

# LA DELEGA LEGISLATIVA

## Il diritto francese

di Yves Gaudemet

Fin dal XIX secolo, il principale obiettivo delle Costituzioni moderne è stato quello di definire l'organizzazione dei poteri pubblici e i rapporti esistenti tra essi. Questa concezione organica della Costituzione, su cui si è costruita la distinzione dei regimi politici, è stata di recente integrata con una dimensione materiale: la Costituzione ha cessato di descrivere esclusivamente i rapporti tra i poteri pubblici costituiti, per definire anche l'organizzazione della società nazionale nel suo insieme e i valori che la strutturano. E' il tema dell'identità nazionale, il cosiddetto "voler vivere insieme", che troviamo espresso nei preamboli con cui generalmente si aprono le Costituzioni del dopoguerra. A questo dobbiamo aggiungere che il "legicentrismo" della fine del XIX secolo, ovvero l'onnipotenza della legge che può far tutto dal momento che gli altri interventi normativi le sono rigorosamente subordinati ed esistono solo per lei, è stato intaccato e ripensato attraverso una strutturazione della normatività – ripresa, in modo più o meno evidente, dalla dottrina kelseniana – che assegna ad ogni categoria di norme uno statuto costituzionale sanzionato dal giudice.

Alla Costituzione organica si sono così venute ad aggiungere, in un primo tempo la Costituzione materiale e poi, oggi, una Costituzione che potremmo definire normativa, che pone il principio di una strutturazione e di una gerarchia della normatività al più alto livello dell'ordine giuridico: ne consegue, per esempio, che è competenza del legislatore votare la legge, e che tale competenza non può essere delegata ad un'altra istanza normativa, più precisamente al Governo, salvo autorizzazione esplicita della Costituzione in tal senso.

Il diritto che sovrintende alle deleghe di competenza è regolato, in Italia come in Francia, dagli stessi principi. Quali sono? Il titolare di una competenza – nella fattispecie il Parlamento incaricato di votare e di adottare la legge – deve esercitare questo ruolo conferitogli dalla Costituzione, non può rinunciarvi e neppure delegarlo ad altri, nella fattispecie il Governo, salvo esserne autorizzato dalla Costituzione stessa, che lo ha insignito della sua funzione legislativa. Questa possibilità di delega dipende quindi esclusivamente dalle condizioni di questa autorizzazione; in altre parole, la legislazione delegata esiste soltanto entro i limiti permessi e previsti dalla Costituzione. La Costituzione italiana e quella francese concordano sul principio di base, ma differiscono poi nel modo di regolamentare questa possibilità di delega.

Il diritto italiano, come risulta dagli articoli 76 e 77 della Costituzione del 1947, permette di delegare al Governo l'esercizio della funzione legislativa "con la determinazione di principi e di criteri direttivi e soltanto per tempo limitato e per oggetti definiti". All'incirca nello stesso periodo, la Costituzione francese del 1946 formulava invece un principio proibitivo assoluto: "solo il parlamento vota la legge e non può

delegare tale diritto”. Partendo da basi inizialmente opposte, i due sistemi nazionali hanno in seguito subito un’evoluzione - il sistema francese ha abbandonato il principio proibitivo per una formula vicina a quella del diritto italiano – che li ha condotti a pratiche e soluzioni simili, sfociate in una critica comune di ciò che è stato denunciato come “abuso della legislazione delegata”.

Verificheremo quanto abbiamo appena detto descrivendo l’evoluzione che si è prodotta in Francia riguardo alla possibilità di delegare l’esercizio della funzione legislativa e riguardo al regime degli atti di natura amministrativa adottati dal Governo a titolo di deleghe, chiamati dapprima decreti-legge, poi designati con il nome di ordinanza dall’articolo 38 della costituzione del 1958<sup>1</sup>. Sul primo punto, le soluzioni dei due paesi convergono; sul secondo invece la soluzione francese si separa nettamente da quella del diritto costituzionale italiano.

## **I/ - UNA DELEGA SOTTO CONTROLLO**

L’articolo 38 della Costituzione del 1958 ha ripreso e codificato – non senza esitazioni – la pratica dei decreti legge ereditati dalla III e dalla IV Repubblica, ribattezzandoli ordinanze. Di questo procedimento di legislazione delegata, all’origine concepito come eccezionale, si fa oggi un uso abusivo.

### **A – Un procedimento costituzionalizzato...**

L’autorizzazione, concessa dal Parlamento al Governo, di modificare le leggi esistenti, è apparsa sotto la III Repubblica, allorché non esisteva nessun controllo di costituzionalità delle leggi, né alcuna disposizione delle leggi costituzionali del 1875 che permettesse tale pratica. La prassi ha dato il nome di “decreto-legge” a questa estensione eccezionale del potere regolamentare dietro abilitazione legislativa, che comportava la possibilità esorbitante di modificare le leggi formali per via regolamentare. In questo modo, esso era derogato al principio di subordinazione del regolamento alla legge. L’abilitazione si presentava sotto forma di legge, detta “legge dei pieni poteri”, i quali, consentiti per un tempo limitato e per oggetti precisi, furono però progressivamente determinati in modo sempre più ampio (per esempio le leggi di risanamento economico del periodo tra le due guerre).

La pratica dei decreti-legge, generalmente criticata dalla dottrina legicentrista, fu formalmente condannata dalla Costituzione del 1946 che, all’articolo 13, stabiliva: “il parlamento è il solo a votare la legge e non può delegare questo diritto”. Malgrado questa proibizione, e sotto l’impulso delle stesse necessità pratiche che si erano manifestate sotto la III Repubblica, dopo il 1946 si sviluppò tutta una varietà di tecniche legislative il cui tratto comune risiedeva nell’abilitazione concessa dal Parlamento al

---

<sup>1</sup> ... al quale la revisione costituzionale adottata nel luglio del 2008 non ha apportato modificazioni.

