NOMOS
Le attualità nel diritto

Quadrimestrale di Teoria generale,
Diritto pubblico comparato e Storia costituzionale

PAOLA PICIACCHIA*

IL DIBATTITO SUI POTERI NORMATIVI DELL'ESECUTIVO NELLA III REPUBBLICA: UNA CULTURA GIURIDICA BEN SALDA ANCORA OGGI**

Abstract [It]: Tra le numerose prospettive attraverso cui è possibile cogliere le ambiguità e le contraddizioni della Terza Repubblica, una delle più significative riguarda l'ampio ricorso ai poteri normativi da parte dell'Esecutivo. Si trattò di un utilizzo così intenso da sollecitare ripetutamente l'intervento della dottrina giuridica, che affrontò la questione attraverso linee argomentative le quali, di volta in volta, ammisero oppure negarono la legittimità di determinate prassi, o cercarono di individuare soluzioni di compromesso.
L'emergere di un articolato e stimolante dibattito dottrinale, caratterizzato da una notevole profondità di analisi, non solo consente di comprendere nella sua complessità il fenomeno giuridico nell'esperienza della Terza Repubblica, ma contribuisce anche a individuare alcuni capisaldi fondamentali della cultura giuridica francese che, ancora oggi, sotto la Quinta Repubblica, continuano a orientare le concezioni relative ai poteri normativi del Governo, in particolare con riguardo alla delegazione legislativa. In tal modo, esso dà espressione a quella continuità costituzionale che, proprio nella concezione della legge, ha trovato in Francia una delle sue più significative manifestazioni.

Abstract [En]: *The debate on the Executive normative powers under the Third Republic: a legal culture that remains firmly entrenched today* - Among the numerous perspectives through which it is possible to grasp the ambiguities and contradictions of the Third Republic is the one relating to the extensive use of normative powers by Executive, a use so intense that it repeatedly prompted legal scholarship to intervene on the issue with lines of argumentation that, from time to time, either admitted or, conversely, denied the admissibility of certain practices, and at times sought to identify compromise positions.
The emergence of a dense and stimulating body of scholarly debate, with its depth of analysis, helps not only to understand the legal phenomenon in its complexity within the experience of the Third Republic, but also establishes fundamental cornerstones of French legal culture which, even today under the Fifth Republic, continue to shape conceptions relating to the Government's normative powers, particularly with regard to legislative delegation, thereby embodying that constitutional continuity which, precisely in the conception of statute law, has found in France one of its greatest expressions.

Parole chiave: Terza Repubblica, Delegazione legislativa, Decreti legge, Poteri normativi dell'Esecutivo.

Keywords: Third Republic, Legislative Delegation, Law Decrees, Rule-making Powers of the Executive.

SOMMARIO: 1. Introduzione: il dibattito dottrinario sui poteri normativi dell'Esecutivo nella III Repubblica e la continuità della concezione della legge nell'esperienza francese. – 2. Le modalità della progressiva estensione dei poteri normativi dell'Esecutivo. – 3. Il dibattito dottrinario sulla delega legislativa tra XIX e XX secolo: dalla teoria del mandato di matrice privatistica alle

* Professoressa associata di Diritto pubblico comparato – Sapienza Università di Roma.
** Contributo sottoposto a *peer review*.

ISSN 2279-7238

concezioni relative alla sua inammissibilità. – 4. La natura giuridica dei decreti in materia legislativa. – 5. Conclusioni: la V Repubblica e la modernità del dibattito della III Repubblica sui poteri normativi del Governo.

1. Introduzione: il dibattito dottrinario sui poteri normativi dell'Esecutivo nella III Repubblica e la continuità della concezione della legge nell'esperienza francese

La complessa esperienza politico-istituzionale della Terza Repubblica[1] appare in una visione retrospettiva non priva di criticità ed aporie e per tale motivo essa è da sempre considerata controversa.

Tra i numerosi profili attraverso i quali cogliere le ambiguità e le contraddizioni della Terza Repubblica, rientra quello relativo all'uso estensivo dei poteri normativi da parte dei Governi, un utilizzo così intenso da aver indotto a più riprese la dottrina ad intervenire sul tema con linee argomentative che, di volta in volta, hanno ammesso o al contrario negato la percorribilità di alcune prassi e talvolta cercato di trovare posizioni di compromesso.

Va in premessa sottolineato come, sebbene possa apparire appunto contraddittorio, nella Terza Repubblica il trasferimento al Governo di ampi poteri normativi e il loro largo utilizzo sia stato anche, ma non solo, il diretto prodotto dell'evoluzione stessa della forma di governo e della sua degenerazione assembleare[2]. Infatti, l'esistenza di un Parlamento che poteva intervenire su tutte le materie e di un parlamentarismo caratterizzato dall'assenza di maggioranze stabili[3] in grado di portare avanti un indirizzo politico coerente - all'origine di una condizione cronica di forte instabilità ministeriale, - condussero ben presto alla crisi della legge e della stessa funzione legislativa. Il Parlamento, affetto da un'incapacità divenuta cronica, cominciò a far gravare sull'Esecutivo (per certi versi sviluppando prassi nate prima della III Repubblica) le funzioni normative essenziali e a delegare al potere regolamentare ampi settori della vita associata[4]. Tutto questo accadde in un contesto in cui i fattori legati alla moltiplicazione degli interventi dello Stato tra il XIX e XX secolo, l'esigenza di rapidità, soprattutto in caso di crisi o guerre, in certi casi l'esigenza di segretezza e di competenze tecniche di cui il Parlamento era privo, fecero

[1] Sulla storia costituzionale, politica e delle istituzioni della III Repubblica cfr. *ex multis*: M. DESLANDRES, *Histoire constitutionnelle de la France. L'avènement de la III^e République, La Constitution de 1875*, Paris, Armand Colin, 1937; J. BAINVILLE, *La III^e République,* Paris, Fayard et C.ie, 1939 ; A. SIEGFRIED, *De la Troisième à la Quatrième République*, Paris, Grasset, 1956; J.J. CHEVALIER, *Histoire des institutions et des régimes politiques de la France moderne (1789-1958),* Paris, Dalloz, 1967; P. BARRAL, *Les fondateurs de la III^e République*, Paris, Armand Colin, 1968; J.P. AZEMA, J.P. WINOCK, *La III^e République,* Paris, Calmann-Levy, 1976; M. MORABITO, D. BOURMAUD, *Histoire constitutionnelle et politique de la France (1789-1958)*, Paris, 1991.

[2] Sull'evoluzione dell'esperienza costituzionale della III Repubblica e sulla qualificazione della natura della sua forma di governo vedi anche i recenti contributi di M. OLIVETTI, *Il regime politico della Terza repubblica francese*, in *DPCE Online*, n. 4/2025, pp. 2391-2417; F. ROSSI, *La III Repubblica. Regime di Assemblea o regime parlamentare "inautentico"? André Siegfried o Robert Redslob*, in *DPCE Online*, n. 4/2025, 2419-2429.

[3] Sull'instabilità della III Repubblica A. SOULIER, *L'instabilité ministérielle sous la III^e République,* Paris, Sirey, 1939. Sul paradosso della stabilità dei ministri e dell'équipe di governo vedi invece J. OLLÉ-LAPRUME, *La stabilité des Ministres sous la IIIe République*, Paris, L.G.D.I., 1962

[4] N. ROUSSELLIER, *La force de gouverner: le pouvoir exécutif en France, XIXe-XXIe siècles*, Paris, Gallimard, 2015.

emergere la necessità di un adattamento giuridico alle nuove realtà, un'urgenza, occorre ricordarlo, che si presentò durante la Terza Repubblica in modo non dissimile da quello che accadde in altri Paesi, come nel caso del Regno Unito, del Belgio o dell'Italia.

Nella Terza Repubblica tale prassi di trasferimento all'Esecutivo della regolamentazione di ampi settori – tendente a sostituire, «*De facto* ou *de jure*»[5], l'azione alla deliberazione[6] - avvenne in assenza di una esplicita previsione costituzionale non avendo le leggi costituzionali del 1875 contemplato alcuna forma di delega di potere legislativo a favore del Governo o del Capo dello Stato. Infatti, l'articolo 3 della legge costituzionale del 25 febbraio 1875 relativa all'organizzazione dei poteri pubblici si limitava ad attribuire al Capo dello Stato solo un potere di esecuzione delle leggi: "Le Président de la République a l'initiative de la loi, concurremment avec les membres des deux chambres. Il promulgue les lois lorsqu'elles ont été votées par les duex chambres; il en surveille et en assure l'exécution"[7]. Tuttavia, il potere normativo dell'amministrazione cominciò ad eccedere le sole misure di applicazione della legge ritenendosi ammissibile che, in assenza di disposizioni legislative contrarie, il potere regolamentare potesse intervenire[8].

L'assunto da cui si partiva era che la supremazia della legge, non vietasse necessariamente un'attività regolamentare autonoma. Fu così che, nel tempo, a livello istituzionale, venne dato un duro colpo alla concezione della supremazia della legge: da un lato, attraverso una giurisprudenza estensiva del Consiglio di Stato che ammise, all'inizio del XX secolo, per il Governo e il Presidente della Repubblica la possibilità di emanare atti che non necessitavano di un fondamento legislativo[9]; dall'altro, attraverso la prassi dei decreti-legge, ampiamente utilizzati durante e dopo la prima guerra mondiale, considerato «un espediente per conferire all'azione del governo una certa efficacia»[10].

---

[5] É. QUINART, *Le pouvoir réglementaire, hantise républicaine*, in *Droits*, vol. 72, n. 2/2020, 128.

[6] *Ibidem*. Su tale distinzione v. altresì H. BERTHÉLEMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, Arthur Rousseau, 1900, 84; M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, 2e éd., Librairie du Recueil Sirey, 1929, p. 473.

[7] Vale solo la pena qui di ricordare come la III Repubblica fosse stata formalmente concepita dalle leggi costituzionali votate nel 1875 nel rispetto del regime parlamentare: il rapporto di fiducia tra Parlamento e Governo faceva da *pendant* alla presenza di un Presidente della Repubblica eletto per sette anni da senatori e deputati riuniti in Assemblea, dotato di poteri più o meno ampi – quali l'iniziativa legislativa, l'esecuzione delle leggi, la promulgazione, il comando delle forze armate, la negoziazione e la ratifica dei trattati internazionali, il diritto di convocazione straordinaria delle Camere e di aggiornamento dei lavori - ed in grado di dirimere le controversie, sia pure previo *"avis"* conforme del Senato, tra i due organi attraverso lo strumento dello scioglimento.

[8] Già nel 1904 il Commissario del Governo Romieu nelle conclusioni a due sentenze del Consiglio di Stato (cfr. C.E, 19 febbraio 1904, *Chambre syndicale de constructeurs de materiel pour chemins de fer*; C.E., 4 maggio 1906, *Babin*) sottolineava che il Parlamento può sempre impedire al Governo di realizzare una riforma che esso reputi inopportuna o che esso pretenda di realizzare ma che in assenza di un preciso limite il Governo possa sempre prendere le misure amministrative che esso ritenga necessarie per l'interesse generale. Cfr. sul punto J-P. CAMBY, *34/37: Des frontières perméables,* in *Revue du Droit Public*, n. 1-2/2002, 281-282.

[9] Cfr. CE, *Arrêt Labonne*, 8 août 1919, leb. 737: "...Considerant que ...il appartient au chéf de l'état, en dehors de toute délégation et en vertu de ses pouvoirs propres, de determiner celles des mesures de police qui doivent en tout étatde cause être appliquées dans l'ensemble du territoire, étant entendu que les autorités susmentionnées conservent, chacun en ce qui la concerne, compétence pleine et entière pour ajouter à la réglementation générale édictée par le chef de l'État toutes le prescritions règlementaires supplémentaires que l'intérêt public peut commander dans la localité".

[10] M. CALAMO SPECCHIA, *Il terzo regime repubblicano: parlementarisme absolu ou inconnu,* in *Giornale di Storia Costituzionale*, n.8-II semestre 2004, *La "deriva parlamentare" nella storia costituzionale francese* – Atti del Convegno tenutosi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Bari l'11 e 12 dicembre 2003, p. 153.

