

LA NORMAZIONE DELEGATA NEL DIRITTO COSTITUZIONALE TEDESCO.

di Erhard Denninger

1. Due particolarità del contesto giuridico tedesco.
2. 1933: Il crollo della democrazia parlamentare e della separazione dei poteri in Germania.
3. 1949: La risposta della Legge Fondamentale (l'articolo 80, c. 1).
 - a) La necessità di un fondamento legislativo per il potere regolamentare dell'esecutivo.
 - b) L'indeterminatezza del requisito della "determinatezza".
 - c) La perdurante competenza del legislatore.
 - d) Soltanto un'autorizzazione o anche un obbligo di esercizio del potere regolamentare?
 - e) I soggetti che possono essere delegati.
 - f) Il parlamento del *Land* come delegato in sostituzione del governo.
 - g) L'obbligo di citazione. Il caso del recepimento delle direttive CE.
4. La partecipazione del *Bundesrat* all'emanazione di regolamenti governativi.
5. La partecipazione del *Bundestag* all'emanazione di regolamenti governativi e la riserva di legge.
 - a) I tipi di riserva di cooperazione.
 - b) La inammissibilità di una "commistione normativa" tra legge e regolamento. I differenti sistemi di tutela giudiziaria.
 - c) La riserva di legge parlamentare e la "teoria dell'essenzialità".

*

Illustrissimo Presidente, gentilissimi signore e signori,
il tempo accordatomi mi costringe ad una estrema sintesi.

1. Prima di tutto vorrei richiamare la Loro attenzione su due particolarità che, in Germania, caratterizzano in maniera decisiva il tema dei presupposti, dei limiti e del controllo del potere regolamentare dell'esecutivo; la prima è collegata all'esperienza del regime totalitario nazista dal 1933 al 1945, la seconda discende dalla struttura

federale e dall'integrazione delle strutture nazionali all'interno del sistema della Comunità europea. In Germania non esistono una sola camera direttamente elettiva e un solo governo ma ne esistono diciassette: i sedici governi dei *Länder* ed il governo federale, del pari non è presente un' unica assemblea parlamentare direttamente eletta dal popolo, ma, tra *Bund* e *Länder*, tali assemblee sono diciassette.

2. Il rapporto fra l'esecutivo - il "governo" (il termine che si usa anche, di recente, è quello di "*Gubernative*") - ed il parlamento è determinato, sotto il profilo normativo, dalla dipendenza del secondo potere dal primo, sia dal punto di vista dei mandati personali sia da quello delle funzioni. Il cancelliere (o la cancelliera) viene eletto/a dalla camera rappresentativa del popolo, il *Bundestag*. Questo vale, *mutatis mutandis*, per i presidenti del consiglio dei *Länder* e per i borgomastri reggenti delle città-stato di Amburgo, Brema e Berlino.

Sotto il profilo funzionale-organizzativo, la costituzione federale, (la Legge fondamentale,) prevede una forma di democrazia parlamentare con separazione dei poteri (art. 20, c. 2 e 3, L.F.) che è stata resa vincolante, mediante la cosiddetta "clausola di omogeneità" di cui all' art. 28, c. 1, L.F., anche per le costituzioni dei *Länder*. Grazie alla cosiddetta "clausola di eternità" dell' art. 79, c. 3, L.F., secondo la (condivisibile) opinione generale, questa decisione fondamentale resta intoccabile, costituendo un limite al potere di revisione costituzionale. I padri e le madri della Legge fondamentale avevano davanti agli occhi la deterrente esperienza del crollo della prima repubblica tedesca, quella di Weimar, e, in particolare, la cosiddetta "legge di autorizzazione" ("*Ermächtigungsgesetz*") del 24 marzo 1933. Quest'ultima - il cui titolo ufficiale recitava: "Legge per rimediare all'emergenza del popolo e dell'impero" - prevedeva che le leggi del *Reich* potessero essere deliberate non solo a seguito della procedura normale, prevista dalla Costituzione, ma anche da parte del Governo del *Reich*. Per quanto riguardava i contenuti il Governo poteva derogare perfino alla Costituzione, a patto che le istituzioni del '*Reichstag*' (la camera rappresentativa del popolo) e del '*Reichsrat*' (la camera dei *Länder*) e le competenze del capo dello Stato rimanessero intatte (art. 2).