Governo di adottare, provvisoriamente, atti amministrativi suscettibili di modificare le leggi; l'essenziale della tecnica del decreto-legge si ritrovava combinata, in certi casi, con quella delle leggi-quadro.

A partire dal 1948, si manifestò una corrente che tendeva a far considerare certe materie "per loro natura regolamentari", ovvero non solo aperte, ma anche riservate al potere regolamentare. E così la legge del 17 agosto 1948, come le altre leggi di estensione del potere regolamentare, concedeva al Governo il diritto di modificare qualunque testo anteriore relativo a certe materie designate, e in più, qualificando tali materie "materie per loro natura regolamentari", riconosceva al Governo il diritto, nel futuro, di intervenire per decreto in modo permanente e indefinito.

Consultato su queste tecniche, il Consiglio di Stato, in un parere emesso il 6 febbraio 1953 (RDP 1953, p.170), aveva ammesso che, nel quadro della Costituzione del 1946, il legislatore poteva estendere la competenza governativa di modificare delle leggi tramite decreto alle materie da lui designate; nel futuro tali decreti avrebbero potuto essere modificati da altri nuovi, senza però che al legislatore fosse impedito di riprendere egli stesso tali materie, legiferando su di esse. Si precisava tuttavia che queste estensioni del potere regolamentare non potevano riguardare le materie che la Costituzione o la "tradizione costituzionale repubblicana" riservavano alla legge.

Durante l'elaborazione della Costituzione del 1958, dal momento che essa assegnava alla legge un campo limitato e elevava il regolamento a principio, si era previsto inizialmente di tornare alla proibizione di ogni forma di legislazione delegata e di non concedere alcuno statuto costituzionale ai decreti-legge.

E' quasi per caso e perché è parso pragmatico non ripetere un divieto costituzionale che era stato aggirato, che nel corso del dibattito, davanti al comitato consultativo costituzionale, si è mantenuta la possibilità, "riservata a tempi di crisi", di permettere al Parlamento di "delegare al governo certe sue attribuzioni per far fronte a delle necessità urgenti, per un tempo limitato"<sup>2</sup>. Rifacendosi al vocabolario della monarchia, questi atti di legislazione delegata – i vecchi decreti-legge – hanno ricevuto il nome di ordinanza<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Ripercorrendo i lavori preparatori della Costituzione, si constata che, sul meccanismo delle ordinanze, le opinioni di sono all'inizio divaricate. Per gli uni, la nuova delimitazione della sfera di competenza della legge rendeva privo di oggetto il meccanismo delle deleghe, poiché il Governo era comunque abilitato automaticamente, dalla Costituzione, ad adottare qualunque provvedimento che non rientrasse nella sfera di competenza della legge; questa posizione, in particolare, era quella di Dejean: «*ciò che era necessario ieri non sarà verosimilmente più così necessario domani ... Il fatto è che la sfera di competenza legislativa è adesso strettamente limitata*»; l'opinione era condivisa da Marcilhacy. Altri, di contro, hanno fatto prevalere la convinzione che il meccanismo delle deleghe di potere restava necessario, in talune circostanze, e che fosse preferibile inserirlo nella Costituzione; anzi, l'assegnazione al legislatore, attraverso la Costituzione, di una sfera di competenza delimitata faceva emergere a maggior ragione l'incostituzionalità che si sarebbe avuta nel delegare qualora la Costituzione non lo avesse previsto. È questa l'opinione che ha prevalso nella discussione di quello che era allora l'articolo 34 del progetto di Costituzione. «*Mi sembra indispensabile mantenere una determinata delega di poteri*» (P. Coste-Fleuret); «*abbiamo sofferto troppo, sotto la vigenza della Costituzione del 1946, del famoso articolo 13 che vietava le deleghe*» (P.-H. Teitgen). «*L'articolo 13 della Costituzione del 1946 era stato scritto per*

B/.....di cui viene fatto un uso abusivo.

L'articolo 38 della Costituzione – inalterato dal 1958 – stabilisce quindi nel suo primo comma: “*il governo può, per l'estensione del suo programma, demandare al parlamento l'autorizzazione di adottare tramite ordinanza, per un periodo limitato, dei provvedimenti che normalmente competono alla legge*”; l'autorizzazione data dal Parlamento, su domanda del Governo, è designata con il nome di “legge di abilitazione”.

Questo meccanismo, concepito come eccezionale, di uso improbabile e riservato ai tempi di crisi, secondo quanto attestano i lavori preparatori della Costituzione del 1958, è stato molto utilizzato, direi sempre più utilizzato, al punto che di recente si è potuto parlare di “abuso della legislazione delegata”<sup>4</sup>.

Mentre nello schema costituzionale la legge è votata dal Parlamento e l'ordinanza resta una procedura d'eccezione, oggi si è ben lontani da queste premesse. Giudichiamo dai seguenti esempi: una legge del 16 dicembre 1999 ha delegato al Governo l'adozione, tramite ordinanza, della parte legislativa di nove codici di grande importanza; una legge del 3 gennaio 2001 ha delegato l'adeguamento del diritto francese ad una cinquantina di direttive comunitarie e la revisione del codice della mutualità; alcune leggi dette “di semplificazione”, che si succedono a un ritmo annuo a partire dal 2003, hanno previsto, ciascuna, decine di abilitazioni settoriali, talvolta di grande importanza, come, per esempio l'adozione tramite ordinanza del 21 aprile 2006 di un codice generale della proprietà delle persone pubbliche senza precedenti nel diritto francese. “Con le sole leggi di semplificazione del 2 luglio 2003 e del 9 dicembre 2004, il Parlamento ha autorizzato il governo ad adottare più ordinanze in due anni che in 45 anni di V Repubblica”<sup>5</sup>.