La progressiva estensione dei poteri normativi del Governo tuttavia non fu priva di contraddizioni perché fu sempre condizionata dalla particolare cultura giuridica francese di matrice rivoluzionaria[11] e giacobina protesa alla definizione formale della legge[12] e all'affermazione della sua assoluta superiorità, quale espressione della volontà generale[13], corollario della superiorità riconosciuta al Parlamento. Una cultura giuridica che si mostrò sempre ben poco permeabile, a livello teorico, all'idea della delegabilità del potere legislativo e si pose come fattore frenante all'accettazione concreta da parte dei poteri pubblici francesi e della dottrina del principio di una limitazione del potere legislativo, limitazione che, tuttavia, invece, avvenne in via fattuale. Così, sebbene tale impostazione giuridica abbia contribuito ad assicurare un ruolo privilegiato ed una posizione preminente al potere Legislativo relegando il potere Esecutivo ad una funzione eminentemente di esecuzione delle leggi, non tardarono ad approfondirsi tendenze di segno opposto, sviluppatesi storicamente anche ben prima della III Repubblica[14].

Nei primi decenni del XX secolo, come si vedrà, l'attenzione della dottrina si concentrò soprattutto sui decreti-legge. Sebbene la prassi ormai consolidata imponesse che tali atti trovassero il proprio fondamento nella *loi d'habilitation*, preservando così il tradizionale rapporto tra legge e regolamento[15], essi continuavano a configurarsi come atti subordinati alla legge e assoggettati al sindacato della giurisdizione amministrativa, salvo acquistare forza di legge in seguito all'approvazione parlamentare della legge di ratifica. [16] Ciononostante, la possibilità che regolamenti adottati dal Governo incidessero fino a modificare disposizioni legislative suscitò diffuse perplessità sul piano teorico e diede origine ad un intenso dibattito, sviluppatosi tra la fine del XIX secolo e i primi decenni del Novecento, intorno ai principi fondamentali del diritto pubblico francese dell'epoca[17].

---

[11] Cfr. art. 6 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo del 1789 che definisce la legge "espressione della volontà generale".

[12] Sulle concezioni della legge nella III, IV e V Repubblica v. L. FAVOREU, *La loi*, in AA.VV., *La continuité constitutionnelle en France de 1798 à 1898,* Paris, Economica, 1990, 79-101; F. LANCHESTER, *Gli strumenti della democrazia,* Milano. Giuffré, 2004, 410 ss.

[13] Cfr. R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la theorie générale de l'État,* Paris, R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. 1, Paris, Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1920-22; ID., *La loi, expression de la volonté générale,* Paris, Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1931; v. altresì F. TERRÉ- P. AMSELECK, *Contributions*, in "La loi", *Archives de philosofie du droit,* t. 25, Sirey, 1980; L. FAVOREU, *La loi,* in A.F.C., *La continuité constitutionnelle en France de 1789 a 1989*, Paris, Economica, 1990; P. JESTAZ, *Le droit,* Paris, Dalloz, 1991; G. TIMSIT, *Le norms de la loi*, Paris, Puf, 1991; N. POULET-GIBOT-LECLERQ, *La place de la loi dans l'ordre juridique interne*, Paris, Puf, 1992; J. BÉCANE-M. COURDEC, *La loi*, Paris, Dalloz, 1991; B. MATHIEU, *La loi*, Paris, Dalloz, 1996.

[14] Sottolinea come - al di là delle affermazioni che si avranno nel corso della III Repubblica - l'intervento dell'Esecutivo nel campo del legislativo diventi una costante dopo l'anno VII, R. MASPETIOL, *Le problème de la loi et ses développement récents dans le droit public français*, Paris, EDCE, 1949, 55.

Sui rapporti tra la legge e i regolamenti del governo durante il Consolato e soprattutto durante il primo Impero, cfr. inoltre C. DURAND-A. LANZA, *Études sur les rapports entre la loi et le règlement gouvernemental au XIX^e siècle*, Aix Marseille, Presses universitaires d' Aix Marseille, 1976, in particolare 211 ss.; 227 ss.

[15] Cfr. P. LE MIRE, *La loi et le règlement: articles 34, 37 et 38 de la Constitution de 1958*, Documents d'études, Paris, La Documentation Française, 1994, 3, il quale sottolinea come dall'art. 3 della legge costituzionale del 25 febbraio 1875 derivasse una definizione puramente formale e una supremazia della legge malgrado l'impressionante prassi della delega legislativa.

[16] Seguendo lo stesso criterio organico i decreti-legge che venivano ratificati da una legge assumevano valore legislativo in ragione della natura dell'autore della legge, cioè il Parlamento.

[17] V. M. MIGNON, *La pratique des décrets-loi s et les principes généraux du droit public,* thèse, Lille, 1938; R. DRAGOS, *Les décrets-lois dans le régime du 1875,* thèse, Bordeaux, 1942.

La ricchezza e la profondità di analisi delle riflessioni dottrinali maturate in quella stagione costituiscono una chiave di lettura privilegiata non solo per comprendere il fenomeno dei decreti-legge nell'esperienza della Terza Repubblica, ma anche per cogliere la formazione di alcuni dei capisaldi della cultura giuridica francese. Si tratta di categorie concettuali destinate a esercitare un'influenza duratura, tanto da continuare a orientare (e, per certi versi condizionare), ancora nell'ambito della Quinta Repubblica, la concezione dei poteri normativi del Governo e, in particolare, dell'istituto della delega legislativa.

In tale prospettiva, il dibattito sviluppatosi tra Ottocento e Novecento rappresenta una significativa manifestazione di quella continuità costituzionale che, in Francia, ha trovato proprio nella concezione della legge una delle sue più grandi e caratteristiche espressioni[18].

2. Le modalità della progressiva estensione dei poteri normativi dell'Esecutivo

Occorre in premessa specificare che la progressiva estensione dei poteri dell'Esecutivo avvenne in diversi modi nella III Repubblica.

Oltre al caso sopra ricordato relativo al riconoscimento da parte della giurisprudenza della possibilità per l'Esecutivo di intervenire in ambiti non espressamente vietati dalla legge, è necessario, in primo luogo, distinguere i casi in cui all'Esecutivo fu riconosciuto il potere di assumere poteri in situazioni di crisi e di guerra anche senza fondamento legislativo dagli altri casi in cui fu la stessa legge ad intervenire per determinare i settori nell'ambito dei quali il Governo avrebbe potuto assumere decisioni autonome.

Nel primo caso, all'Esecutivo fu riconosciuta in periodi di urgenza[19] la possibilità di prendere decisioni che in tempo di pace sarebbero spettate al Legislativo in ragione della necessità di provvedere ai bisogni del Paese in caso di impedimento del Legislativo e di assicurare l'esecuzione delle leggi ai sensi dell'art. 3 della legge costituzionale del 25 febbraio 1875. Lo stesso Consiglio di Stato - cui spettava il controllo giurisdizionale degli atti "formalmente regolamentari" benché l'oggetto fosse "materialmente" legislativo - in più di una sentenza considerò legittimi gli sconfinamenti dell'Esecutivo nel campo legislativo in caso di urgenza durante la guerra[20]. Merita a tal fine ricordare che durante il primo conflitto mondiale, tra il 4 agosto e il 22 dicembre 1914, l'Esecutivo governò senza concorso e controllo del Parlamento in virtù dei poteri attribuiti dalla dichiarazione dello stato di assedio dichiarato con decreto del 2 agosto 1914. In questo periodo diversi decreti furono emanati in materia di restrizione della libertà di commercio, in materia di esercizio del diritto di proprietà e anche in relazione alla sospensione dell'esecuzioni delle leggi[21]. Per la maggior parte, questi decreti furono poi ratificati successivamente dalle Camere in

[18] L. FAVOREU, *La loi,* in A.F.C., *La continuité constitutionnelle en France de 1789 a 1989*, cit.

[19] Sul rapporto tra poteri durante la guerra cfr. P. RENOUVIN, *Le formes du gouvernement de guerre*, Paris, Les Presses Universitaires de France, 1926, 96 ss., il quale rileva un'alterazione del normale funzionamento della forma di governo nell'emanazione di atti normativi. Cfr. altresì F. BOCK, *Un parlementarisme de guerre 1914-1919*, Paris, Belin, 2002.

[20] CE, 14 maggio 1920, *Syndact patronal de la boulangerie de Paris et de la Seine*, *Rec.*, 499; CE, 9 luglio 1920, *Societé anonyme Le Centre électrique, Rec.*, 681; CE 28 giugno 1918, *Heyrièrs, Rec.*, 651; CE, 16 gennaio 1914, *Rochette, Rec.*, 44.

[21] A. PICHAT, *Les décrets en matière législative*, Paris, Dalloz, 1935, 18 ss.

particolare dalla legge del 30 marzo 1915. Merita qui altresì ricordare la legge del 10 febbraio 1918 che attribuì al Capo dello Stato un esteso potere regolamentare in materia di approvvigionamento, legge che introdusse anche un sistema di sanzioni nei decreti emanati in virtù di essa e per quelli emanati precedentemente che ne erano ancora sprovvisti. Questa legge prevedeva l'obbligo di ratifica da parte del Parlamento dei decreti emanati – la cui validità si estendeva al periodo bellico e ai sei mesi successivi alla cessazione delle ostilità – entro il mese della loro pubblicazione sul *Journal Officiel*. Aggiungasi che il potere dell'Esecutivo di emanare atti senza fondamento legislativo fu inoltre ammesso dal Consiglio di Stato anche dopo la guerra in circostanze eccezionali ritenute ricollegabili alla guerra stessa. Così il Consiglio di Stato, il 27 giugno 1924, riconobbe legale un decreto[22] del 17 febbraio 1920 che vietava di mettere in vendita prodotti dolciari per due giorni consecutivi a settimana nell'interesse economico del servizio pubblico di approvvigionamento, ricollegandolo sostanzialmente alla legge del 10 febbraio 1918[23].

Al di là dei casi sopra menzionati relativi ai periodi di crisi, in secondo luogo, va segnalata la tendenza generale delle leggi prima e dopo la prima guerra mondiale di conferire all'Esecutivo poteri in materia di amministrazione pubblica[24], in materia coloniale[25] e, infine, in materia di amministrazione generale, in quest'ultimo caso, per intervenire sul piano economico e per procedere a riforme amministrative con misure che l'Esecutivo era ritenuto più idoneo ad emanare.

L'estensione dei poteri dell'Esecutivo avvenne in primo luogo in materia finanziaria con particolare riferimento al diritto doganale - settore nel quale ben prima della III Repubblica il potere Esecutivo era stato investito di attribuzioni di natura legislativa, una deroga accettata in virtù della rapidità nella presa delle decisioni[26] - e in materia di fiscale e di imposte.

---

[22] CE, 27 maggio 1924, *Chambre syndacale des patrons confiseurs, pâtissiers des Alpes-maritimes, Rec,* 619.

[23] Sul punto, per completezza, va altresì ricordato che lo stesso orientamento giurisprudenziale del Consiglio di Stato non fu accolto dalla Corte di Cassazione: quando essa si trovò ad applicare le sanzioni penali si rifiutò di riconoscere la legalità delle misure prese nelle medesime condizioni: Cass. 3 novembre 1917, S. 1917.1.145; Cass. Crim. 31 maggio 1918, *Gaz. du Palais*, 29 giugno 1918; *Limoges,* 27 dicembre 1917, *Gazette des Tribunaux*, 12 gennaio 1918. Cfr. A. PICHAT, *Les décrets en matière législative,* cit., 25.

[24] Sulla categoria dei regolamenti di amministrazione pubblica, emanati dal Governo in virtù di una legge e previa consultazione del Consiglio di Stato, vedi diffusamente A. PICHAT, *Les décrets en matière législative,* cit., 99-110, la quale sottolinea come spesso le leggi prevedevano che i regolamenti di amministrazione pubblica potessero intervenire in settori materialmente legislativi e anche modificare leggi anteriori (102). Su questa tipologia di decreti v. altresì F. MOREAU, *Le règlement administratif: étude théorique et pratique de droit public français*, Paris, Albert Fontemoing, 1902, 132, il quale non esita a parlare di delega legislativa in relazione alla legge che autorizzava la loro emanazione.