In un primo momento, l'efficacia della legge era limitata a quattro anni, ma la stessa fu prorogata più volte, fino ad avere effetti, a tempo indeterminato, a seguito del decreto emanato da Hitler il 10 maggio 1933. Questa "legge di autorizzazione" del 1933 segnò la fine della prima democrazia parlamentare tedesca. Può essere letta come una

drammatica conferma del pensiero dell'autore classico in tema di separazione dei poteri, John Locke. Egli, già nel 1689, avvertiva della "*too great temptation to human frailty, apt to grasp at power*", qualora le persone detentrici del potere di legiferare, ottenessero anche il potere di eseguire le leggi.

3. La risposta della convenzione costituente del 1949 al pericolo costituito da un ipertrofico potere esecutivo è la disciplina dell'art. 80, comma 1, della L.F., che prevede quanto segue:

a) L'attribuzione di un potere regolamentare a beneficio degli esecutivi (del *Bund* e dei *Länder*) deriva sempre dalla legge. A prescindere da poche disposizioni transitorie, divenute obsolete (art. 119, 132, c. 4, L.F.) la Legge fondamentale non riconosce ai governi un originario potere regolamentare. Pertanto, contrariamente a certe recenti tendenze, occorre insistere sulla incostituzionalità di quei "decreti con forza di legge" ("*gesetzesvertretende Rechtsverordnungen*") prospettati secondo il modello di cui all' articolo 77, c.2, della Costituzione italiana. Si fanno valere tendenze ad allargare in generale le possibilità di disciplinare una materia con decreti legislativi o con regolamenti, sia attraverso una interpretazione estensiva dei limiti dell'articolo 80 sia in linea di principio, con l'abbandono del principio del necessario fondamento legislativo. Di contro, il Tribunale costituzionale federale ha sempre evidenziato che la *ratio* della disciplina dell'art. 80, c.1, L.F. è quella "di impedire al Parlamento di liberarsi della sua responsabilità quale organo legislativo. Esso non dovrebbe essere in grado di delegare una parte del suo potere legislativo all'esecutivo, senza avere tenuto presenti i limiti di questa competenza e senza averla delineata in maniera precisa riguardo alla tendenza ed al programma ("*nach Tendenz und Programm*") in modo che, già in sede di delegazione, risulti individuabile e prevedibile quello che è lecito nei confronti del cittadino." (BVerfGE 78, 249, 272 (1988); ivi anche ulteriori riferimenti).

b) Allo stesso tempo il Tribunale fa capire con ciò in qual modo ritiene che debba essere interpretata la seconda frase dell' art. 80, comma 1. Analogamente all'art. 76 della Costituzione italiana, che richiede, per l'attribuzione della delega legislativa, la determinazione da parte della legge di principi e criteri direttivi e la previsione di oggetti definiti oltre che di un tempo limitato, la Legge fondamentale tedesca richiede che il contenuto, lo scopo e la misura dell'autorizzazione vengano stabiliti dalla legge. Si è tentato di descrivere