Il fenomeno ha preso una tale ampiezza che – come stabiliscono due rapporti successivi del Senato, il primo del gennaio 2005 e il secondo del 31 dicembre 2007 – il

---

*impedire la pratica dei decreti-legge, che ha fatto la sua ricomparsa dal 1948. È tempo di porre il diritto in accordo con la prassi»* (resoconto della riunione del gruppo di lavoro del 1° luglio 1958).

<sup>3</sup> Le ordinanze di cui all'articolo 38 della Costituzione non sono altro che gli antichi decreti-legge, ma sono consacrate dalla Costituzione e non vivono più al margine di questa. Con tale fondamentale riserva, l'abilitazione legislativa non è diversa da quella che autorizzava i decreti-legge, con l'unica differenza che la legge di abilitazione, ormai, priva il Parlamento della sua competenza legislativa sull'oggetto della delega, e per la durata di questa delega, ciò che autorizza il Governo ad opporre l'irricevibilità ad ogni proposta o ad ogni emendamento contrario ad una delega concessa in virtù dell'articolo 38; si tratta, comunque, di una semplice facoltà per il Governo (Consiglio costituzionale, 23 gennaio 1987, in *Recueil des décisions du Conseil constitutionnel*, 1987, p. 8, *considérants* 13 e 14),

<sup>4</sup> Y. Gaudemet, *Sur l'abus ou sur quelques abus de la législation déléguée*, in *Mélanges en l'honneur de P. Pactet*, Paris Dalloz, 2003, p. 617 et s. – Per una analisi sostanzialmente diversa, v. M. Guillaume, *Les ordonnances: tuer ou sauver la loi?*, in *Pouvoirs* 2005, n. 114, p. 117.

<sup>5</sup> M. Guillaume, *op. cit.*, p. 120.

procedimento dell'ordinanza è divenuto il procedimento legislativo più utilizzato, dato che il numero di testi adottati in tal modo supera, e di molto, quello delle leggi votate dal Parlamento. E' nel 2004 che per la prima volta il numero delle ordinanze ha superato quello delle leggi (senza contare le approvazioni di trattati internazionali), venendo a costituire più del 55% dei testi legislativi. A partire da questo momento, l'evoluzione non si è più arrestata<sup>6</sup>.

E' in questo senso che si può parlare di "abuso", di disconoscimento dell'ordine normativo iscritto nella Costituzione del 1958. "La legge è votata dal parlamento", così comincia l'articolo 34 della Costituzione, per poi definire l'ambito della legge che, per quanto limitato, resta pur sempre essenziale. E invece, i rapporti del Centro di documentazione giuridica del Senato precedentemente citati ci rendono noto che le ordinanze risultanti dall'articolo 38 della Costituzione superano oggi in numero – e probabilmente in importanza – le leggi votate dal Parlamento.

L'equilibrio normativo voluto dalla Costituzione del 1958 – che, come abbiamo visto, aveva persino esitato a conservare il meccanismo dei decreti-legge – è stato sovvertito: non è più il Parlamento, il legislatore designato dalla Costituzione, che, nella maggioranza dei casi, produce la legge. Ci troviamo di fronte a ciò che ho chiamato "legge amministrativa", amministrativa in quanto fatta dal Governo, dall'amministrazione, senza il legislatore. L'abuso delle ordinanze determina una sorta di "esonero" del legislatore dalla sua carica, dato che con il meccanismo della legislazione delegata al Governo, ormai divenuta una pratica ordinaria, si riduce sempre più la competenza del Parlamento nell'ambito specifico della legge.

Non è certo quello che prevedeva la Costituzione del 1958. I lavori preparatori mostrano in modo inequivocabile che, per tutti i partecipanti, il procedimento delle ordinanze – per quanto mantenuto – non doveva essere altro che una procedura riservata a "circostanze difficili" (P.-H Teitgen) e limitata a "*una parte dei poteri del parlamento*" (Gilbert-Jules). L'articolo 34 "*riserva al parlamento la possibilità di delegare al governo certe sue attribuzioni per far fronte a necessità urgenti, per un tempo limitato*" (comunicato sui motivi del progetto preliminare della Costituzione del 29 luglio 1958). La delega legislativa viene dunque permessa dalla Costituzione, ma non è nell'ordine delle cose, più esattamente delle competenze; essa è una violazione, un'eccezione al normale ordine delle competenze ridefinito dalla Costituzione, e potrà soltanto essere limitata, momentanea, ed essenzialmente giustificata da circostanze di crisi o di urgenza. La legge resta la "norma" e l'ordinanza è solo una procedura d'eccezione.

---

<sup>6</sup> M. Guillaume, *loc. ult. cit.*. Nel corso degli ultimi cinque anni (2003-2007), il numero di leggi di abilitazione supera quello registrato per i venti anni tra il 1984 e il 2003; durante questo stesso periodo, 188 ordinanze sono state pubblicate, cioè più del numero totale di ordinanze pubblicate nei venti anni tra il 1984 ed il 2003. «Per quarant'anni, il numero di ordinanze è rimasto globalmente limitato, con tre picchi nel 1992 (22 ordinanze), nel 1998 (20 ordinanze) e 2000 (29 ordinanze). Il numero medio di ordinanze è così, sull'insieme del periodo, di 6 all'anno. Questo dato, limitato, è da comparare a quello compreso tra le 90 e le 110 leggi annuali dei decenni intercorsi tra il 1960 ed il 2000. Dal 2000, il numero annuale di ordinanze è in grandissimo aumento. 130 ordinanze sono state pubblicate in 5 anni, con un numero *record* nel 2004 di 52 ordinanze».