[25] Tale estensione avvenne anche attraverso i decreti coloniali, La legislazione coloniale si fondava sul regime dei «decreti coloniali», istituito dal senatoconsulto del 3 maggio 1854, che distingueva tra le «vecchie» colonie, disciplinate dalle leggi ordinarie, e le colonie più recenti, disciplinate dai decreti-legge. Sebbene tale organizzazione fosse stata istituita sotto il Secondo Impero, essa rimase in vigore durante la Terza Repubblica, anche se le leggi costituzionali non avevano - come invece in passato l'art. 109 della Costituzione del 1948 - operato il riconoscimento dei territori coloniali, ormai territori francesi. Sui decreti coloniali cfr. B. DURAND, *Les décrets coloniaux étaient-ils des lois ou des règlements?*, in *Cahiers aixois d'Histoire des droits de l'Outre-mer français*, n. 3/2007, 11-54; ID., *La Constitution de 1875 et les Colonies françaises : de la perplexité aux soupçons d'Empire*, in *Giornale di Storia costituzionale*, n. 25/2013, 79-115.

[26] A. PICHAT, *Les décrets en matière législative,* cit., 31 ss.

In ordine ai poteri in materia di amministrazione generale, questi, per lo più, venivano conferiti o al Presidente della Repubblica o al Governo per un periodo limitato e la legge prevedeva una clausola di ratifica entro un termine da essa fissato. Si ricorda in tal senso la legge del 22 marzo 1924 con cui il Presidente della Repubblica venne autorizzato a procedere per decreto alle riforme amministrative necessarie nel settore economico. Sempre in relazione al settore fiscale e delle imposte, va qui ricordata anche la legge del 3 agosto 1926 contenente delega al Governo in materia fiscale per il risanamento economico e la stabilizzazione della moneta. Con questa legge Poincaré ottenne dalle Camere l'autorizzazione ad operare tramite decreto riforme dell'ordine fiscale e amministrativo con una notevole estensione prevista dagli artt. 2, 12 e 13 della legge dei poteri dell'Esecutivo in tale ambito anche senza previsione di ratifica. Da non dimenticare anche la legge del 6 luglio 1934 contenente una delega al Governo per la riforma fiscale con emanazione di decreti soggetti poi a ratifica. Da sottolineare, infine, come l'art. 36 della legge finanziaria del 28 febbraio 1934 relativa al bilancio del 1934 abbia autorizzato il Governo - con decreti deliberati in Consiglio dei Ministri e controfirmati dal Presidente del Consiglio e dal Ministro delle finanze - a prendere misure anche contrarie alle leggi esistenti per garantire equilibrio di bilancio fino al 30 giugno 1934, decreti che dovevano essere ratificati entro il 31 ottobre 1934.

Alla luce di queste prassi si può tranquillamente affermare che sul finire della III Repubblica il ricorso al trasferimento da parte del Parlamento di poteri normativi all'Esecutivo fosse divenuto il modo abituale di governare.

3. Il dibattito dottrinario sulla delega legislativa tra XIX e XX secolo: dalla teoria del mandato di matrice privatistica alle concezioni relative alla sua inammissibilità

Uno dei nodi teorici che il dibattito si trovò ad affrontare fu quello relativo al superamento delle concezioni che avevano dominato nel corso del XIX secolo in tema di delegazione di poteri legislativi e in virtù delle quali il riconoscimento di estesi poteri all'Esecutivo al di là del normale potere di esecuzione delle leggi, aveva seguito le teorie del mandato di diritto privato, applicandole al diritto pubblico, soprattutto in relazione ai poteri conferiti al Presidente della Repubblica e in particolare in relazione a quelli accordati fino alla prima guerra mondiale in materia di regolamenti di amministrazione pubblica – che costituirono l'oggetto principale del dibattito dottrinario dell'epoca - ma anche, in parte, ai regolamenti in materia coloniale[27]. Fu in virtù della teoria della delegazione dei poteri dominante nel XIX fino agli inizi XX secolo (1907)[28] che la giurisprudenza ammise

[27] *Ivi,* 152.

[28] CE, Arrêt 6 décembre 1907, n. 4244: «..*Considérant que, si les actes du chef de l'Etat portant règlement d'administration publique sont accomplis en vertu d'une délégation législative et comportent en conséquence l'exercice dans toute leur plénitude des pouvoirs qui ont été conférés par le législateur au Gouvernement dans ce cas particulier, ils n'échappent pas néanmoins, et en raison de ce qu'ils*

il trasferimento di poteri dal Legislativo all' Esecutivo. Questa teoria sarà poi abbandonata dai giuristi ma anche dalla giurisprudenza che pur mantenendo nelle sue decisioni il termine *délégation* lo utilizzerà ormai svuotato del suo significato originario.

Vale solo il caso qui di ricordare come l'applicazione al diritto pubblico delle regole del mandato di diritto privato comportavano, sul piano giuridico, che l'atto emanato dalla autorità delegata avesse lo stesso carattere di quello emanato dall'autorità delegante e ne rivestisse quindi la stessa forza. Di conseguenza, i decreti emanati dal Presidente della Repubblica in virtù di una delega legislativa venivano considerati atti aventi forza legislativa (anche senza ratifica). Dal punto di vista pratico ne discendeva l'impossibilità per questi decreti di essere oggetto, come per le leggi, di un ricorso per annullamento di fronte al Consiglio di Stato, rendendo così inattaccabile la decisione dell'Esecutivo nell'esercizio della delega, salvo l'eccezione di un controllo svolto dal Consiglio di Stato per il quale non veniva escluso un potere di apprezzamento sul principio di legalità *ex ante*[29]. In particolare, ciò fu ammesso perché, di fatto, a lungo la dottrina e la giurisprudenza del Consiglio di Stato avevano riconosciuto la natura mista del regolamento di amministrazione pubblica, avente al tempo stesso carattere legislativo – potendo intervenire sulla base di una disposizione speciale di legge che gli poteva conferire poteri di natura legislativa - ma anche carattere amministrativo, in quanto contenente prescrizioni ricadenti normalmente nelle attribuzioni del potere Esercutivo: argomentazioni che portavano a considerare tali regolamenti non assoggettabili ai ricorsi per eccesso di potere.

Nel corso del XIX secolo la teoria del mandato del diritto privato venne dunque adattata al diritto pubblico, avallata anche dalla dottrina dell'epoca, concorde su questa idea. Félix Moreau[30] nell'opera *Le règlement administratif : étude théorique et pratique de droit public français* del 1902 elenca gli Autori che si rifacevano a tale impostazione cui egli stesso aderisce: da Blanche a Foucart, Rossi, Macarel, Aucoc, Ducrocq, Batbie, Dejamme, Simonet, Saint-Girons, Viviene, Locret. Moreau attraverso tale elenco certifica la diffusione, condivisa anche dalla giurisprudenza[31], nel XIX secolo, di questa corrente di pensiero[32] supportata da una prassi e dalla tradizione accettata dallo stesso Parlamento[33], ma avverte anche come essa tra la fine degli XIX secolo e gli inizi del XX secolo cominci ad essere vivamente contestata da alcuni insigni giuristi come Esmein, Berthélemy e Hauriou.

émanent d'une autorité administrative, au recours prévu par l'article 9 précité ; que, dès lors, il appartient au Conseil d'Etat statuant au contentieux d'examiner si les dispositions édictées par le règlement d'administration publique rentrent dans la limite de ces pouvoirs».

[29] Cfr. A. PICHAT, *Les décrets en matière législative*, cit., 181.

[30] F. MOREAU, *Le règlement administratif: étude théorique et pratique de droit public français*, cit., 185.

[31] *Ibidem.*

[32] Cfr. in particolare A.-F. VIVIEN, *Études administratives*, vol. 1, Paris, Guillaumin et cie, 1852, 314; A. BATBIE, *Traité théorique et pratique du droit public et administratif*, 2e éd., t. III, Paris, Larose et Forcel, 1885, 68; L. AUCOC, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, t. I, 3e éd., Paris, Ch. Dunod, 1885, 124; É. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. II, Paris, Berger-Levrault, 1888, 10-11; L.-A. MACAREL, *Cours de droit administratif professé à la faculté de droit de Paris*, Paris, G. Thorel, 1844, t. I, 55.

[33] F. MOREAU, *Le règlement administratif: étude théorique et pratique de droit public français*, cit., p. 193: «Tels sont les faits – scrive Moreau - Tel est la tradition. Leur force est si grande qu'il paraît impossible de repousser l'idée d'une délégation législative. Si elle devait être écartée, le Parlement en éprouverait».

Proprio questi Autori iniziarono, infatti, ad evidenziare le crepe della teoria del mandato di matrice privatistica sottolineando come questa fosse inaccettabile per il sistema costituzionale moderno dal momento che la delega di poteri non poteva essere confusa con il mandato, né per la natura né per il rapporto che si stabilisce tra delegante e delegato. Si cominciò quindi a fare strada l'idea dell'impossibilità della delega quale diretta conseguenza della natura stessa del potere legislativo il quale non è nella disponibilità delle autorità pubbliche, tanto più in assenza di esplicite previsioni costituzionali. Essi, inoltre, dimostrarono con particolare perentorietà che in diritto pubblico il potere non potesse essere delegato. Negando quindi l'applicabilità in diritto pubblico della teoria civilistica del mandato, contribuirono, al tempo stesso, ad affermare con forza l'autonomia del diritto pubblico e del diritto amministrativo rispetto al diritto privato[34].

Quella che si andò affermando in quel periodo fu una nuova generazione di giuristi rappresentata da Duguit, Esmein, Berthélemy, Hauriou, Jèze, Rolland ed altri che cominciò a segnare una nuova fase della scienza del diritto costituzionale[35], con la quale il radicamento dei valori della Repubblica[36] passarono, da un lato, attraverso l'esaltazione dei principi della Rivoluzione francese del 1789, in primis quello di superiorità della legge, dall'altro, attraverso il rigetto del potere personale[37], di cui il potere regolamentare esercitato dall'Esecutivo veniva considerato espressione, una «héritage légicentriste» che avrebbe lasciato «une marge bien étroite à l'épanouissement du pouvoir réglementaire»[38] determinando quella sorta di *hantise républicaine*[39] nei suoi confronti.

Questi Autori unanimemente, anche se con sfumature diverse, negli anni affermarono, la non delegabilità del potere legislativo in quanto il Parlamento non avrebbe potuto delegare un potere di cui è investito in nome della sovranità avendone solo l'esercizio ma non la disponibilità. Al tempo stesso – come si vedrà più avanti – avanzò l'idea che il Parlamento potesse in certa misura attribuire competenze al Governo per l'emanazione di regolamenti su materie riservate al Legislativo.

Il primo ad intervenire con particolare vigore nel dibattito fu Esmein, il quale giungendo allo studio del diritto costituzionale dalla storia del diritto coglieva nell'esperienza storica la chiave interpretativa per lo studio degli istituti del diritto

[34] A. PICHAT, *Les décrets en matière législative*, cit., 164.

[35] Cfr. M. GALIZIA, *Profili storico-comparativi della scienza del diritto costituzionale*, in *Archivio Giuridico "Filippo Serafini"*, n. 1-2, 1963, p. 9 ss.

[36] Sul modello repubblicano della III Repubblica cfr. C. NICOLET, *L'idée républicaine en France: 1789-1924: essai d'histoire critique*, Paris, Gallimard, 1982; S. BERSTAIN, O. RUDELLE (a cura di), *Le modèle républicain*, Paris, Puf, 1992; N. TENZER, *La République*, Paris, Puf, 1993.

[37] É. QUINART, *Le pouvoir réglementaire, hantise républicaine*, cit., p. 129.

[38] *Ivi*, 130.