meglio il contenuto normativo di questo precetto attraverso concise formule dotate di particolare pregnanza e, così, si è tentato di distillare dalla giurisprudenza una “formula di autodecisione” insieme con una “formula di programma” e con una “formula di prevedibilità”. Il Tribunale costituzionale federale ha applicato il principio di determinatezza in maniera abbastanza elastica. Non è necessario, afferma il Tribunale, che la legge autorizzatrice sia determinata al massimo grado possibile, ma piuttosto - sempre secondo il Tribunale - basta che la legge sia “sufficientemente determinata”, una formula che in fondo vale solo ad escludere la legittimità delle autorizzazioni sommarie. Così si può accertare la sufficiente determinatezza della delegazione soltanto caso per caso, e non si può contraddire l’osservazione di un commentatore, che nel frattempo è divenuto giudice costituzionale, Brun-Otto Bryde, secondo la quale anche una scrupolosa analisi di tutte le sentenze non può far cambiare la valutazione secondo cui “le sentenze del Tribunale costituzionale federale riguardo alla determinatezza sono assolutamente imprevedibili.”

- c) La delega prevista per decreti con efficacia normativa o per regolamenti ha soltanto un carattere “attributivo”, non un carattere “devolutivo”. Ciò significa che la responsabilità fondamentale connessa al compito da disciplinare la materia resta in capo al legislatore. In qualunque momento si può, con legge, abrogare o modificare la delega, e, ovviamente si può sempre, in virtù del rango superiore delle norme di legge, modificare il contenuto di un regolamento, o esplicitamente oppure implicitamente attraverso una legge che rechi un contenuto contrastante con il regolamento stesso. A mia conoscenza, questo corrisponde a quanto afferma anche la dottrina italiana riguardo all’art. 76 della Costituzione italiana. Restano, però, ancora da discutere i problemi che possono risultare dalla modifica di un regolamento mediante un formale procedimento legislativo.
- d) Diversamente dall’art. 76 della Costituzione italiana, il diritto tedesco non conosce però un limite temporale cogente per l’uso della delega. Così come, secondo l’opinione generale, la delega, per principio, non comporta l’obbligo dell’organo delegato di esercitarla.

Altri elementi possono emergere dal testo, dal significato o dallo scopo della legge. Se il competente organo delegato rimane passivo, malgrado il legislatore lo abbia incaricato di adottare una regolamentazione, allora la concreta possibilità di applicare, anche a prescindere dal regolamento, il dettato legislativo da parte dell'amministrazione e degli organi giudiziari, dipende dal grado di concretezza del testo della legge. Così, ad es., le misure antirumore contenute in un piano regolatore della città di Monaco sono state giudicate legittime ed applicabili, benché il regolamento sui valori limite ammissibili, previsto dalla legge, non fosse stato emanato.

e) Altre differenze fra la normativa tedesca e quella italiana si manifestano in ordine alla questione dei possibili destinatari di una delega regolamentare. L'art. 80, c. 1, L. F. li enumera in modo esaustivo: il governo federale, un ministro federale (possono essere anche più ministri) o i governi dei *Länder*. Sono concepibili forme combinate: un regolamento può essere emanato da vari ministri federali congiuntamente, ad es., dai ministri della salute e dell'assistenza sociale e del lavoro, sulla base di una delega particolare conferita a ciascuno di loro. È anche possibile che il legislatore federale autorizzi non tutti i sedici governi dei *Länder* nella stessa misura ma che privilegi alcuni governi, per esempio, quelli dei cosiddetti nuovi *Länder* della Germania orientale a causa delle loro peculiari condizioni. Per assicurare la chiarezza della separazione delle competenze tra la Federazione ed i *Länder* e per l'autonomia dei *Länder* vale, da una parte, il divieto della cosiddetta "amministrazione mista": una legge federale non può autorizzare ad agire un ministro federale ed un governo del *Land* congiuntamente ("a mani giunte", "zur gesamten Hand"), come pure sarebbe illecito autorizzare diversi governi di *Länder* vincolandoli ad emanare un regolamento in comune. A tal proposito la struttura federale agisce come "barriera federalista".

f) In questo contesto due particolarità meritano attenzione:

La prima riguarda la norma di cui all'art. 80, c. 4, che è stata introdotta con la riforma costituzionale del novembre 1994: nel caso in cui la federazione abbia autorizzato il governo di un *Land* ad emanare un regolamento, può agire, in sostituzione del governo anche il legislatore del *Land*. Come è chiaro, quest'ultimo deve, relativamente al contenuto, rispettare i limiti fissati nella

delega. Con questa possibilità di sostituzione i *Länder* hanno inteso contrastare la progressiva strisciante erosione delle funzioni dei loro parlamenti.