Questa forma d'abuso della legislazione delegata è stata criticata davanti al Consiglio costituzionale. In un primo tempo, è sembrato che esso volesse preservare l'equilibrio normativo derivante dalla Costituzione. In una decisione del 12 gennaio 1977 (Rec p.31) si era innanzitutto sottolineato che il Governo ha *“l'obbligo di indicare con precisione... a quale finalità corrispondono le misure prese in considerazione”*; poi si era precisato che *“il programma del governo”* di cui è fatta menzione all'articolo 38 della Costituzione non è né il programma né la dichiarazione di politica generale di cui parla l'articolo 49 riguardo all'impegno della responsabilità del Governo, poiché, *“da un lato,...(ciò) avrebbe per risultato di estendere, senza limiti definiti, il campo di applicazione della procedura di abilitazione prevista al detto articolo 38, a detrimento del rispetto delle prerogative del Parlamento”*. Qui risiede l'essenziale, espresso molto chiaramente in questa decisione.

Successivamente però il Consiglio costituzionale si è allontanato da questa giurisprudenza dettata dalla saggezza e rispettosa dei principi. L'ostacolo è stato aggirato con una decisione del 16 dicembre 1999, in cui il Consiglio respinge le lamentele dovute all'imprecisione e all'ampiezza dell'abilitazione data dalla legge con le seguenti motivazioni: innanzitutto, *“se l'articolo 38 della Costituzione impone al governo l'obbligo di indicare con precisione al parlamento, al fine di giustificare la domanda che presenta, la finalità dei provvedimenti che desidera adottare tramite ordinanza, nonché il loro settore di intervento, non impone però al governo di far conoscere al parlamento il contenuto delle ordinanze che adotterà in virtù di questa abilitazione”*, tenendo conto che, in secondo luogo, *“l'urgenza è compresa nelle giustificazioni che il governo può invocare per ricorrere all'articolo 38 della Costituzione”*: nel caso specifico l'urgenza dipendeva dalla quantità delle questioni da discutere nell'ordine del giorno parlamentare (c. consti. 16 dic. 1999, Rec. p. 136, consid. 12 e 13).

Probabilmente questa motivazione prende in considerazione il fatto che la *“domanda”* di abilitazione presentata dal Governo al Parlamento deve essere *“giustificata”* dal primo; questa giustificazione è evidentemente richiesta in armonia con l'oggetto della legge di abilitazione; essa deve chiarire *“la finalità dei provvedimenti”* considerati dal Governo e *“i settori di intervento”*. Ma è ormai riconosciuto che *“l'urgenza fa parte delle giustificazioni che il governo può invocare per giustificare tale domanda”*; e ciò apre evidentemente la porta a tutte le materie possibili, in quanto l'urgenza di trattarle è innanzitutto una questione di valutazione politica.

Una tale apertura nei confronti della legislazione delegata rende ancor più importante la questione di come controllarla. Ci è lecito parlare legislazione sotto controllo? Nel caso francese, non ci sono dubbi.

## II/ UNA LEGISLAZIONE SOTTO CONTROLLO

Al controllo giuridico che, come previsto dalla Costituzione, compete al Parlamento e al giudice, e che funziona non senza difficoltà, si è aggiunto un controllo politico – inatteso – da parte del presidente della Repubblica.

A/ Un controllo giuridico: il controllo del Parlamento e del giudice.

Il legislatore, per quanto deleghi la sua competenza, non è assente dal procedimento previsto dall'articolo 38 della Costituzione, in quanto vota la legge di abilitazione che deve chiarire *la finalità dei provvedimenti considerati dal governo e il loro settore di intervento*". Le ordinanze decadono se non sono depositate, entro il periodo fissato dalla legge di abilitazione, sui banchi del Parlamento. E questa procedura fornisce al Parlamento la possibilità, almeno teorica, di un dibattito di ratifica che gli permette di riprendere sotto il proprio controllo le ordinanze adottate dal Governo durante la durata dell'abilitazione.

D'altra parte, finché non sono ratificate, le ordinanze restano degli atti amministrativi, suscettibili di essere contestati dinanzi al giudice, il quale esercita così un controllo di legalità in riferimento alle disposizioni della legge di abilitazione, ai principi generali del diritto e, all'occorrenza, al diritto convenzionale. Il regime delle ordinanze è infatti quello dei vecchi decreti-legge, cioè quello degli atti amministrativi e non delle leggi. In questo senso la legalizzazione delegata è una legislazione sotto controllo, del svolto dal giudice e uguale a quello che si esercita uniformemente sull'insieme degli atti amministrativi.

Le ordinanze sono adottate dal Consiglio dei ministri, previo parere del Consiglio di Stato, e firmate dal presidente della Repubblica. Esse entrano in vigore a partire dalla loro pubblicazione con l'effetto esorbitante di una eventuale modifica delle leggi formali precedenti. Ma pur avendo lo stesso effetto di una legge, il loro regime giuridico e contenzioso è quello degli atti amministrativi; esse possono dunque essere oggetto di contenzioso e specialmente di un ricorso di annullamento dinanzi al Consiglio di Stato su iniziativa di qualunque interessato. Questa soluzione, messa in evidenza dal Consiglio di Stato a proposito dei decreti-legge della III e IV Repubblica, è stata ripresa e confermata dal Consiglio costituzionale a proposito delle ordinanze dell'articolo 38 della Costituzione del 1958.

