già in epoca pre-costituzionale, nella legge sul procedimento amministrativo del 1958, si affermava l'obbligo di dare ai sindacati e alle organizzazioni di categoria la possibilità di esprimersi sulla proposta nel termine di dieci giorni e la facoltà, per il Ministro procedente, di effettuare anche una consultazione pubblica⁴³². Queste ultime disposizioni sono state riprese e rafforzate dalla legislazione di epoca democratica – specialmente dalla *Ley del Gobierno* del 1997 – ma è soprattutto con la più recente riforma amministrativa del 2015 che si è registrata un'ulteriore apertura alla democrazia partecipativa, anche in connessione con la

⁴²⁹ In Italia, l'articolo 9 del Codice dell'Amministrazione Digitale (D.Lgs. n. 82/2005) raccomanda l'utilizzo delle nuove tecnologie per favorire la partecipazione dei cittadini, anche al fine, esplicitato dalla modifica recata dal D.Lgs. n. 179/2016, di «migliorare la qualità degli atti» con «forme di consultazione preventiva... sugli schemi di atto da adottare». Per quanto riguarda la Spagna, si v. oltre, in testo.

⁴³⁰ Sul tema, in senso critico, v. M. Condorelli, *La partecipazione ai procedimenti regolatori delle Autorità indipendenti come strumento di democrazia partecipativa: mito o realtà?*, in *Jus*, 28.04.2020.

⁴³¹ Art. 16, d.P.C.M. 15 settembre 2017, n. 169.

⁴³² Art. 24, *Ley de 17 de julio de 1958, sobre Procedimiento administrativo*.

digitalizzazione dell'azione amministrativa⁴³³. Si stabilisce oggi che, prima ancora dell'elaborazione del testo normativo, venga svolta una consultazione pubblica sulla materia da disciplinare attraverso il sito del dipartimento competente, per un tempo di almeno quindici giorni, salvi i casi di urgenza tipizzati dalla legge; quando vi è un impatto su diritti o interessi legittimi è prescritta, poi, un'ulteriore consultazione sul testo prima della sua approvazione definitiva⁴³⁴.

5. Considerazioni conclusive

L'analisi condotta nei paragrafi precedenti porta ad affermare, prima di tutto, che le fonti normative dell'Esecutivo, nonostante siano spesso ricondotte ad alcuni schemi di massima rinvenibili in più esperienze sul piano comparativo (segnatamente, il decreto emergenziale soggetto a successiva ratifica parlamentare, il decreto legislativo adottato su delega del parlamento, il regolamento), presentano un notevole livello di differenziazione, anche fra gli ordinamenti riconducibili alla forma di governo parlamentare. Per questo motivo, la scelta del criterio classificatorio può condurre a raccoglierle in gruppi anche molto eterogenei⁴³⁵. In questo scritto, si è

⁴³³ In Spagna, nel 2015 è stata realizzata una riforma organica del diritto amministrativo tramite la *Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas* e la *Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público*. Quest'ultima ha modificato anche la legge sul Governo (legge n. 50/1997). Sull'incidenza di questa riforma sul tema qui trattato, v. specialmente S. Pitto, *Strumenti partecipativi nell'esperienza spagnola tra resistenze rappresentative e nuove aperture ispirate alla better regulation*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 3, 2020, 711 ss.

⁴³⁴ Le previsioni descritte in testo valgono non soltanto per i regolamenti ma anche per i progetti di legge e per i decreti legislativi. I Ministeri sono normalmente dotati di un'apposita pagina "*consulta pública previa*", nella quale illustrano per ciascuna consultazione lo stato dell'arte della normativa, gli obiettivi e il contenuto delle modifiche programmate, il termine di scadenza della consultazione e l'indirizzo email al quale inviare le osservazioni.