L'altra particolarità è data dalla possibilità di una subdelega ad altri organi, prevista nell'art. 80, c. 1, frase 4, L.F. che richiede, tuttavia, un regolamento apposito per il trasferimento. È controverso se ed in quale misura la cerchia dei possibili delegati sostituiti – ad esempio, i singoli ministri di un governo del *Land*, enti di diritto pubblico o autorità subordinate – possa o debba essere determinata già nella legge di delega.

- g) Infine l'art. 80, c. 1, L.F. impone il cosiddetto "obbligo di citazione" (*Zitiergebot*), sulla base del quale si richiede la precisa indicazione, nel regolamento, del fondamento giuridico del regolamento stesso.

La violazione dell'obbligo di citazione ha, come conseguenza, la nullità del regolamento. Si tratta di un importante requisito formale nell'ottica della garanzia dello stato di diritto: è, infatti, funzionale alla chiarezza ed alla certezza del diritto e rende possibile l'identificazione di un atto normativo come "regolamento" ("*Rechtsverordnung*"), indirizzando così verso la corretta identificazione degli strumenti di tutela giudiziaria (si pensi, ad esempio al § 47, c. 1, n. 2, del codice per la procedura della giurisdizione amministrativa (*VwGO*)). Inoltre, tale obbligo rende possibile un controllo sul rispetto o meno, da parte del titolare del potere normativo delegato o autorizzato, dei limiti previsti nell'atto di delega/autorizzazione.

Con particolare riguardo al recepimento delle direttive della Comunità europea, non è affatto chiarito il problema se i regolamenti emanati in base ad una "specifica autorizzazione regolamentare di diritto comune" ("*gemeinschaftsrechtsspezifische Verordnungsermächtigung*") debbano indicare, oltre al fondamento del diritto nazionale, anche la direttiva comunitaria da cui questo procede. Contrariamente alla giurisprudenza della Corte federale amministrativa, orientata in senso negativo, una tale estensione dell'obbligo di citazione sarebbe auspicabile nell'interesse della chiarezza e della confrontabilità del diritto nell'edificio a più piani del diritto europeo.

4. La ripartizione in senso *federale* del potere statale attraverso la Legge fondamentale, insuscettibile di essere sottoposta a revisione costituzionale (art. 79, c. 3, L.F.), deve trovare coerente espressione anche nell'emanazione dei regolamenti. Quando è

previsto che i *Länder* tramite il *Bundesrat*, (costituito appunto da membri dei governi dei *Länder* e presso il quale quindi si presume concentrata la competenza (*Sachverstand*) amministrativa e di governo (“*gubernativa*”)), debbano partecipare al processo legislativo federale, questa possibilità di cooperazione non può essere eliminata o elusa dalla circostanza che, al termine, per la – decisiva – regolamentazione di dettagli adottata con regolamento, entri in azione soltanto il Governo federale o anche solo un ministro dello stesso. Il *Bundesrat*, nei primi anni della Repubblica federale chiamato, in modo sprezzante, da Konrad Adenauer, il parlamento dei funzionari (“*Parlament der Oberregierungsräte*”, alcuni indicano in Theodor Heuss l’inventore della definizione),- è l’organo federale qualificato per la rappresentanza degli interessi dei *Länder*, e dunque può valorizzare questi interessi attraverso il meccanismo procedimentale della richiesta del necessario assenso, secondo quanto prevede al riguardo l’art. 80, c. 2, L.F., con riferimento a tre categorie di atti regolamenti federali:

- (1) L’assenso del *Bundesrat* è necessario per i cosiddetti “regolamenti di comunicazione,” riguardanti le poste e le telecomunicazioni, nonché le ferrovie. Sono la continuazione delle regolamentazioni che erano già contemplate dalla Costituzione di Weimar del 1919 (art. 88 e 91).
- (2) Le altre due categorie vengono denominate “regolamenti federativi” (“*Föderativ-Verordnungen*”). Si tratta di regolamenti, emanati in base a leggi federali che, a loro volta, per entrare in vigore, richiedono l’assenso del *Bundesrat*. Secondo un indirizzo giurisprudenziale non proprio immune da critiche, non sarebbe necessario che la norma autorizzatrice riguardasse una materia per la quale sussista l’obbligo di assenso: sarebbe sufficiente che la legge contenesse (anche solo) una norma qualsiasi per la cui entrata in vigore fosse necessario l’assenso del *Bundesrat*. Quali siano le leggi che necessitano dell’assenso del *Bundesrat*, emerge dalla completa enumerazione rintracciabile in varie disposizioni della Legge fondamentale: per esempio, la maggior parte delle leggi fiscali appartiene a questa categoria.

Infine l’art. 80, c. 2, menziona, come terzo gruppo, i regolamenti emanate in base a leggi federali che “vengono eseguite dai *Länder* per incarico della Federazione o a titolo di competenza propria.” Poiché, tuttavia l’esecuzione delle leggi federali “a titolo di competenza propria” è, come afferma l’art.

83 della Legge fondamentale, la regola, da ciò discende che, la stragrande maggioranza dei regolamenti federali necessita dell' assenso del *Bundesrat* per spiegare efficacia.

Già da tempo la rappresentanza dei *Länder* ha sperimentato diversi modi per farsi valere nella prassi della regolamentazione normativa da parte del Governo federale. In luogo della alternativa secca fra assenso o rifiuto di assenso il *Bundesrat* ha sviluppato la più raffinata prassi delle cosiddette "decisioni condizionali" ("*Maßgabebeschlüsse*"), che subordinano l'assenso richiesto all'inserimento di talune modifiche relative al contenuto, di aggiunte o di chiarimenti. Spesso queste decisioni sono considerate come una sorta di "assenso anticipato" nel caso in cui l'organo titolare del potere regolamentare provveda a soddisfarle integralmente.

In seguito alla riforma costituzionale del 1994, la posizione del *Bundesrat* è stata rafforzata ulteriormente, per il fatto, che all'organo è stato concesso il potere di iniziativa inerente ai regolamenti da emanarsi da parte del Governo federale (art. 80, c. 3, L.F.). In tal modo, esso può influire attivamente e nel proprio interesse, sull'attività regolamentare della Federazione, anche se, comunque, soltanto nei limiti prescritti dalla legge. La Legge fondamentale non prevede esplicitamente il dovere del Governo federale di prendere in esame il progetto di regolamento presentato dal *Bundesrat*. Tuttavia, sulla base del principio di "lealtà reciproca degli organi costituzionali" ("*Verfassungsorganentreue*") un tale obbligo è comunque da ritenersi sussistente.

5. Mentre la normativa di cui all'art. 80 L.F. si rivela utile per l'equilibrio tra il peso del potere governativo centrale e gli interessi specifici dei *Länder* – un tema cardine della storia costituzionale tedesca, – non è da ignorare che problemi di fondo rimangono ancora senza risposta.

Almeno due di questi, in un certo qual modo in antitesi fra loro, meritano qui una breve discussione.

Il primo problema riguarda le *modalità di cooperazione* possibili ed ammissibili nella pratica fra il Parlamento ed il potere esecutivo investito della funzione regolamentare – (modalità di cooperazione, queste, che vanno oltre quella "naturale" in seno al procedimento legislativo).