Tale regime amministrativo, che non si discosta da quello degli atti amministrativi, non viene modificato né con la fine del periodo di abilitazione, né con il deposito dell'ordinanza in Parlamento; una volta decaduta l'abilitazione governativa, le ordinanze possono soltanto essere modificate dalla legge.

Solo nel caso di ratifica da parte del Parlamento, le ordinanze divengono testi legislativi ormai sottratti al controllo del giudice in materia di contenzioso e sottoposti al regime della legge; la legge di ratifica è, dal canto suo, suscettibile di essere sottoposta al Consiglio costituzionale nel quadro del controllo preventivo, il solo attualmente in vigore in Francia<sup>7</sup>. Se tale ratifica non interviene, le ordinanze mantengono la natura e il regime dell'atto amministrativo.

Tutto ciò è certamente esatto, è la debita conseguenza del regime giuridico delle ordinanze; ma cosa avviene nella realtà politica del suo esercizio?

Innanzitutto, dato che la Costituzione presenta la legge di abilitazione come una "richiesta" del Governo al Parlamento, essa assume necessariamente la forma di un progetto di legge. La sua elaborazione è di natura amministrativa e, per le ultime grandi leggi di abilitazione del 2003, 2004 e 2005, dette di semplificazione, essa appare come una collezione eteroclita di preoccupazioni settoriali, dall'importanza e dall'urgenza molto variabili, presentate in quell'occasione dalle diverse amministrazioni. L'abilitazione da parte del Parlamento è perciò, in gran parte, puramente formale.

Veniamo alla ratifica. La legislazione delegata costituisce una parentesi nel normale esercizio delle competenze del legislatore. La ratifica chiude la parentesi e ristabilisce l'ordine delle competenze. Il legislatore allora, con beneficio di inventario, accetta la regolamentazione delle ordinanze e ne riassume il controllo. Questi almeno sono i principi; ma, essendo imposta una data per il deposito delle ordinanze sui banchi delle assemblee, sotto pena di caducità, non vi è nulla che renda obbligatorio un dibattito di ratifica: se non vengono ratificate, le ordinanze restano, ma con la sola autorità che gli conferisce il loro autore, ovvero quella di atti regolamentari. Da una delega temporanea della competenza legislativa, si passa ad un declassamento più o meno durevole della materia legislativa, a parte il fatto che il legislatore può sempre riappropriarsene a partire dal momento in cui scade il periodo di abilitazione (ma perché mai lo farebbe, visto che ha voluto la delega?).

Partendo da quest'ultima considerazione, giungiamo così ad analizzare il secondo possibile abuso insito nel processo della legislazione delegata, risultante dall'accettazione delle ratifiche implicite. Può succedere infatti – ed è frequente – che in mancanza di un'esplicita ratifica dell'insieme dell'ordinanza, il Parlamento adotti ulteriormente una legge che la modifica o la completa; la prassi ha così fatto apparire, accanto alle ratifiche esplicite, delle ratifiche implicite più difficili da evidenziare, che

---

<sup>7</sup> La revisione costituzionale adottata dal Parlamento a camere riunite lo scorso 23 luglio – con un voto in più del *quorum* approvativo – istituisce un controllo di costituzionalità della legge approvata, che si esercita in via d'eccezione di fronte al giudice comune; ma la concreta attuazione della riforma – che è gravosa – è rinviata ad una legge organica.

dipendono dall'importanza della modifica apportata dalla legge al testo dell'ordinanza e che, quando sono riconosciute, hanno l'effetto di trasformare l'ordinanza in legge<sup>8</sup>.

Tali ratifiche implicite, ratifiche "semi-clandestine" comportano, per questo motivo, dei seri rischi di abuso nella pratica – in questo caso nel diritto – della legislazione delegata e sono fonte di insicurezza giuridica.

Il riconoscimento delle ratifiche implicite deriva da una vecchia giurisprudenza secondo la quale la ratifica può risultare indirettamente da leggi ulteriori che hanno un oggetto diverso ma che manifestano "la volontà implicita" del Parlamento di adottarne il dispositivo. Dal 1958 questa giurisprudenza ha ricevuto l'avallo del Consiglio costituzionale che vede in una "manifestazione di volontà implicita, ma chiaramente espressa dal parlamento" una ratifica implicita di un'ordinanza (c. costit. 29 febbraio 1972, Rec. p.31).

Quali sono gli elementi e i caratteri distintivi grazie ai quali è possibile riconoscere una ratifica implicita? Alla base troviamo sempre lo stesso principio: si fa riferimento all'intenzione del legislatore che determina la ratifica, tale e quale è stata pensata oppure evidenziata da testi ulteriori o dalle condizioni della loro adozione. Ma questa direttiva di principio è stata diversamente messa in atto dalle giurisdizioni competenti, il che costituisce un ulteriore elemento di insicurezza giuridica<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Sulle ratifiche implicite, v. Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif*, tome 1, par. 1191, e Id., nota a *Conseil constitutionnel*, 23 gennaio 1987, in *Revue du droit public et de la science politique*, 1987, p. 1341.

<sup>9</sup> La ratifica implicita è riconosciuta senza difficoltà in presenza di una legge successiva che abbia come oggetto quello «di apportare le modificazioni appropriate al testo dell'ordinanza ... preso nel suo insieme» (*Conseil d'État*, 25 gennaio 1957, *Société des établissements charlioniens*, in *Recueil Lebon*, 1957, n. 54) o di una legge che comporti una riscrittura completa di quasi tutti gli articoli di una ordinanza per apportare loro determinate modifiche (*Conseil constitutionnel*, 29 febbraio 1972, in *Recueil des décisions du Conseil constitutionnel*, 1972, p. 31, a proposito della ratifica implicita dell'ordinanza del 17 agosto 1967, relativa alla partecipazione dei lavoratori salariati, operata dalla legge finanziaria per il 1969, del 27 dicembre 1968). È lo stesso ragionamento che ha condotto il Consiglio di Stato ad ammettere la ratifica implicita dell'ordinanza del 20 settembre 1985 sulla Nuova Caledonia, che una legge successiva aveva formalmente dichiarato doversi applicare per un periodo transitorio (*Conseil d'État*, 11 giugno 1990, *Congrès du territoire de la Nouvelle-Calédonie*, in *Revue française de droit administratif*, 1990, n. 401).