[39] *Ivi*: «..cette hostilité au pouvoir réglementaire – scrive l'A. - est un véritable leitmotiv de l'idée républicaine, ce système de valeurs, plus ou moins partagé, structurant, plus ou moins consciemment, l'imaginaire républicain depuis la Révolution française et dans lequel s'enracine la République parlementaire à partir de la fin du XIXe siècle. Si le pouvoir réglementaire fait traditionnellement figure de hantise républicaine, c'est qu'il s'apparente à une activité de législation exercée, non par le Parlement, mais par l'Exécutif. Or, la République parlementaire se bâtit dans l'exaltation de la loi et le rejet du pouvoir personnel. Ces héritages expliquent les montages censés rendre admissible le pouvoir réglementaire dans le constitutionnalisme républicain, et permettent de comprendre les résistances classiquement opposées aux tentatives de renforcement des prérogatives gouvernementales jusqu'en 1958».

costituzionale[40]. Egli espresse le proprie argomentazioni in un articolo dal titolo *De la délégation du pouvoir législatif* pubblicato nel 1894 sulla *Revue politique et parlementaire*, scritto in occasione della presentazione al Parlamento italiano di un progetto di legge da parte di Francesco Crispi per il conferimento al Re, sotto la responsabilità dei propri Ministri, di pieni poteri per la riorganizzazione dei pubblici uffici. Sebbene quel progetto di legge non sia poi mai stato approvato, Esmein criticando aspramente il tentativo del Governo italiano di richiedere la delega di potere legislativo - la quale se fosse stata accordata avrebbe rappresentato una vera e propria abdicazione da parte del Parlamento - colse l'occasione per esporre la propria posizione in tema di delega legislativa.

Esmein ritenne di doversi soffermare sulla questione considerata «un problème capital de droit constitutionnel»[41] per sottolineare come fosse impossibile per i Paesi con Costituzioni emanate in nome della Nazione sovrana - e che rappresentano le leggi fondamentali superiori alle leggi ordinarie, come nel caso della Francia e degli Stati Uniti, a differenza dei Paesi in cui non esistono Costituzioni rigide - ammettere una delega di potere legislativo. L'A. sottolineò come in questi Paesi le assemblee legislative non possono in alcun modo delegare al potere Esecutivo, neanche parzialmente e momentaneamente, poteri legislativi, allo stesso modo in cui esse non possono delegare altre funzioni costituzionalmente previste come la dichiarazione di guerra o l'approvazione dei trattati.

Secondo il ragionamento dell'A. i diversi poteri devono la loro esistenza e le loro attribuzioni solo alla Costituzione nella misura e alle condizioni da essa fissate e che «Le titulaire d'aucun de ces pouvoirs n'en a la disposition, mais seulement l'exercice»[42]. E dal momento che - argomentò Esmein - la Costituzione ha previsto poteri distinti e ripartito tra le diverse autorità le attribuzioni della sovranità, ciò non solo vieta implicitamente ma necessariamente che un potere possa trasferire ad un altro il proprio compito e la propria funzione, ma allo stesso modo vieta che uno dei poteri possa invadere un altro, né abdicare, anche momentaneamente, alla propria funzione in favore dell'altro perché questo significherebbe sostituire momentaneamente, per il tempo della delegazione, una Costituzione nuova a quella esistente, cosa contraria ai principi della sovranità nazionale, tradotta nelle Costituzioni scritte, e contraria al principio di separazione dei poteri. In una parola per Esmein tutto ciò «Ce serait sortir de la Constitution et par suite entrer dans la Révolution»[43].

---

[40] In tal senso *Ivi*, 9-11, il quale a proposito di Esmein magistralmente scrive: «Esmein, colui che l'Hauriou ebbe a definire *"notre maître à tous"*, giunge allo studio del diritto costituzionale dalla storia del diritto e affronta la nuova disciplina in una prospettiva storica. È proprio l'esperienza storica che a suo avviso dimostra che il giurista deve attenersi esclusivamente ai dati offertigli dall'ordinamento positivo senza sovrapporre ad esso presupposti di ordine sociologico e filosofico, in quanto è attraverso il lento svolgersi della civiltà che lo Stato moderno, che corona tale evoluzione, è venuto a porsi quale persona giuridica sovrana e ad essere quindi l'unico centro da cui promanano le norme giuridiche. L'interpretazione delle leggi positive deve avere luogo secondo alcuni princìpi desunti dalla considerazione storica degli istituti: la storia, infatti, come determina l'oggetto della scienza del diritto costituzionale, è l'unico elemento in grado di mostrare i nessi sistematici, rivelando lo spirito delle istituzioni, nei loro aspetti positivi e negativi, mettendo in luce *"le génie"* della costituzione».

[41] A. ESMEIN, *De la délégation du pouvoir législatif,* in *Revue politique et parlementaire,* 1894, t.1, 202.

[42] *Ivi*, 203.

[43] *Ibidem*.

Per negare che si potesse parlare di delega di potere legislativo, Esmein si soffermò in un passaggio sui regolamenti di amministrazione pubblica – sopra richiamati - ai quali, ben prima della III Repubblica, numerose leggi avevano rinviato per il loro completamento e la normazione di dettaglio. In questo caso – sottolineò Esmein – solo apparentemente sembra che il legislatore abbia delegato all'Esecutivo il potere legislativo, ma «En réalité il n'en est rien»[44], non solo, perché il regolamento di amministrazione pubblica non è una legge ed è emanato dall'Esecutivo, ma perché quest'ultimo trae il proprio potere non dalla legge che opera il rinvio ma dalla Costituzione stessa che riconosce il potere regolamentare all'Esecutivo[45]. Il legislatore decidendo dunque che una legge venga completata dal regolamento di amministrazione pubblica non fa altro che chiedere al titolare del potere esecutivo di utilizzare il suo potere regolamentare, che al contrario, - argomenta Esmein – verrebbe così addirittura limitato dal momento che tutti i regolamenti di amministrazione pubblica sono sottoposti all'Assemblea generale del Consiglio di Stato cosa che non accade per i regolamenti semplici. Per dimostrare inoltre che non potesse trattarsi di delega di potere legislativo Esmein sottolineò che se così fosse, allora, la natura dell'atto dovrebbe essere la stessa dell'atto del delegante ovvero una legge o, al massimo, un decreto-legge. Ma in tal caso - spiegò Esmein - non potrebbe, cosa che invece accade e non è certo messo in discussione, essere sindacata dai tribunali giudiziari che non operano il controllo di costituzionalità delle leggi, ma sono chiamati invece a valutare la legalità dei decreti in caso di giudizi contro chi li trasgredisce[46].

Le argomentazioni di Esmein - al netto di alcune critiche mosse in generale all'impostazione metodologica della sua analisi[47] - mostrarono la complessità e le sfumature di un dibattito che contrapponendosi, con una ferrea ricostruzione logica, a quello che aveva ammesso le prassi sviluppatesi nel corso del XIX secolo sui regolamenti di amministrazione pubblica.

Esmein, non fu l'unico ad esprimersi in tal senso perché altri insigni giuristi da Berthélemy a Hauriou, a Duguit, allo stesso Moreau, iniziarono a seguire la stessa impostazione. Ad essi, nel 1907, una volta abbandonata la vecchia teoria del mandato di natura privatistica si aggiunse anche il Consiglio di Stato – con l'*arrêt* del 6 dicembre, n. 4244[48] - il quale cominciò ad ammettere la ricevibilità dei ricorsi contro i regolamenti di amministrazione pubblica per eccesso di potere sebbene continuasse a fare ancora riferimento al concetto di delegazione.

Tutti gli Autori richiamati furono concordi nel ritenere vietata la delega di potere legislativo essendo il Parlamento il solo titolare della funzione legislativa e non potendo esso disporne dal momento che la Costituzione aveva conferito al Parlamento il potere

[44] *Ivi*, 211.
[45] *Ivi*, 212.
[46] *Ivi*, 213.
[47] Cfr. M. GALIZIA, *Profili storico-comparativi della scienza del diritto costituzionale*, cit., p. 11, il quale scrive: «L'Esmein, pur superando la fase esegetica, rimane legato ad un certo frammentarismo empirico e ad una limitatezza e staticità di inquadratura, che la sua sistematica storico-giuridica concettualmente poco sviluppata e dominata da una visione della storia astrattizzante ed apologetica non è in grado di eliminare».
[48] Cfr. la già richiamata sentenza alla nota 28.

legislativo non come un bene di cui poter disporre ma come una funzione da esercitare. In tal senso si espresse anche Henry Berthélemy[49], insigne amministrativista, il quale nel 1898 sulla *Revue politique et parlementaire*, due anni dopo Esmein, in un articolo sul potere regolamentare del Presidente della Repubblica, espressamente negò la delegabilità del potere legislativo: «Le pouvoir législatif - affermò Berthélemy - ne peut pas être délégué, même partiellement..On peut dire, en d'autres termes, que le pouvoir législatif attribué aux Chambres est une fonction que la Constitution leur confie, et non pas un droit qu'elle leur accorde. On peut bien transmettre un droit; on peut donner à un tiers mandate de l'exercer; mais on ne peut transmettre une fonction»[50]. Una posizione che l'A. ribadirà anche negli anni successivi quando nella 7ª edizione del *Traité élémentaire de droit administratif* del 1913 a proposito dei regolamenti di amministrazione pubblica scriverà: «On dit souvent que le réglements d'administration publique constituent une *législation secondaire* et on considere comme *une délégation du pouvoirs législatif* le mandat en vertu duquels ils sont faits. Cette manière de voir est en désaccord avec les principes de notre droit constitutionnel. Les Chambres n'ont pas la disposition du pouvoir législatif: elles n'en ont que l'exercice. Le pouvoir de faire la loi n'est un droit qu'on leur accordé, c'est une charge qu'on leur a confiée. Le pouvoir législatif ne saurait donc être délégué. En prescrivant au chef de l'Ètat de compléter une loi par un règlement d'administration publique, on ne lui confère pas un pouvori nouveu; on l'invite à faire usage, dans des conditions déterminées, du pouvoir qu'il tient de la Constitution»[51]. Il ragionamento, inoltre, per Berthélemy si spostava sul problema del controllo di legalità svolto dal giudice: « Si on assimilait le règlement à la loi – scrisse - on ne permettrait pas plus au juge de contester la légalité du règlement qu'on ne l'autorise à contester la constitutionnalité de la loi »[52].

Anche Hauriou sul finire del XIX secolo giunse a contestare l'idea della delega legislativa. Hauriou, insieme a Duguit, metodologicamente si indirizzò verso una «sistemazione scientifica che articol[asse] i vari punti attorno ad una teoria generale la quale venga così a formare il fulcro logico sistematico di tutta l'indagine», una teoria non «sviluppata sui soli dati offerti dall'ordinamento positivo ma risalendo dall'ordinamento posto alla base reale che lo sottende, individuando al di là dello Stato e della legge statale che non esprime in sé tutta l'esperienza giuridica, i fenomeni giuridici nel loro stesso sostrato sociale, che…è racchiuso nella *institution*»[53]. Così, nel volume *Précis de droit administratif : contenant le droit public et le droit administratif* del 1893 a tal proposito della delega scrisse: «En général, les assemblées déliberantes ne peuvent pas déléguer leur pouvoirs»[54], specificando che «En principe, la puissance publique conférée par le mandat électif ne se

[49] In tal senso v. H. BERTHÉLEMY, *Le pouvoir réglementaire du Président de la République*, in *Revue politique et parlementaire*, 1898, t. XV, 322-335; ID., *Traité élémentaire de droit administratif*, 7a edition, Paris, Arthur Rousseau,1913, 98.

[50] H. BERTHÉLEMY, *Le pouvoir réglementaire du Président de la République*, in *Revue politique et parlementaire*, cit., 323.

[51] H. BERTHÉLEMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, cit., 98.

[52] H. BERTHÉLEMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, Arthur Rousseau, 1900, 856-857.

[53] M. GALIZIA, *Profili storico-comparativi della scienza del diritto costituzionale*, cit., 11.