La seconda questione concerne, invece, la necessaria determinazione dei settori di intervento del legislatore, da un lato, e del potere regolamentare dall'altro. In altre parole, le domande che si pongono sono le seguenti: Dove si collaca il confine riguardante i contenuti della competenza parlamentare di delegazione? Quali materie sono sottoposte, non solo ad una riserva di regolamentazione normativa, ma propriamente ad una riserva di legge intesa come *riserva di legge parlamentare* in senso stretto? Ad ambedue le complesse domande la Legge fondamentale risponde in modo frammentario oppure non offre risposta alcuna.

Inizio col primo spunto problematico.

- a) L'emanazione di regolamenti può essere vincolata alla cooperazione di terzi in svariate forme. Fra queste sono da ricordare le riserve di consenso di uno o più ministri federali, ad es. il ministero per la tutela dei consumatori, l'alimentazione e l'agricoltura deve agire in accordo con il ministero federale dell'economia e della tecnologia o addirittura con il ministero federale per l'istruzione superiore e la ricerca scientifica, allorquando si tratti di regolamenti fondati sulla legge relativa ai generi alimentari ed ai generi di prima necessità (legge del 9 settembre 1997, "*LMBG*"). Spesso è anche prevista l'audizione di consulenti tecnici prima dell'emanazione di un regolamento, come nel caso previsto dal § 36 della legge sulla produzione ed il commercio di medicinali (legge del 12 dicembre 2005 con ult. mod., "*Arzneimittelgesetz, AMG*"). Discusso è poi se e fino a che punto siano legittimate a dare l'assenso le singole commissioni parlamentari. Contrariamente alla giurisprudenza, al riguardo apparsa molto cauta, l'idea di alleggerire di questo compito l'assemblea parlamentare e, contemporaneamente, quella di dare all'esecutivo la possibilità di un controllo competente militano a favore di una cooperazione delle commissioni competenti per materia.

Ciò introduce un'ulteriore questione, relativa all'esistenza di modalità prestabilite per una cooperazione dell'intero *Bundestag* ai fini dell'emanazione di atti normativi di natura regolamentare, (una cooperazione che si svolge "a valle" del procedimento legislativo formale. In proposito lo strumento più adatto è il "semplice" decreto del *Bundestag*). Nel nostro sistema la Legge fondamentale lo prevede soltanto come una "riserva di abrogazione", in virtù della quale il *Bundestag*, quale legislatore in materia finanziaria, può chiedere

al Governo federale la abrogazione di regolamenti emanati dallo stesso Esecutivo in base ad una delega legislativa per scongiurare turbamenti del complessivo equilibrio economico (“*gesamtwirtschaftliches Gleichgewicht*”, art. 109, c. 4, frase 3, L.F.).

Inoltre, si sono sviluppate altre forme, ora più deboli, ora più forti, di cooperazione parlamentare, che possono essere così tipizzate: dalla *riserva di audizione ed informazione*, passando per la *riserva di assenso* e la *riserva di abrogazione* fino alla *riserva di modifica*. Un esempio può illustrare la moderna cooperazione tra Parlamento e Governo ai fini dell’emanazione di regolamenti: il riferimento va alla legge sul riciclaggio ed i rifiuti del 1994 (“*Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz, KrW-/AbfG*), legge di grande importanza per il risparmio delle risorse naturali e per lo smaltimento ecocompatibile dei rifiuti, ebbene, per il recepimento degli atti (regolamenti, direttive) della Comunità europea nel campo del riciclaggio e dello smaltimento dei rifiuti il Governo federale può, con l’assenso del *Bundesrat*, emanare dei regolamenti, § 57 KrW-/ AbfG.

Le proposte di regolamento devono essere trasmesse al *Bundestag*, prima dell’invio al *Bundesrat*. Il *Bundestag* può, con un semplice decreto, modificare il contenuto del progetto o anche rifiutarlo completamente. Al riguardo, il termine a disposizione è assai breve: se il parlamento entro tre settimane non si occupa del progetto di regolamento, questo passa senza modifiche al *Bundesrat*, (§ 59 KrW-/ AbfG).