Ma può accadere che le cose siano meno chiare: leggi successive fanno riferimento a questo o a quell'articolo dell'ordinanza senza che nessuna di queste abbia l'ordinanza come oggetto principale. In questa situazione, la Corte di cassazione ed il Consiglio di Stato hanno avuto, almeno in origine, «reazioni» diverse. Il giudice ordinario prende in considerazione la reiterazione della volontà implicita del legislatore. La ripetizione dei riferimenti operati all'insieme del testo o ad alcune delle sue disposizioni, in varie leggi successive, comporta ratifica implicita; allo stesso tempo, ed in funzione dell'oggetto di questi riferimenti, si può immaginare che la ratifica implicita non concerna che alcune disposizioni dell'ordinanza. Il Consiglio di Stato, dal canto suo, non considera(va) il numero ma la portata di questi riferimenti. La ratifica implicita era acquisita quando, con una legge successiva, il legislatore aveva necessariamente inteso ratificare le disposizioni dell'ordinanza; ne discendeva che la convalida implicita era allora acquisita per la totalità dell'ordinanza quando una legge aveva convalidato una parte «importante» di questa, vale a dire una parte determinante per l'insieme della sua portata precettiva. La formula del Consiglio costituzionale è meno netta; il Consiglio, a proposito dell'ordinanza del 1° dicembre 1986 sulla concorrenza, ha osservato che «non è escluso che la ratifica di tutte o parte delle

Queste soluzioni minuziose e ricche di sfumature devono essere ricollocate all'interno di una problematica generale riguardante il controllo degli atti normativi. Dare alle ordinanze la qualifica di atti amministrativi obbedisce alla preoccupazione evidente di mantenere nei loro riguardi un controllo in materia di contenzioso, da parte del giudice amministrativo dinanzi a cui si agisce con ricorso di annullamento e da parte di ogni tribunale interpellato, in via d'eccezione, per una questione di illegalità. La ratifica fa scomparire questo controllo conferendo all'ordinanza il carattere incontestabile della legge. Ma allora è la stessa legge di ratifica che può essere in principio, prima della promulgazione, deferita al Consiglio costituzionale il quale, come ha espressamente indicato, verifica, attraverso la legge di ratifica, la costituzionalità dell'ordinanza stessa. In breve, in tutti i casi, l'ordinanza è controllata (o controllabile) anche se cambiano i termini del controllo.

Con l'accettazione, però, di una ratifica implicita, questa possibilità di controllo viene meno: il giudice amministrativo non ha più alcuna competenza poiché l'ordinanza è divenuta legge, il Consiglio costituzionale non ha potuto esserne investito, poiché in teoria non c'è stata una vera e propria legge di ratifica<sup>10</sup>. Ciò avrebbe comportato un'accettazione restrittiva della ratifica implicita, la quale, più precisamente, sarebbe stata limitata al caso in cui la legge che si appropria di una ratifica implicita comportasse una vera e propria ripresa, parziale o totale dell'ordinanza in causa, oppure una sua modifica sostanziale, autorizzando così un eventuale controllo del Consiglio costituzionale.

Resta tuttavia da analizzare la questione della compatibilità di queste procedure di ratifica, più o meno opportuniste, più o meno clandestine, con l'esercizio del diritto al ricorso come previsto dall'articolo 6 della convenzione europea dei diritti dell'uomo.

---

*disposizioni di una ordinanza di cui all'articolo 38 della Costituzione possa risultare da una legge che, senza avere questa ratifica come oggetto diretto, la implichi necessariamente» (Conseil constitutionnel, 23 gennaio 1987, precisata). Ed è quest'ultima formula che è stata, infine, adottata dal Consiglio di Stato, nel giudicare che la decina di legge intervenute a modificare una ordinanza di codificazione «non hanno né come oggetto né come effetto quello di ratificare l'insieme di questa ordinanza» (Conseil d'État, 27 maggio 2002, SA Transolver Service, n. 227338, conclusions di Goulard).*

<sup>10</sup> Non diversamente avviene quando il Parlamento è investito di una richiesta di ratifica, perfettamente esplicitata, ma l'ordinanza, talvolta estesa alle dimensioni di un codice, non è neppure allegata al progetto di legge di ratifica. Tale è stato il caso, ad esempio, di una legge relativa a varie disposizioni di ordine sociale, che, a questo proposito, reca un articolo così redatto: «è ratificata l'ordinanza del 19 aprile 2001 relativa al codice della mutua ...», la quale ordinanza costituisce la parte legislativa del nuovo codice della mutua (art. 7 della legge del 17 luglio 2001, recante varie disposizioni di ordine sociale, educativo e culturale). Si è lungi dall'obbligo per il Governo di rendere conto che sottende ogni meccanismo della legislazione delegata. Come potrebbe esercitarsi la competenza di registrazione e di emendamento eventuale del Parlamento? E ciò, soprattutto, se a questo si aggiungono i poteri importanti che ha il Governo nel condurre il dibattito parlamentare. Eppure, il Consiglio costituzionale, chiamato a giudicare della legge recante varie disposizioni di ordine sociale del 17 luglio 2001, non si è soffermato su queste obiezioni che, per la verità, non erano articolate nel ricorso dei parlamentari (Conseil constitutionnel, 11 luglio 2001, in *Recueil des décisions du Conseil constitutionnel*, 2001, p. 82).