[54] M. HAURIOU, *Précis de droit administratif : contenant le droit public et le droit administratif* (2e édition), 1893, Paris, L. Larose et Forcel, 237.

délégue pas..L'Assemblée délibérante prise en corps, ne peut pas non plus déléguer son droit de décision»[55].

Alle soglie degli Anni Trenta, Hauriou – dimostrando «collegare la considerazione dell'esperienza reale a dei presupposti idealistici oggettivi»[56] - si avvicinò all'idea della delega concepita però nell'ottica di un adattamento alla necessità del diritto pubblico. Una posizione che lo porterà a sostenere che non vi è una impossibilità naturale a delegare alcune materie quando si esercita un potere a condizione che il potere a cui la materia viene delegata la regoli secondo le forme che gli sono proprie[57]. Applicando tale criterio generale ai rapporti tra Legislativo ed Esecutivo, ovvero al caso della delega in virtù della quale viene emanato un regolamento di amministrazione pubblica, l'A. precisò che dal momento che potere deliberante e potere esecutivo hanno modi diversi di esprimere la propria volontà, ne consegue che gli atti da essi emanati avranno diversa natura: per regolare la materia legislativa delegata interverrà quindi un atto regolamentare che è un atto amministrativo[58]. Seguendo tale percorso logico l'A. riaffermando, da un lato, l'impossibilità della delega legislativa, ammise invece la delega di materie: «La délégation des forms du pouvoir est impossible, mais la délégation des matières ne l'est pas, à la condition que le pouvoir à qui une matière est déléguée la règle avec la forme de volition qui lui est propre»[59].

Al concetto di delegazione di materie proposto da Hauriou fu riconosciuto il merito di chiarire i rispettivi ruoli di Legislativo ed Esecutivo: «La nouvelle expression du doyen Hauriou, "délégation de matières" offre, malgré l'objection que soulève le maintien du mot délégation (puisque nous savons que le pouvoir ne se délègue pas), un avantage réel: elle permet de voir nettement quel est le pouvoir avec lequel l'autorité, à qui a été déléguée une certaine matière, va la régler»[60].

La teoria della delegazione di materie secondo la quale è possibile per un soggetto giuridico affidare ad un altro soggetto giuridico una funzione che gli è propria, porterà dunque a concepire, sia a livello dottrinario che a livello giurisprudenziale, un tipo di delega volta ad ampliare il campo di intervento di un potere, ovvero la propria sfera di esercizio, senza mutare la natura dell'atto amministrativo emanato in virtù di questa delega.

Ad Hauriou fece eco Duguit[61] il quale, a proposito dell'ipotesi di regolamenti emanati su determinate materie dal Presidente della Repubblica sulla base di una competenza espressamente riconosciuta da una legge, respinse l'idea che potesse trattarsi di una delega legislativa. Richiamando Hauriou, Duguit considerava l'idea della delega legislativa «la plaie du droit constitutionnel français»[62]. E sebbene, nell'ipotesi presa in considerazione,

[55] *Ivi*, 268.
[56] M. GALIZIA, *Profili storico-comparativi della scienza del diritto costituzionale*, cit., 12.
[57] M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel* (2e éd.), Paris, 1929, Librairie du Recueil Sirey, 264.
[58] *Ivi*, 265.
[59] *Ibidem*.
[60] A. PICHAT, *Les décrets en matière législative*, cit., 168.
[61] L. DUGUIT, *Manuel de droit constitutionnel: théorie générale de l'Etat, organisation politique*, Paris, Fontemoing 1918, 506.
[62] *Ibidem*.

Duguit abbia riconosciuto ai regolamenti così emanati la natura di atti "materialmente legislativi" - i quali privi di fondamento legislativo non sarebbero potuti essere deliberati - negò si potesse parlare di delega legislativa. Anche Duguit arrivò ad affermare che il Parlamento non è il titolare di un preteso potere legislativo ma è solo titolare di una competenza che non si può trasmettere perché «la competence n'est pas un droit qui se trasmet» ma «c'est un pouvoir qui le législateur peut modifier, et tout ce qu'on peut dire ce que le parlement donne competence au gouvernement pour faire de règlements dans des cas où sans cela il n'aurait pas eu cette competence»[63].

Duguit, come Hauriou, cominciò quindi a parlare di estensione delle competenze: « Je dis compétence attribuée par le législateur et non pas délégation législative..Le Parlement... ne délègue pas un droit qu'il n'a pas et que, par conséquent, il ne peut déléguer, mais détermine une compétence, étend la compétence ordinaire du Président de la République»[64]. Duguit osservava come si stesse producendo in quegli anni un'evoluzione nel diritto costituzionale volto alla creazione della regola per cui il legislatore può sempre, in una materia qualunque, concedere al Governo competenze per emanare un regolamento [65]. Egli fondò le proprie argomentazioni partendo dall'osservazione dell'evoluzione costituzionale della III Repubblica: il Parlamento non poteva, da solo, far fronte a tutto, perciò ammise il trasferimento di competenza, - non prima di averne ravvisato la possibile incostituzionalità – subordinandolo però a precise condizioni. In primo luogo, per Duguit la materia non doveva essere attribuita al Parlamento dalla Costituzione, dalla legge scritta o dalla consuetudine. In secondo luogo, l'attribuzione di competenza doveva essere speciale e determinata per l'oggetto e la durata. Infatti Duguit nel ritenere essenziale ammettere la costituzionalità dell'estensione del potere regolamentare – che egli ribadirà in un articolo apparso nel 1924 sulla *Revue du droit publi*[66], riconfermando la sua negazione del concetto di delega legislativa[67] – lo fece ma a patto che questa non vertesse su materie costituzionalmente riservate al Legislativo e che restasse "speciale" e "determinata"[68] in modo da non comportare qualsivoglia alterazione dei rapporti tra Legislativo ed Esecutivo.

Sull'attribuzione di materie da parte del Parlamento al Governo altri Autori si espressero in quegli anni.

---

[63] *Ibidem*.

[64] L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel,* 3e édition en cinq volumes. t. 3., Paris, E. de Boccard, 1928.

[65] L. DUGUIT, *Manuel de droit constitutionnel: théorie générale de l'Etat, organisation politique,* cit., 507.

[66] L. DUGUIT, *Des règlements faits en vertu d'une compétencedonnée au gouvernement par le législateur*, in *Revue du droit publi*c, 1/1924, 313-349.

[67] *Ivi*, 315-318.

[68] *Ibidem*: «Rien – scrive Duguit - ne s'oppose à ce que le parlement confère compétence au gouvernement de faire un règlement sur une matière que la constitution n'a pas expressément réservée au pouvoir législatif, à la condition toutefois que ce règlement ni n'abroge, ni ne modifie, ni ne suspende une loi formelle» (322). E ancora: «Mais il reste à bien marquer que ces décisions des chambres ne sont constitutionnellement valides que sous une condition indispensable, sous la condition que l'attribution de compétence qu'elles contiennent soit spéciale et déterminée. Une attribution générale des compétence réglementaire au gouvernement sur des matières législatives serait certainement contraire à la constitution, quelles soient les circonstances dans le quelles elle interviendrait» (335).

Rolland[69] rifacendosi alle leggi costituzionali scritte ma anche dalla "consuetudine costituzionale" operò una distinzione tra materie riservate dalla Costituzione al legislatore e le materie che non rientravano nella competenza del legislatore se non per volontà del Parlamento. Alle prime il Parlamento non avrebbe potuto in alcun modo abdicare – trasferendo ad esempio poteri al Presidente della Repubblica - senza violare la Costituzione. Per quanto riguarda le materie non espressamente riservate al Parlamento Rolland ammise un'attribuzione di competenza limitata nel tempo, definendo successivamente il suo pensiero con riferimento alla possibilità di attribuire competenze limitate ma in tempo di guerra o di crisi e criticando vivamente le leggi redatte in termini vaghi ed imprecisi tali da essere interpretate come un conferimento di poteri al Presidente della Repubblica[70].

Anche Jèze[71] intervenne nel dibattito con una posizione che sembrò molto meno rigorosa[72]: per l'A. il Parlamento poteva disporre un'attribuzione di competenze a condizione che questa non costituisse oggetto di disposizioni costituzionali. Quello che il Parlamento non avrebbe potuto fare era conferire un'attribuzione generale.

Qualche anno più tardi intervenne nel dibattito anche Roger Bonnard il quale in un articolo apparso sulla *Revue du droit public* del 1927 relativo ai decreti del ministero Poincaré emanati in virtù della legge del 3 agosto 1926[73], a proposito dell'estensione del potere regolamentare operata dalla legge, si mostrò convinto della possibilità di conciliare tale estensione con i principi generali del diritto pubblico dell'epoca evitando di ricorrere al concetto di delega legislativa: «J'indique simplement, sans pouvoir développer complètement ce point de vue, que les difficultés soulevées par ce pouvoir réglementaire au point de vue juridique ne me paraissent pas insurmontables. Il n'est pas impossible de le concilier avec les principes. Le fait que le décret vient modifier une loi et ensuite ne peut être modifié que par une loi, s'explique de la façon suivante. Pour éviter les erreurs et les confusions, il faut partir de cette idée qui est essentielle en la matière et qui consiste en ceci. Le Gouvernement a compétence pour légiférer concurremment avec le Parlement. Cette compétence résulte d'une coutume constitutionnelle qui a son origine dans l'article il de la constitution del'an VIII. Mais le Parlement est maître de déterminer le domaine dans lequel pourra s'exercer cette compétence du Gouvernement. C'est là ce qui reste de

[69] Cfr. L. ROLLAND, *Le pouvoir réglementaire du Président de la République en temps de guerre et la loi du 10 février 1918*, in *Revue du droit public*, 1918, 542-580; ID., *Le projet du 17 janvier et la question « des décrets-lois»,* in *Revue du droit public*, 1924, 42-74.

[70] L. ROLLAND, *Le projet du 17 janvier et la question « des décrets-lois»,* cit., 54: «A notre avis, en effet, - scrive Rolland - il n'y a pas à distinguer au point de vue de leur force entre les lois constitutionnelles écrites et celles qui ne le sont pas. Elles s'imposent toutes au respect du Parlement. Est donc juridiquement incorrecte tonte loi chargeant le. Président de la République de régler par décret des matières réservées au Parlement par la constitution écrite ou la coutume constitutionnelle. Est de même incorrecte toute loi rédigée en ternies tellement généraux et imprécis qu'elle devrait être interprétée comme conférant au Président de la République un pareil pouvoir. Restent les matières qui, à un certain moment, se trouvent réservées au Parlement à raison d'une disposition expresse d'une loi ordinaire ou tout simplement parce qu'une loi ordinaire y a touché. Pour celles-là et pour celles-là seules, le renvoi au chef de l'Etat du soin de les régler est admissible juridiquement».

[71] G. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif*, t. I, Paris, M. Giard, 1925, 361.

[72] A. PICHAT, *Les décrets en matière législative*, cit., 175.

[73] R. BONNARD, *Les décrets-loi du ministère Poincaré*, in *Revue du Droit Public*, 1927, t. 1, 248-288.

ce monopole de la fonction législative an profit du Parlement que comportait la conception révolutionnaire de la séparation des pouvoirs»[74].

Partendo quindi da tale presupposto, l'A. ammise che il Parlamento potesse estendere o restringere il potere regolamentare: estendendolo quando ritenesse che una determinata materia potesse essere regolata per decreto, o quando autorizzasse il decreto a modificare la legge; e restringendolo quando decidesse di regolamentare una materia precedentemente regolata da un decreto o quando stabilisse che un decreto non potesse essere modificato se non mediante legge. L'A. riconobbe dunque al Parlamento il potere di operare dei semplici spostamenti da un "domaine" all'altro in virtù delle prerogative riconosciute al potere legislativo stesso: «C'est, ainsi qu'il n'y a plus lieu de recourir dans aucun cas à l'idée de délégation»[75].

Alla luce di quanto suesposto, si può affermare che tra gli inizi degli Anni Venti e gli Anni Trenta del XX secolo il rifiuto del concetto di delega legislativa era ormai un fatto acquisito ma, insieme ad esso, quello relativo all'ammissibilità della prassi di affidare all'Esecutivo la regolamentazione di un determinato novero di materie.