La conformità alla costituzione delle diverse possibilità di influenza del Parlamento sulle attività di regolamentazione normativa rimesse al Governo viene giustificata con l’argomento secondo cui si tratta in ogni caso di un “minus” in rapporto alla delega completa di potere normativo regolamentare, ammessa dall’ art. 80 L. F. Questo argomento - si afferma - non vale però per le “riserve di modifica” perché attraverso queste ultime il procedimento ordinario di legislazione secondo gli art. 76 ss. L.F. finisce per essere eluso. Ove si proceda a tracciare nei dettagli i limiti della costituzionalità, è certo, che, in merito all’emanazione delle norme delegate, i casi di cooperazione fra Governo e Parlamento sono destinati in futuro ad aumentare.

b) Dalla capacità di influenza del *Bundestag*, attraverso le riserve di cooperazione, sull'attività di regolamentazione normativa spettante al Governo bisogna poi distinguere i numerosi casi, in cui lo stesso legislatore diventa esso stesso soggetto attivo in qualità di titolare del potere regolamentare; è ciò che avviene, ad. es., quando, nel corso di una complessa riforma legislativa procede a modificare, contemporaneamente alle norme di legge, anche i regolamenti specifici. Questa prassi politica, esercitata da oltre cinquant'anni soprattutto nel diritto tributario e nel diritto dell'assistenza e della previdenza sociale, solleva problemi che non possono essere risolti in maniera soddisfacente evocando i concetti tratti dalla classica dottrina della separazione dei poteri. Ciò è stato illustrato dalla fondamentale decisione del Secondo Senato del Tribunale costituzionale federale di circa tre anni fa (13 settembre 2005), relativa alla cosiddetta "legge per la stabilizzazione dei contributi 2002" nel sistema sanitario. Questa legge, una delle cosiddette "legge di articoli" ("*Artikelgesetz*"), consiste nella adozione di molti e differenti provvedimenti legislativi, e, fra l'altro, anche di modifiche di regolamenti. Tali provvedimenti, considerando l'esplosione dei costi nel sistema sanitario, dovevano servire, nel loro complesso, allo scopo di rendere stabili il più possibile la tassa sulla salute ed il contributo pensionistico. L'art. 4 della legge, eliminando alcune parole ed inserendo alcune frasi, recava la modifica del regolamento federale sulla retta ospedaliera giornaliera del 1994 che, nel frattempo, era stato modificato già diverse volte. Gli otto giudici del Secondo Senato non sono riusciti ad accordarsi sulla questione se il prodotto del legislatore fosse da considerarsi una norma di natura regolamentare (*Verordnungsrecht*) o piuttosto una norma appartenente al diritto di rango legislativo (*Gesetzesrecht*). (Cfr. BVerfGE vol. 114, p. 196 sg. (2005)).

La differenza è importante riguardo ai presupposti di validità, al rango normativo e, perciò, alle forme ed alle possibilità di tutela giudiziaria e delle corrispettive competenze di annullamento. Ad es. qualunque giudice può annullare senza ostacoli una norma che ritenga invalida contenuta in un regolamento. Di contro, per il controllo (e l'eventuale annullamento) di una norma avente rango di legge (formale), occorre un ricorso al Tribunale federale costituzionale ai sensi dell'art. 100 L. F. Se la modifica di un regolamento con legge dà luogo ad una norma di livello legislativo (formale), allora per una sua