⁴³⁵ Sulla classificazione delle fonti governative (nel contesto di un'analisi non limitata alle fonti secondarie), v. M. Nicolini, *I governi legislatori*, in *DPCE Online*, Numero speciale, 2021, 287 ss.

scelto di raggruppare nella categoria delle “fonti secondarie” quelle prive della forza attiva di modificare le previgenti leggi di rango primario e si è giunti alla conclusione che ad essa, seguendo questo criterio, possano essere ricondotti i regolamenti (*règlements*; *reglamentos*; *Rechtsverordnungen*) dell’Esecutivo in Italia, Francia, Germania e Spagna, mentre la forza attiva della *secondary legislation* nel Regno Unito, a dispetto del nome, dipende dal *parent act*, e quindi si possono considerare fonti secondarie quelle che la legge non abilita espressamente a derogare anche agli *statutes* (*Henry VIII clauses*). Per fare un esempio, se si fosse deciso di individuare le “fonti secondarie” con il diverso criterio dell’assoggettamento al controllo giurisdizionale da parte dei giudici comuni, la categoria si sarebbe allargata in maniera significativa, ricomprendendo tutta la *delegated legislation* nel Regno Unito, le *ordonnances* prima della ratifica parlamentare in Francia e, in Spagna, persino i decreti legislativi adottati in eccesso di delega⁴³⁶.

Approfondendo poi il tema delle fonti secondarie sul piano diacronico, si è ritenuto che il punto di partenza non potesse che essere costituito dalle Rivoluzioni liberali, con l’affermazione del principio di separazione dei poteri e la correlativa chiusura verso il potere normativo dell’Esecutivo. La Costituzione francese del 1791 è per certi versi paradigmatica, con la marginalizzazione dell’Esecutivo al ruolo di ricordare, mediante *proclamations*, le leggi in vigore. In tempi brevi, il rigore iniziale, però, comincia progressivamente ad incrinarsi in tutti i sistemi analizzati, specialmente con riferimento alle fonti normative secondarie, in ragione di mutamenti della forma di governo, con l’acquisizione di una maggiore centralità da parte del potere esecutivo, o della forma di Stato, con l’ampliamento degli ambiti di intervento pubblico nello Stato “pluriclasse”⁴³⁷. Permane una sostanziale differenziazione

⁴³⁶ E. García de Enterría, *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial. Derecho comunitario europeo y proceso contencioso-administrativo español*, Madrid, 2006.

⁴³⁷ Fra i due aspetti si dà, peraltro, una stretta correlazione, secondo la nota ricostruzione di G. Bognetti, *La divisione dei poteri*, Milano, 2001, 55 ss.

fra gli ordinamenti che assoggettano comunque l'esercizio di un potere normativo governativo alla delega parlamentare – allo stato attuale, Regno Unito e Germania – e quelli in cui, invece, viene attribuito un fondamento costituzionale (esplicito o implicito) al potere regolamentare del Governo, come in Italia, Francia e Spagna. Non vi è dunque una correlazione univoca fra delega legislativa e adozione di norme di rango primario da parte dell'Esecutivo, essendo talora richiesta anche per l'adozione di normativa secondaria.

Nel corso del Novecento, alla presa di coscienza di una sorta di ineluttabilità della condivisione della funzione normativa fra Parlamento e Governo si accompagna l'adozione di misure volte, in un certo senso, a “democratizzare” l'esercizio dei relativi poteri da parte del quest'ultimo organo, costringendolo a prendere in considerazione apporti provenienti non soltanto dall'amministrazione e dalle forze politiche dotate di esponenti governativi, ma anche dal Parlamento, da organi consultivi specializzati e, più di recente, dalla società civile tramite forme di democrazia partecipativa. Anche su questo aspetto, è predominante la differenziazione fra gli ordinamenti studiati ed è possibile individuare soltanto una tendenza complessiva: le dinamiche più recenti rendono i procedimenti di adozione delle disposizioni di rango secondario sempre più articolati, riflettendo il tentativo di garantire alla decisione finale una legittimazione più complessa e “pluralistica” di quella del solo Governo.

Abstract

The paper deals with the power of the Government to pass secondary legislation in some European parliamentary systems. Paragraph §1 explains the qualitative and quantitative importance of the phenomenon and the methodological choices underlying the research. Paragraph §2 proposes a criterion for classifying “secondary legislation” and indicates which sources, in each system, would be included in this category. Subsequently, by making a

diachronic comparison, the paper shows that the liberal Revolutions were followed by a strong opposition to regulatory powers of the Government, but later it has been overcome in all the systems analyzed. The constitutional basis of the power of secondary regulation may be delegation by Parliament or a direct attribution by the Constitution; in this case, it may be implicit or explicit. Finally, the paper analyses the procedures for the approval of secondary legislation. These are very articulated procedures, from which emerge the aim to broaden the legitimacy of Government's regulatory powers, with the intervention of technical bodies, of Parliament or of the interested parties by means of participatory democracy instruments.

Keywords

rulemaking - executive power - subordinate legislation - participation - accountability