E in quel periodo non si sottrasse al dibattito Carré de Malberg, uno dei teorici della sovranità parlamentare, nel cui autorevole pensiero si coglie tutta la complessità e al tempo stesso la sintesi della questione in un momento in cui l'attenzione della dottrina sembrava, - a differenza del dibattito degli anni a cavallo tra XIX e XX secolo che aveva fatto per lo più riferimento ai regolamenti di amministrazione pubblica e al perimetro del potere regolamentare dell'Esecutivo -, cominciare a spostarsi sull'ammissibilità dell'emanazione dei decreti-legge come regolamenti di amministrazione generale, in virtù delle leggi approvate dal Parlamento (v. sopra).

In primo luogo, anche Carré de Malberg - «che mira[va] a fondere gli insegnamenti della dommatica germanica con i principi derivanti dalla tradizione della Rivoluzione francese, che per lui si incentra[va]no nella sovranità nazionale di cui.. [riteneva fossero] diretta espressione nella costituzione del 1875 solo le Camere rappresentative»[76] - fedele all'impostazione positivistica che lo ha sempre animato[77], ne la *Contribution à la théorie générale de l'État* non mancò di sottolineare che i principi generali del diritto pubblico francese si opponevano alla possibilità di una delega di potere legislativo fatta dalle Camere al Capo dell'Esecutivo. Anche per Carré de Malberg, come negli Autori prima di lui, le Camere non avevano la proprietà della potestà legislativa ma disponevano solo del suo esercizio in nome e per conto della Nazione, la sola sovrana, attraverso la Costituzione. Richiamando Esmein, Carrè de Malberg negò quindi la possibilità di concepire la delega

[74] *Ivi*., 250-251 (nota 1).

[75] *Ivi*, 251.

[76] M. GALIZIA, *Profili storico-comparativi della scienza del diritto costituzionale*, cit., 13.

[77] Sul positivismo giuridico di Carré de Malberg cfr. il prezioso contributo di M. GALIZIA., *Il "positivisme juridique" di Raymond Carrè de Malberg*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2, 1973, 335-509; Vd. inoltre R. CAPITANT, *La Réforme du Parlementarisme*, Paris, Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1934; ID., *Carrè de Malberg et le régime parlementaire,* in *Centenaire de Carrè de Malberg, Journées d'études*, Paris, Dalloz, 1966. Su Carré de Malberg e l'interpretazione monista della III Repubblica v. P. PICIACCHIA, *La forma di governo della IV e V Repubblica. Recenti trasformazioni e caratteri del costituzionalismo francese*, Milano, Giuffrè, 1998, 16 ss.

legislativa: «On peut exprimer – scrive Carré de Malberg ne *La Contribution* – la même idée en disant que le Parlement ne tirepas de lui- même sa puissnce législative, mais il la tient de la Nation par l'intermédiare de la Constitution. Or, la Constitution, en déférant aux Assemblées l'exercice du pouvoir législatif (loi du 25 février 1875) les ériges en organes législatives de la Nation: elle leur confère non un droit dont elles sont maîtresses de disposer, mais une competence constitutionnelle. Il serait contraire à la Constitution que l'organe désigné par elle pour l'exercice d'une fonction pût se décharger de sa tache en substituent un autre organe qu'il désigerant lui-même. Préposées par la Constitution nationale à l'exercice de la puissance législative, les Chambres doivent remplir cette fonction dans le formes et conditions fixeés par la Constitution elle-même: elles ne peuvent donc déléguer leur compétence à un autre organe de leur choix. Seule, la nation pourrait faire un telle délégation par un acte de pouvoir constituant»[78].

Se queste riflessioni in un primo momento sembrarono escludere la possibilità di ricorrere ai decreti-legge, l'argomentazione in virtù della quale l'unico limite al potere legislativo è rappresentato dalla Costituzione[79] lo porterà nel tempo ad ammetterne l'esistenza. Infatti, non avendo la Costituzione previsto alcuna esplicita riserva di legge per determinate materie essa, di fatto, non impediva al legislatore di ricorrere ad "*habilitations réglementaires*"[80]. Egli scriverà infatti ne *La loi expréssion de la volonté générale*: « Si la Constitution n'a pas pu imposer à la loi, c'est-à-dire à la volonté générale, de limites infranchissables quant à sa matière éventuelle et par rapport à la matière spéciale des réglements, elle a été conduite pareillement par le concept actuel de la puissance législative parlementaire à s'écarter du système qui consiste à établir une réserve de matières en faveur de la loi et à l'encontre du pouvoir réglementaire »81.

Nel sottolineare come la volontà generale non potesse ammettere alcun tipo di ostacolo, Carré de Malberg rintracciò proprio nel potere assoluto del Parlamento la piena facoltà di ricorrere – se e ove necessario – al potere regolamentare dell'Esecutivo per disciplinare determinate materie nel quadro fissato da una legge di autorizzazione[82]. Per Carré de Malberg, risiedeva proprio nella sovranità stessa del Parlamento, in virtù della volontà generale che esso rappresentava, poter autonomamente decidere di legiferare

[78] R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, cit., 592.
[79] R. CARRÉ DE MALBERG, *La loi expréssion de la volonté generale,* cit., 87.
[80] *Ibidem*.
[81] *Ibidem*.
[82] *Ibidem*: « La volonté générale – afferma Carré de Malberg - n'admet point d'obstacles de cette sorte. Un Parlement qui passe pour représenter cette volonté ne doit point rencontrer d'empêchements, lors il décide de se servir, aux fins qu'il juge utiles, de la fonction réglementaire compris dans le pouvoir exécutif. C'est la souveraineté même de la volonté dont il est le représentant qui fait que le Parlement doit pouvoir, à son choix et en toute matière, ou bien légiferer intégralement par lui-même, ou bien charger l'Exécutif de statuer par décret dans la mesure déterminante par la loi d'habilitation. Obéissant instictivement à cette idée de la puissance absolue inhérente à la volonté générale, la Constitution de 1875 s'est abstenue de définir la matière du pouvoir présidentiel autrement que par une condition d'"exècution de lois' De même qu'elle avait reconnu au Parlement une puissance législative dont la matière est illimitée, de même elle lui a laissé la liberté de pousser ses habilitations réglementaires aussi loin qu'il le crorait opportun….En somme, il résulte du silence gardé par la Constitution de 1875 sur la matière respective de la loi et du règlement, qu'il dépend du Parlement de déterminer, par ses lois d'habilitation, soit les objets qui pourront être traités par la voie réglementaire, soit aussi l'importance et l'étendue des mesures qui, sur chacun de ses obiets, pourront être edictés par des décrets présidentiels ».

integralmente su tutte le materie oppure di avvalersi dell'Esecutivo. È seguendo la logica del potere assoluto della volontà generale che Carré de Malberg spiegò le ragioni per le quali le leggi costituzionali del 1875 non abbiano definito altro potere presidenziale in ambito legislativo che quello di esecuzione delle leggi[83]. In tal senso, avendo la Costituzione riconosciuto al solo Parlamento un potere illimitato in campo legislativo, esso era libero di disporne e di poter spingere le proprie "habilitations *réglemetaires"* tanto lontano quanto esso ritenesse opportuno. In tal modo veniva riconosciuto il fondamento costituzionale dei decreti-legge e contestualmente veniva negato che essi fossero espressione di una delegazione di potere legislativo: all'Esecutivo infatti, nel quadro di una "loi d'habilitation", poteva essere delegata solo la facoltà di emanare atti di natura regolamentare tali dunque da non rappresentare una delega di tipo legislativo[84].

4. La natura giuridica dei decreti in materia legislativa

Una volta acquisita sul piano piano giuridico, in un contesto di negazione del concetto di delega legislativa, l'idea dell'ammissibilità e costituzionalità della *délégation des matières* (Hauriou) o delle *habilitations règlementaires* (Carré de Malberg) attraverso la quale il Parlamento poteva attribuire al Governo la competenza di emanare regolamenti su materie ad esso riservate, un profilo ad esso strettamente connesso, approfonditamente indagato dalla dottrina fu quello relativo ai cosiddetti *décrets-lois* o, per meglio dire, dei "decreti in materia legislativa"[85], la cui emanazione era ormai diventato un tratto distintivo

[83] Vedi sopra nota 7.

[84] R. CARRÉ DE MALBERG, *La loi expréssion de la volonté generale,* cit., 86-87: «Quand une Constitution part de l'idée que le Parlement a la puissance de formuler par ses lois la volonté générale, il est manifeste, d'abord, qu'elle ne peut plus songer à assigner à la législation une matière déterminée. Car la volonté générale est indéfiniment libre d'exercer sa primauté sur tous les objets qu'elle entend régler: il n'est pas de matière qu'elle ne puisse évoquer pour y appliquer ses décisions maîtresses; quand encore elle se serait dessaisie, sur tel ou tel point, de son pouvoir régulateur, elle demeure toujours capable de reprendre, sur ce point, la compétence qu'elle avait précédemment concédée à une autorité subalterne. Comme représentant national, le Parlement dispose donc, sous le nom de pouvoir législatif, d'une faculté de statuer qui s'étend à toutes les matières quelconques relativement auxquelles il tient à émettre des prescriptions par lui-même, de façon à conférer à ces dernières la valeur supérieure qui s'attache à toute volonté par lui exprimée. Ainsi s'explique que la Constitution de 1875 n'essaie aucunement de définir le pouvoir législatif par son domaine matériel: elle ne le définit que par la formule qui dit qu'il est exercé par les Chambres, ce qui revient à dire qu'il prend sa consistance dans la puissance générale et indéfinie d'expression de la volonté nationale qui appartient aux Chambres en raison de leur caractère de représentation».

[85] Merita qui specificare che l'utilizzo del temine decreto-legge era considerato controverso per la stessa dottrina dell'epoca, in quanto ritenuto, non a torto, attribuibile correttamente solo ad atti adottati storicamente in determinate circostanze sotto i governi autoritari, come quello di Napoleone ad esempio, oppure durante i cambi di regime da parte dei governi provvisori. Questi decreti legislativi adottati dal potere esecutivo in assenza di un regolare funzionamento del potere legislativo – secondo la dottrina - non avevano nulla a che fare con i decreti in materia legislativa oggetto del dibattito. Veniva, altresì, contestata anche l'espressione di decreti di pieni poteri che si applicano in tempo di guerra quando il governo è costretto a regolare questioni urgenti che in tempi normali sarebbero state regolamentate da leggi oppure nei casi in cui il potere sia stato conferito da una legge in determinate circostanze o in caso di assunzione di pieni poteri per la difesa dello Stato. Cfr. in tal senso L. DUGUIT, *Des règlements faits en vertu d'une compétencedonnée au gouvernement par le législateur*, in *Revue du droit public*, cit., 313-314; cfr. altresì A. PICHAT, *Les décrets en matière législative*, cit., 149 ss.: «Cette expression nous semble, de plus, - scrive l'A. – devoir être écartée car elle paraît signifier que le gouvernement prend ces décrets dans la plenitude du pouvoirs législatif, ce qui nous, le verrons, est une erreur. Nous nous en tiendrons, par conséquent, à la dénomination: décret en matière législative, qui, moins

dell'attività di governo nel XX secolo. Così, alle discussioni relative all'estensione del potere regolamentare dell'Esecutivo nell'emanazione dei regolamenti di amministrazione pubblica sviluppate e ammesse dalla dottrina amministrativistica e costituzionalistica a partire dal XIX secolo, cominciarono ad affiancarsi nel XX secolo quelle sulla natura dei regolamenti di "amministrazione generale in materia legislativa", adottati sulla base di leggi di autorizzazione (v. sopra, par. 2).