futura modifica posta in essere dal potere regolamentare sarà necessaria una delega esplicita contenuta nella legge (al riguardo si parla di una “clausola di depietrificazione” - “*Entsteinerungsklausel*”, corrispondente alla “delegificazione” italiana). Non c’è bisogno, invece, di una tale clausola, quando la modifica di regolamento attraverso legge formale non produce altro che diritto di rango regolamentare, come tale subordinato rispetto alla legge. E proprio in tal senso è andata la decisione della maggioranza dei giudici del Senato. Al contrario, la minoranza dei giudici ha richiamato l’attenzione sul fatto che la Legge fondamentale impedisce al legislatore di approvare, nell’ordinario procedimento legislativo, norme che non siano “leggi formali”. Ambedue i gruppi dei giudici si sono appellati al principio della chiarezza normativa nell’ambito dello stato di diritto, ma in ultima analisi, alla fine sono riusciti solo a dimostrare l’inadeguatezza del principio al fine della soluzione del problema.

- c) Per concludere, giungo al problema della *riserva di legge parlamentare*, cioè alla questione relativa a quali materie, in base alla Legge fondamentale, siano escluse dalla delegazione di potere regolamentare. L’ art. 80 L. F. in proposito tace.

Innanzitutto, non pongono problemi casi in cui la Legge fondamentale prescriva una regolamentazione tramite legge (federale). Come esempi si possono menzionare il trasferimento di poteri sovrani per lo sviluppo dell’Unione europea (art. 23, c. 1) o il recepimento dei trattati di diritto internazionale nel diritto interno (art. 59, c. 2). Maggiori problemi si presentano nel campo dei diritti fondamentali, quando la costituzione ammette la limitazione, la regolamentazione o addirittura la revoca di un diritto fondamentale “attraverso una legge o in base ad una legge”, come è stabilito per la libera circolazione (art. 11), per il libero esercizio della professione (art. 12) o per l’espropriazione (art. 14, c. 3), per menzionare solo alcuni diritti fondamentali.

A questo proposito, il Tribunale federale costituzionale, per decenni, ha sviluppato nella giurisprudenza delle linee guida che oggi vengono riassunte brevemente sotto il nome di *teoria dell’ essenzialità* (*Wesentlichkeitstheorie*). : “Il principio dello stato di diritto ed il principio democratico obbligano

sostanzialmente lo stesso legislatore ad emanare le norme determinanti alla realizzazione dei diritti fondamentali e di non lasciare questo compito all'azione e al potere decisionale dell' esecutivo. [Indicazioni] Fino a che punto il legislatore stesso debba definire le linee guida necessarie nel settore in questione, dipende in modo decisivo da come i diritti fondamentali vengano in esso in rilievo. È un obbligo quando libertà concorrenti protette come diritti fondamentali si scontrano e i loro rispettivi limiti sono sfocati e difficili da definire.”(BVerfGE vol. 83, p. 130, (142)) Questa riserva di legge parlamentare deve garantire il necessario contemperamento fra i diritti fondamentali in contrasto e deve garantire che “decisioni di tale portata risultino da un procedimento che offra la possibilità alla comunità di formare e difendere le proprie opinioni, e che imponga ai rappresentanti del popolo di chiarire in una pubblica discussione la necessità e le dimensioni degli interventi sui diritti fondamentali (cfr. BVerfGE vol. 85, p. 386 (403 s.))” (BVerfGE vol. 108, p. 282 (312)).

Quest'ultima sentenza, condivisibile sotto l'aspetto della tutela della democrazia e dello stato di diritto, riguardava il divieto di indossare il velo per le insegnanti delle scuole nel Baden-Württemberg. Questa materia spetta alla competenza del legislatore del *Land*. Ma rimane un senso di disagio quando il parlamento del *Land* cerca la soluzione del problema in un compromesso di basso profilo che consegna, senza criteri predefiniti, le decisioni sui conflitti che si pongono in concreto, all' esecutivo – nel caso di specie, all'amministrazione scolastica. Prima o poi, siffatto conflitto è destinato a ritornare sul tavolo di un Tribunale costituzionale (del *Bund* oppure di un *Land*).