Il Consiglio di Stato infatti si rifà al suddetto articolo 6 in quanto esso vieta una legge di convalida che intervenga nel corso di un contenzioso amministrativo, salvo se giustificata da “*motivi sufficienti di interesse generale*” (CE parere del 16 feb. 2001, JO 4 apr. 2001), addirittura da “*imperiosi motivi di interesse generale*” (CE 27 maggio 2005 Provin). Ciò che vale per le leggi di convalida non può forse valere per le leggi di ratifica, che dopo tutto, per legge, sono la convalida di ciò che è ancora considerata una regolamentazione, sottoposta alle possibilità di contestazione contenziosa di quest’ultima?

E’ in questo senso che il Consiglio di Stato, sensibile probabilmente ai rischi di abuso che possono comportare certe procedure di ratifica, ha voluto tenere in serbo il caso in cui “*la legge di ratifica si avverasse incompatibile, in un ambito che entra nel campo d’applicazione dell’articolo 6 della Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, con la stipulazione di questo articolo, a motivo che, a ragione delle circostanze della sua adozione, questa legge, avrebbe avuto essenzialmente per scopo di ostacolare il diritto di ogni persona ad un processo imparziale*” (CE 8 dicembre 2000 *Hoffer e a.*, RFDA 2001, p.455 concl. Ch. Maugüe)<sup>11</sup>.

La recente revisione costituzionale realizzata dalla legge costituzionale del 23 luglio 2008 ha completato l’articolo 38 della Costituzione al fine di escludere le ratifiche implicite<sup>12</sup>: “le ordinanze possono essere ratificate solo in modo esplicito”. Per quanto si tratti certamente di un progresso tale da evitare alcuni degli abusi da noi denunciati, l’esigenza di una ratifica esplicita lascia aperta qualche questione: essa si applica alle ordinanze già adottate nel passato – e abbiamo visto quanto siano numerose! – o soltanto a quelle che interverranno sulla base di una nuova legge di abilitazione? La ratifica esplicita implica un dibattito sull’insieme delle disposizioni dell’ordinanza, oppure, come avviene oggi, la sola menzione, nel caso di una legge di più ampia portata, che l’ordinanza - di cui non viene neppure allegato il testo – è ratificata?

Possiamo prevedere che la scrittura del diritto delle ratifiche incontrerà non poche difficoltà teoriche e pratiche.

## B/ Un controllo politico: la firma del presidente della Repubblica

---

<sup>11</sup> Nelle sue conclusioni, Ch. Maugüé opera tuttavia una distinzione tra le leggi di convalida, che comportano una forma di ingerenza del potere legislativo nell’amministrazione della giustizia, e le leggi di ratifica, intervento del potere legislativo nel quadro delle prerogative normali conferitegli dalla Costituzione. Quest’ultima caratteristica condurrebbe ad escludere in linea di principio ogni possibilità di discussione circa il rispetto dell’obbligo convenzionale da parte della legge di ratifica relativamente all’articolo 6 della Convenzione europea: «*Quando procede alla convalida di un atto amministrativo, il legislatore interferisce nell’ordine normale di ripartizione delle competenze, dando valore legislativo ad un atto che, tanto sul piano formale quanto su quello materiale, è un atto amministrativo. Quando ratifica un’ordinanza, il legislatore adotta un provvedimento che dà valore legislativo ad un atto che è solo formalmente amministrativo*».

<sup>12</sup> In occasione dei lavori preparatori della Costituzione del 1958 si mostra, inoltre, che, nel rigettare un emendamento presentato da Dejean nel senso di una ratifica obbligatoria delle ordinanze, il Comitato consultivo costituzionale aveva inteso confermare la libertà del Parlamento di procedere o meno ad una votazione speciale di ratifica, e dunque il meccanismo delle ratifiche implicite (*Avis et débats du Comité consultatif constitutionnel*, p. 194). È ciò che viene oggi condannato.

Se è esatto che l'articolo 38 della Costituzione prevede che le ordinanze siano deliberate dal Consiglio dei ministri, il quale riunisce il primo ministro e l'insieme dei ministri sotto la Presidenza della Repubblica, la pubblicazione delle ordinanze è compito del Governo e il presidente della Repubblica non ha, al loro riguardo, più competenza di quanta ne abbia di fronte alle leggi: è tenuto a firmarle come è tenuto a promulgare le leggi; è, per utilizzare il vocabolario del diritto amministrativo, in una situazione di competenza vincolata. Questi sono i principi. Eppure, nel 1986, durante il settennato di François Mitterand, è avvenuto che questi rifiutasse di firmare un insieme di ordinanze di cui contestava la pertinenza politica. Si tratta di un precedente, che – a mio avviso – contraddice la Costituzione, e questo viene confermato dal paragone con il diritto italiano che consacra molto chiaramente l'uso di una “delega della funzione legislativa” (art. 76).

Perché il presidente della Repubblica non può ostacolare la legislazione delegata, perché è tenuto a firmare le ordinanze? Per la semplice ragione che questo è proprio dell'attività legislativa e relativamente alla legge, il presidente della Repubblica non ha altra competenza che quella dell' “autenticazione notarile” costituita dalla promulgazione. La ragione di fondo sta qui: e secondo me è determinante<sup>13</sup>.