Una volta riconosciuta la costituzionalità dell'attribuzione di competenze e la legittimità delle leggi che conferivano tali poteri all'Esecutivo il dibattito si concentrò sul profilo relativo alla natura di questi atti. In maniera consequenziale rispetto alle concezioni relative all'attribuzione di competenze all'Esecutivo, la dottrina sembrò unanimemente orientata - sia pure nella diversità di impostazioni - nel definirli atti amministrativi di natura regolamentare[86]. La natura giuridica dei decreti-legge veniva infatti definita in base al criterio organico, cioè alla natura dell'autore che li metteva in essere, vale a dire il Governo. Le argomentazioni si basavano sul presupposto dell'attribuzione di competenze. Dal momento che il potere Esecutivo – si argomentava - riceve da una legge attribuzioni in materia legislativa, gli atti emanati nell'esercizio di tale incarico non diventano atti legislativi perché il potere Esecutivo non diviene potere Legislativo; semplicemente le questioni assegnate al Governo vengono declassate e diventano esecutive per determinazione della legge. Di conseguenza gli atti sono atti del potere Esecutivo anche se devono essere sottoposti a ratifica e tali rimangono fino a che la ratifica da parte del Parlamento non sia intervenuta. Infatti, dal momento che si estendono i poteri dell'organo (il Governo) ma non la natura dei propri atti, la conseguenza logica del riconoscimento della natura regolamentare è che essi sono soggetti al ricorso giurisdizionale per il controllo di legalità.

In tal senso si esprime Duguit il quale fa discendere la natura regolamentare dei decreti emanati in virtù di una legge proprio dal rifiuto dell'idea di delega legislativa che, al contrario, se ammessa porterebbe a considerazioni diverse: «Les règlements faits par le président de la République – scrive Duguit – en vertu d'une compétence à lui spécialement et expressément donnée par le législateur restent des règlements. C'est la conséquence directe et nécessaire de ce que, comme je l'ai montré, il n'y a pas, à proprement parler, délégation législative. S'il y en avait une, le gouvernement serait mis aux lieu et place du parlement; la décision prise par le gouvernement en vertu de cette délégation serait une véritable loi formelle puisque le propre de la délégation c'est que l'acte fait par le délégué est comme s'il était fait par le délégant. Par conséquent, s'il y avait délégation, l'acte du

frappante pour l'esprit, moins expressive que les deux autres, a sur elles l'avantage de dire exactement ce qu'elle veut dire et de correspondre à la réalité sans la déformer» (151).

[86] Sulla natura amministrativa dei decreti-legge e sul controllo di legalità svolto dal Consiglio di Stato durante la III Repubblica cfr. L. FAVOREU-P.GAIA-R.GHEVONTIAN-J.L.MESTRE-O.PFERSMANN-A.ROUX-G.SCOFFONI, *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2002, 675 : «Cette qualification a presenté à l'époque, - si legge - l'insigne avantage de rendre justiciable du contrôle de légalité – dont le Conseil d'État avait alors le monopole – des actes normatifs qui, autrement qualifies – on aurait pu prendre l'option (comme cela a été fait plus tard en Italie) de les considerer, à raison de leur contenu, comme de véritable 'actes législatifs' du Gouvernement – auraient échappe à tout contrôle juridictionnel ».

président de la République serait inattaquable, tout recours contentieux serait irrecevable contre lui. il n'en est point ainsi. Le président de la République, sans doute, reçoit de la loi une compétence réglementaire qu'il n'aurait pas autrement; l'acte qu'il fait est et reste un règlement»[87].

Una posizione, fedele all'*esprit de géometrie*, dalla quale Duguit ha avuto il pregio di far discendere, altresì, l'assoggettabilità dei regolamenti di amministrazione generale ai ricorsi amministrativi, in primis sotto il profilo dell'eccesso di potere: «C'est en qualité d'organe administratif qu'il [il Presidente]agit, et le règlement qu'il fait dans ces conditions est susceptible d'être attaqué par toutes les voies de droit recevables contre tous les règlements, particulièrement le recours pour excès de pouvoir»[88].

Anche Rolland[89] gli fece eco ribadendo che i decreti regolamentari non sono altro che atti amministrativi la cui natura è determinata dall'autore dell'atto sebbene il contenuto sia materialmente legislativo, caratterizzato dalla generalità e sul quale sarebbe potuto intervenire il Parlamento.

In quegli anni divenne ormai un fatto acquisito che tali indirizzi si potessero applicare non solo ai regolamenti di amministrazione generale, ovvero ai decreti in materia legislativa prima della ratifica ma altresì a quelli di amministrazione pubblica che, come si è già detto, avevano costituito l'oggetto principale nel XIX e agli inizi del XX secolo del dibattito sull'estensione del potere regolamentare dell'Esecutivo, in particolare sulla natura delle competenze del Capo dello Stato, nonché e a quelli coloniali.

Il riconoscimento della natura amministrativa di tali atti comportò l'emergere di ulteriori profili. In primo luogo, si pose il problema relativo alla possibilità di atti di natura regolamentare di modificare leggi anteriori mettendo così in discussione il principio di superiorità della legge sui regolamenti. In effetti, i decreti in materia legislativa, benché rimanessero atti di natura amministrativa, ricevevano, di fatto, un potere uguale a quello della legge, essendo abilitati, se necessario, a fare quello che avrebbe fatto la legge, ovvero derogare, modificare, abrogare un altro testo di legge. Ciò pose anche la questione dei limiti che dovevano essere contenuti nella legge. Spesso erano le stesse leggi che autorizzavano i decreti ad abrogare e modificare numerosi testi, come nel caso delle leggi del 22 marzo 1924 e del 3 agosto 1926 relative alle riforme e semplificazioni amministrative per la limitazione delle spese, e dell'art. dell'art. 36 della legge finanziaria del 28 febbraio 1934 che autorizzavano misure per il mantenimento dell'equilibrio finanziario.

Rolland risolse la contraddizione osservando che quanto il legislatore conferisce la competenza al potere Esecutivo di emanare decreti in materia legislativa, rimuove il

[87] L. DUGUIT, *Des règlements faits en vertu d'une compétencedonnée au gouvernement par le législateur,* cit., 339.

[88] *Ibidem.*

[89] L. ROLLAND, *Précis de droit administratif*, Paris, Dalloz, 1932, 121: "De quelque manière qu'il se présente, le décret réglementaire – scrive Rolland - n'est jamais qu'un acte administratif. Au fond, dans sa nature, il ressemble bien à une loi, car il règle des points qui auraient pu être tranchés par la loi, et il est général comme la loi. Mais ce qui donne en droit positif français, à un acte, sa nature, c'est l'autorité dont il émane. Ici, l'auteur du décret, c'est le Président et non le Parlement. L'acte n'est donc pas législatif. Il a le caractère d'une décision administrative et est soumis au régime des décisions administratives».

carattere di legge alle disposizioni che poi possono così essere eventualmente modificate dai decreti del Governo[90].

Un secondo profilo che venne posto fu quello relativo alla possibilità di adottare più decreti successivi anche modificativi. Tale pratica fu ammessa sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza che non mise mai in discussione la pratica di adottare più regolamenti successivi, di fronte al mutare delle circostanze o di fronte alla necessità di modificare i regolamenti antecedenti, senza dover ricorrere nuovamente al legislatore[91], resta inteso, prima della ratifica[92].

L'ultimo profilo sul quale si è confrontò la dottrina fu quello relativo alla ratifica[93] dei decreti adottati dall'Esecutivo prevista spesso nelle leggi di abilitazione affinché essi acquisissero valore legislativo con la conseguenza di non essere più ricorribili di fronte al giudice amministrativo e di seguire la stessa sorte delle leggi ordinarie

In linea generale la clausola di ratifica era una prescrizione rivolta al Capo dello Stato di sottoporre entro un certo termine i regolamenti all'esame del Parlamento che avrebbe dovuto esaminare il progetto di ratifica, senza tuttavia averne l'obbligo. I decreti così mantenevano il loro carattere regolamentare fino alla ratifica e il fatto che il Parlamento si riservasse il diritto di ratificare i decreti non ne mutava il carattere di atto amministrativo. Così Bonnard: «Quant à la ratification, elle se présente comme un simple acte de contrôle à posteriori sur l'exercice du pouvoir réglementaire. Elle ne change pas plus la nature du décret pour en faire une loi que les approbations, qui interviennent dans le contrôle administratif, ne transforment la nature des actes qui en sont l'objet. C'est une simple garantie prise contre le pouvoir réglementaire. Le décret ne devient décret-loi que lorsque sa matière est soustraite au domaine du pouvoir réglementaire»[94].

Dal momento che i decreti rimanevano atti ammnistrativi fino alla ratifica, il deposito della legge di ratifica non ne mutava la natura fino all'approvazione della legge di ratifica, pertanto venne riconosciuta la possibilità per Governo di modificarli anche dopo il deposito del progetto di ratifica. Dubbi sorsero in relazione all'ipotesi di mancata presentazione da parte del Governo del progetto di ratifica previsto dalla legge. Per

---

[90] L. ROLLAND, *Le projet du 17 janvier et la question «des décrets-lois»*, cit., 60: «Si les décisions prises en vertu de l'article 1er du projet – scrive Rolland - ne sont que des décrets, il est impossible, en bonne logique, qu'elles modi fient des lois, c'est-à-dire des décisions ayant une force juridique supérieure à celle des décrets. La disposition n'échappe donc au premier reproche d'incorrection juridique que pour en mériter un autre. C'est bien, en effet, ce qui ressort de la première lecture du texte. En réalité, la situation se doit analyser autrement. Quand le Parlement prévoit cette modification par décret de certaines dispositions législatives, il fait deux choses: i° il enlève à ces dispositions le caractère de lois et elles acquièrent automatiquement la force inférieure de simples décrets ; 2° il précise que ces dispositions, devenues pour un temps au moins de simples décrets, pourront être modifiées par des décrets».

[91] A. PICHAT, *Les décrets en matière législative*, cit., 194, la quale scrive: «Avec la doctrine de l'attribution de compétence, - scrive Pichat - cette solution est incontestable: les actes du pouvoir exécutif n'ayant que la force habituelle de ses décisions, étant de nature administrative, peuvent être modifiés *ad nutum* par des actes semblables».

[92] *Ibidem*, v. la nota a piè di pagina dove l'A. scrive: «Nous disons *ad nutum* dans le cas où il n'y a pas de délai prévu par la loi, au delà duquel les pouvoirs du gouvernement cesseront automatiquement. Mais, dans le cas contraire, le décret ne peut, bien entendu, en modifier un autre que jusqu'à l'expiration du délai».

[93] Cfr. R. BONNARD, *Les décrets-loi du ministère Poincaré*, in *Revue du Droit Public*, 1927, 250, il quale argomenta che l'assenza della previsione di ratifica non permette di parlare di decreti legge per gli atti regolamentari del Governo che mantengono come tale la natura di decreti amministrativi e rimangono sottoposti al loro regime.

[94] *Ivi.*, 251.

Duguit, a differenza di Jèze – per il quale l'assenza di una formalità non essenziale non comportava la nullità dell'atto[95] - non vi era dubbio: rappresentando per il Governo un obbligo la presentazione del progetto di ratifica, la sua mancanza avrebbe comportato la nullità dei decreti *ab initio*[96].

In linea generale, la clausola di ratifica ha avuto il merito di consentire al Parlamento un utilizzo meno condizionato del trasferimento di poteri normativi eccezionali al Governo, poteri che lo stesso legislatore spesso non poteva evitare di conferire all'Esecutivo[97].

Alla luce della disamina sul complesso dibattito dottrinario è possibile affermare che alle soglie degli anni Trenta esso abbia contribuito ad un certo grado di stabilizzazione delle certezze in relazione ai poteri normativi del Governo e alla prassi dei decreti legge.

Pertanto, in primo luogo venne definitivamente riconosciuta al Governo il potere di emanare decreti da sottoporre entro il termine previsto dalla legge alle Camere la cui natura sarebbe rimasta quella amministrativa salvo ratifica; venne definito che il deposito del progetto di ratifica dovesse avvenire entro il termine previsto dalla legge; che il Parlamento avrebbe potuto anche non discuterlo e votarlo senza inficiare la validità del decreto che sarebbe rimasto in essere come atto di natura amministrativa fino ad una eventuale abrogazione; fu stabilito che qualora il deposito non fosse intervenuto nei termini stabiliti dalla legge il decreto sarebbe stato considerato decaduto per il futuro, facendo salvi gli effetti sorti nel passato; allo stesso modo fu chiarito che il se il progetto di ratifica fosse stato respinto dalle Camere, sarebbe rimasti validi i diritti acquisiti nel passato, con effetti nulli per il futuro.