Previste dall'articolo 38 della Costituzione come una delle modalità dei “rapporti tra il parlamento e il governo” (Titolo V), le ordinanze derivano da una legge di abilitazione votata dal Parlamento, a cui esse sono poi sottoposte per ratifica. Esse non sono una violazione dei diritti delle assemblee, ma una modalità d'esercizio attraverso le quali la Costituzione affida loro delle competenze legislative. In materia legislativa, il Titolo V della Costituzione comporta una doppia abilitazione: quella normale e permanente dell'articolo 34, quella, eccezionale, speciale e temporanea dell'articolo 38. Nell'uno e l'altro caso, si tratta di fare la legge e, nel caso dell'articolo 38, essa può essere emanata temporaneamente dal Governo, tramite l'applicazione del regime dell'atto regolamentare, con il beneplacito del Parlamento attraverso la legge di abilitazione, e nei limiti di questa legge.

---

<sup>13</sup>Non può trarsi un argomento contrario dalla redazione dell'articolo 13 della Costituzione, che menziona la sottoscrizione da parte del Presidente della Repubblica dei decreti e delle ordinanze deliberate in Consiglio dei ministri. Questa redazione – che interviene piuttosto tardi nella preparazione del testo costituzionale – raggruppa disposizioni in ordine distinte e, trattandosi delle ordinanze, i lavori preparatori della Costituzione mostrano chiaramente che l'adozione delle ordinanze è affare del Governo, del Primo ministro dicono taluni progetti, essendo la sottoscrizione da parte del Presidente della Repubblica puramente formale. È sempre nei progetti delle disposizioni relative al Parlamento (e non nelle disposizioni relative al Presidente della Repubblica) che la questione delle ordinanze è stata trattata; e la competenza in materia è stata attribuita al Primo ministro (progetto del 27 giugno 1958: «la legge può autorizzare il Primo ministro ad adottare, con ordinanze deliberate in Consiglio dei ministri ...»); gruppo di lavoro del 2 luglio 1958: «il Primo ministro può, con ordinanze deliberate in Consiglio dei ministri e previo parere del Consiglio di Stato ...») o al Governo (schema di progetto del 15 luglio 1958: «il Governo può chiedere alle assemblee ... l'autorizzazione ad adottare con ordinanze ...»); stessa redazione nello schema di progetto del 19 luglio 1958, in quello del 23 e 25 luglio 1958 ed in quello trasmesso al Comitato consultivo costituzionale il 29 luglio 1958). La relazione illustrativa dello schema di progetto di Costituzione del 1958 espone anche che «l'articolo 34 (divenuto l'articolo 38) riserva al Parlamento la possibilità di delegare al Governo alcune delle sue attribuzioni per far fronte a necessità urgenti, per una durata limitata»; ed è questa la redazione che assumerà, infine, l'articolo 38.

Opponendosi alle ordinanze, il presidente della Repubblica non si oppone tanto al Governo, redattore di questi testi, quanto alla volontà del Parlamento, espressa attraverso legge di abilitazione, di vedere intervenire il Governo, durante un periodo limitato, in un campo riservato alla legge.

L'ordinanza, come la legge, arriva a compimento solo attraverso la collaborazione del Parlamento e del Governo. Solo l'intensità dei loro interventi rispettivi varia da un caso all'altro. La firma dell'ordinanza, come la promulgazione della legge (che include la firma da parte del presidente della Repubblica) hanno semplice valore di autenticazione. La competenza presidenziale non è meno vincolata in un caso che nell'altro; e, tutto sommato, essa pare ancora più ristretta nel caso delle ordinanze, poiché la promulgazione della legge può sempre essere preceduta, su iniziativa del presidente della Repubblica, da una domanda di nuova delibera o da una impugnazione del Consiglio costituzionale. La procedura delle ordinanze si risolve tra il Parlamento e il Governo. Il presidente della Repubblica, al riguardo, ha solo i poteri che gli conferisce la sua qualità di presidente del Consiglio dei ministri, poiché è in quella sede che le ordinanze sono deliberate. Ma questa delibera non può essere ridotta alla decisione del solo presidente, e tanto meno la firma presidenziale può impedirne il normale svolgimento<sup>14</sup>.

Ed è qui che sta l'abuso, molto caratteristico delle derive presidenziali della V Repubblica: il presidente della Repubblica si è concesso un vero e proprio veto legislativo, nel quadro della legislazione delegata; l'abuso sussiste sia nei confronti del Parlamento che del Governo. Questa pratica – subito fregiata degli attributi di una consuetudine costituzionale (consuetudine però *contra legem*) prevarrà definitivamente? Se così fosse, la libertà presa nei confronti della Costituzione non sarebbe minore di quella dei tempi dei decreti-legge della IV Repubblica, espressamente proibiti dalla Costituzione del 1946.

Yves Gaudemet  
Professeur à la Faculté de droit de Paris  
(Panthéon-Assas)

---

<sup>14</sup> Rileggiamo il Prof. Pactet: «le ordinanze intervengono su materie legislative e che non cessano di esserlo durante il periodo di abilitazione. Esso non possono d'altronde essere ulteriormente modificate se non da leggi. Ammettere il rifiuto di sottoscrizione del Presidente, è farlo partecipare personalmente all'esercizio del potere legislativo al quale il Governo soltanto è abilitato dal Parlamento in virtù dell'articolo 38. Ora, il Presidente non ha mai alcuna competenza discrezionale in materia legislativa, salvo che in caso di applicazione dell'articolo 16, ma in tale occasione previa abilitazione espressa. Risiede in ciò una ragione di fondo che dovrebbe normalmente condurre a negare al Presidente questa competenza discrezionale, ma è d'uopo constatare che il precedente del 1986, che non è stato contestato dal governo dell'epoca, è in senso contrario» (*Institutions politiques et droit constitutionnel*, ed. 2001, p. 609).