Un nucleo essenziale di acquisizioni giuridiche che farà da sfondo all'evoluzione dei poteri normativi del Governo così come sarà concepita nell'esperienza costituzionale della V Repubblica, quando il costituente superando il divieto (formale) di delega legislativa posto dall'art. 13 della Costituzione della IV Repubblica[98], ammetterà per la prima volta

---

[95] A. PICHAT, *Les décrets en matière législative*, cit., 199.

[96] Cfr. L. DUGUIT, *Des règlements faits en vertu d'une compétencedonnée au gouvernement par le législateur*, cit., 346-347, il quale scrive: « J'estime que si le délai prescrit par la loi attributive de compétence, s'écoule sans que le décret ait été soumis à la ratification des Chambres, il devient caduc. Ce n'est pas qu'il soit alors illégal et qu'il se trouve annulé par le fait même qu'il n'est pas soumis à la ratification dans le délai prescrit. Il y a non pas une annulation, mais une résolution par l'effet de la réalisation de la condition résolutoire à laquelle le décret était subordonné. Il existait, en effet, non seulement sous la condition résolutoire de la non-ratification, mais aussi sous la condition résolutoire de la non-présentation à la ratification du parlement dans le délai prescrit par la loi… Il faut en conclure que si le décret n'est pas présenté au parlement à fin de ratification dans le délai prescrit, il tombe, parce que la condition mise par la loi n'est pas réalisée ou, plutôt, parce que la condition résolutoire fixée par la loi se trouve réalisée».

[97] Cfr. A. PICHAT, *Les décrets en matière législative*, cit., 203, la quale osserva: «La clause de ratification, si elle pose, nous venons de le voir, de nombreuses questions juridiques, difficiles et complexes, offre l'avantage de jouer un rôle psychologique important ; en rassurant le législateur par l'affirmation de sa supériorité sur le gouvernement, et en lui permettant le contrôle des décisions du pouvoir exécutif, elle conduit le Parlement à remettre avec moins de regrets, à ce dernier, les pouvoirs exceptionnels qu'il ne peut, parfois, éviter de lui confier».

[98] Alle origini della IV Repubblica, dopo la parentesi del regime autoritario di Vichy, emerse l'esigenza di un ritorno alla concezione repubblicana della vita politica e con essa il desiderio di ristabilire la supremazia del Parlamento in campo legislativo a lungo fatta vacillare dalla pratica dei decreti-legge. L'introduzione nella Costituzione del 27 ottobre 1946 dell'art.13 che vietava espressamente la delega legislativa corrisponde a questa volontà. Il dibattito relativo alla compatibilità della prassi dei decreti-legge con i principi dell'ordinamento france, lasciata aperta sotto la III Repubblica, sembrò essere apparentemente chiusa con tale divieto con il quale il Costituente aveva veramente inteso condannare la pratica dei decreti-legge. Tuttavia presto l'interesse si sposterà sul modo di

esplicitamente il potere del Governo di emanare ordinanze (art. 38) nelle materie - elencate dall'art. 34 - riservate al Parlamento.

5. Conclusioni: la V Repubblica e la modernità del dibattito della III Repubblica sui poteri normativi del Governo

Rileggere oggi, a distanza di più di un secolo, il ricco dibattito della III Repubblica sui poteri normativi del Governo dimostra quanto esso abbia fatto da sfondo all'evoluzione della concezione della "législation délégué"[99] e della "législation gouvernementale" nella V Repubblica e all'impianto del sistema delle fonti così come si è andato costruendo con la Costituzione del 1958 e attraverso il fondamentale apporto della giustizia costituzionale ed amministrativa.

Tale dibattito dimostra quanto, al di là delle alterne vicende politico-costituzionali che hanno contrassegnato gli anni che vanno dalla fine della Terza Repubblica ad oggi nel succedersi delle epoche e dei sistemi costituzionali anche profondamenti diversi, alcuni capisaldi della cultura giuridica francese e i principi fondamentali del diritto pubblico francese siano rimasti intimamente ancorati ad una certa concezione della legge ed abbiano costituito una delle principali continuità delle istituzioni francesi, rappresentato dei veri e propri "dogmi" mai rimessi in discussione. L'attuale regime «très variabile»[100] delle ordinanze affonda le proprie radici proprio nella III Repubblica, laddove, tutti i temi indagati e discussi sono stati ridiscussi anche nella V Repubblica trovando, in parte, una

---

superare tale divieto senza violare formalmente la Costituzione e la questione del rapporto tra legge e regolamento riemergerà nuovamente. Un primo passo in tale direzione fu compiuto con l'approvazione il 17 agosto 1948 della legge André Marie la quale anticipando in qualche modo quello che verrà poi costituzionalizzato nel 1958 - sia pure invertendo il criterio di attribuzione nei confronti della legge - elencava una lista di materie, considerate aventi "per natura un carattere regolamentare" nelle quali il Governo sarebbe potuto intervenire con decreto di propria iniziativa anche per modificare, abrogare o sostituire le leggi in vigore. Giuridicamente non si trattava di una delega legislativa ma della delegificazione di alcune materie che – questo l'argomento usato per ammetterne l'esistenza – solo erroneamente (o abusivamente) erano sempre state regolate dalla legge pur rinviando la loro natura alla competenza del Governo: tale tecnica fu avallata anche dal Consiglio di Stato che in un parere del 6 febbraio 1953 la giudicò conforme all'idea tradizionale di un legislatore sovrano che determina la competenza del Governo.

Durante la IV Repubblica anche la via delle leggi-quadro non mancò di essere ampiamente ripercorsa, una procedura attraverso la quale il Parlamento con legge fissava i criteri e i principi generali della materia affidando al Governo la disciplina di dettaglio con l'emanazione di norme aventi anch'esse valore di legge.

Infine, non tardò a ripresentarsi ben presto anche la pratica dei decreti-legge[98], (prassi non tanto dissimile da quella che era stata applicata nella III Repubblica), adottati o in virtù di una sorta di auto abilitazione del Governo ad emanare in caso di necessità atti aventi forza di legge o in virtù di una autorizzazione del Parlamento al Governo per l'emanazione di atti capaci di derogare od abrogare precedenti disposizioni di legge: entrambe le modalità furono ritenute ammissibili attraverso motivazioni giudicate però dalla dottrina scarsamente convincenti. In argomento sugli aspetti generali v. diffusamente P. PICIACCHIA, *La delega legislativa nell'esperienza costituzionale francese. Procedura e controllo dell'attività normativa dell'esecutivo nella V Repubblica,* Milano, 2006, 20 ss.; C. MORTATI, *Le forme di governo*, Padova, Cedam, 1973, 239 ss. Per la dottrina francese sull'art. 13 della Costituzione del 1946 vedi A. DE LAUBADÈRE, *L'article 13*, Paris, LGDJ, 1980, T1; sui decreti-legge nella IV Repubblica M. MIGNON, *Nature et effets juridiques d'une tecnique législative d'exception, mais d'utilisation répétée: le décret-loi*, Paris, Recueil Dalloz, 1948; J. SOUBEYROL, *Les décrets-lois sous la IVe République*, Bordeaux, Imp. Samie, 1955.

[99] G. TUSSEAU, *La législation déléguée*, in M. TROPER, D. CHAGNOLLAUD (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, vol. 2, Paris, 2012, 605-657.

[100] C. BOYER-MERENTIER, *Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution du 4 octobre 1958*, Paris, 1996, 143.

sintesi in questa esperienza. Appare infatti innegabile come sia nella concezione della ripartizione tra legge e regolamento operata dagli artt. 34 e 37 della Costituzione del 1958, sia nel potere riconosciuto al Governo nella Costituzione della V Repubblica di emanare ai sensi dell'art. 38 Cost. ordinanze nelle materie riservate al Parlamento[101] secondo una specifica procedura, riecheggino profili approfonditi dalla dottrina nella III Repubblica e sviluppatesi nella prassi che hanno lentamente contribuito a far accettare la validità di altre forme di legislazione nel regime repubblicano e ad emancipare il potere regolamentare[102] dall'attività parlamentare.

Questo appare tanto più significativo nel contesto attuale. Infatti, dopo decenni in cui il ricorso al potere di ordinanza in Francia era rimasto piuttosto circoscritto[103], a partire dalla prima e seconda decade del XXI secolo - ed in particolare a partire dai mandati del Presidente Macron - anche di fronte al moltiplicarsi delle emergenze, la procedura dell'art. 38 Cost. ha smesso di essere una modalità eccezionale di razionalizzazione del parlamentarismo divenendo, negli ultimi venti anni, alla luce dell'accelerazione della pratica delle abilitazioni, «une pratique régulière» [104] - «un des symptômes les plus caractéristiques de la "démocratie exécutive" à la française» [105] - oggetto anche di importanti novità giurisprudenziali[106] che hanno contribuito a riaprire un denso dibattito sull'art. 38[107].

Perciò ripercorrere il dibattito dei primi decenni del XX secolo riporta non solo alle origini delle prassi sviluppatesi in Parlamento e alla costruzione della legittimazione della legislazione delegata, ma aiuta anche a comprenderne le radici profonde e il percorso attraverso il quale si è giunti a creare le condizioni per l'accettazione da parte dei pubblici poteri di uno strumento giuridico, all'epoca, non previsto dalla Costituzione.

---

[101] Sui poteri normativi del governo nella V Repubblica mi sia permesso il rinvio a P. PICIACCHIA, *La delega legislativa nell'esperienza costituzionale francese. Procedura e controllo dell'attività normativa dell'esecutivo nella V Rep ubblica,* cit., ID., *Il Governo francese nell'ordinamento della V Repubblica: tra continuità e discontinuità,* in *Federalismi.it*, n. 28, *Il Governo prospettive organizzative e funzionali*, 12 ottobre 2020, 277-315.

[102] E. QUINART, *L'Émancipation du pouvoir réglementaire (1914-1958)*, Paris, Dalloz, 2020.

[103] In tal senso P. PICIACCHIA, *La delega legislativa nell'esperienza costituzionale francese. Procedura e controllo dell'attività normativa dell'esecutivo nella V Repubblica,* cit., 125 ss.

[104] J. HENNING, *Justifier les décrets-lois au Parlement: une construction de la légitimité de la législation gouvernementale sous la Troisième République*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 2025, n. 142(2), 403.

[105] J. PADOVANI, F. POULET, É. QUINART, *Propos introductifs*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 2025, n. 142(2), 381-386. Sulla "democrazia esecutiva" v. J.-P. DEROSIER (dir.), *La Démocratie exécutive*, Paris, LexisNexis, Les Cahiers du ForInCIP, 2023.

[106] Il riferimento è alle sentenze nn. 2020-843 QPC del 28 maggio 2020 e 2020-851 QPC del 3 luglio, dalla portata probabilmente storica che hanno "sorprendentemente", ammesso la natura legislativa delle ordinanze non ratificate, suscettibili di ricorso QPC allo scadere della legge di abilitazione sollevando molti dubbi in dottrina. Cfr. diffusamente in argomento P. PICIACCHIA, *Il* revirement *della giurisprudenza del* Conseil constitutionnel *sulla natura giuridica delle ordinanze* ex *art. 38 Cost. e la possibile tensione tra controllo parlamentare e controllo giurisdizionale,* in *Scritti in onore di Fulco Lanchester* (a cura di G. CARAVALE, S. CECCANTI, L. FROSINA, P. PICIACCHIA, A. ZEI), Napoli, Jovene, 2022, 951-978.

[107] Si vedano i contributi del n. 142(2), 2025 della *Revue française de droit constitutionnel*, tra i quali oltre a quelli già citati anche M. CARPENTIER, *Le contentieux des ordonnances de l'article 38 : vers la stabilisation*, 469-485; B. DEFOORT, *Contrôle politique et politique du contrôle des ordonnances de l'article 38,* 487-503.