

ANNA ALBERTI

PREMINENZA  
E RISERVE DI LEGGE  
*nel sistema costituzionale delle fonti*



JOVENE EDITORE 2023

## INDICE

|                    |    |   |
|--------------------|----|---|
| Introduzione ..... | p. | 1 |
|--------------------|----|---|

### CAPITOLO PRIMO

#### FORZA DI LEGGE E LEGALITÀ: UNA STORIA EUROPEA PLURISECOLARE

|                                                                                                                                                       |   |    |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---|----|
| 1. Legalità e logica del potere .....                                                                                                                 | » | 9  |
| 2. Genesi e sviluppo della formula “forza di legge” .....                                                                                             | » | 10 |
| 3. La <i>lex terrae</i> nella sovranità aristocratica medievale .....                                                                                 | » | 13 |
| 4. ( <i>Segue</i> ): potere regio di bando e <i>novae leges</i> (ossia <i>statutes</i> inglesi<br>e <i>capitula pro lege tenenda</i> carolingi) ..... | » | 17 |
| 5. Legge, forza di legge e sovranità in Jean Bodin .....                                                                                              | » | 21 |
| 6. Il <i>pouvoir législatif souverain</i> e il <i>lit de Justice</i> nella monarchia<br>assoluta francese .....                                       | » | 25 |
| 7. Una prima conclusione storico-teorica: l'identità sostanziale tra<br>“forza di legge” e “preminenza” o “preferenza” di legge .....                 | » | 30 |
| 8. Legge e decreto in Rousseau .....                                                                                                                  | » | 33 |
| 9. Il modello costituzionale della <i>Révolution</i> : la distinzione tra<br>«Corpo legislativo» e «autorità commissionate» .....                     | » | 36 |
| 10. <i>Autorità commissionate</i> e legalità .....                                                                                                    | » | 39 |
| 11. L'atto dell'assemblea nazionale come legge <i>in senso formale</i> .....                                                                          | » | 42 |
| 12. Forza di legge e legalità sostanziale nel costituzionalismo rivo-<br>luzionario .....                                                             | » | 43 |

### CAPITOLO SECONDO

#### RISERVA DI LEGGE E MONARCHIA COSTITUZIONALE

|                                                                                                                        |   |    |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---|----|
| 1. Le riserve di legge: riaffermazione o superamento della sovranità<br>regia? .....                                   | » | 47 |
| 2. Riserve di legge e procedimento legislativo nella <i>Charte</i> della<br>monarchia della Restaurazione (1814) ..... | » | 50 |

|                                                                                                                 |       |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| 3. Il potere normativo regio nella <i>Charte</i> del 1814: le interpretazioni liberali e <i>royaliste</i> ..... | p. 51 |
| 4. Chi ebbe ragione? Le prassi legislative e giurisprudenziali .....                                            | » 56  |
| 5. Le innovazioni contenute nella <i>Charte</i> della Monarchia di Luglio (1830) .....                          | » 57  |
| 6. La «preminenza e riserva di legge» nella monarchia costituzionale prussiana (1850) .....                     | » 60  |
| 7. Il confronto sulla nozione di “legge”. La posizione di Georg Jellinek .....                                  | » 62  |
| 8. Paul Laband e la distinzione tra «legge in senso formale» e «legge in senso materiale» .....                 | » 64  |
| 9. Sull’assetto “dualista” delle funzioni normative .....                                                       | » 69  |
| 10. La forza di legge della firma regia .....                                                                   | » 71  |
| 11. Kelsen e l’ineffettività delle riserve di legge nella monarchia costituzionale germanica .....              | » 74  |
| 12. Le riserve e l’alternativa tra “legge in senso materiale” e “legge in senso formale” .....                  | » 76  |
| 13. La riserva non era “riserva di forza di legge” .....                                                        | » 79  |
| 14. Sul rapporto tra legalità e riserva .....                                                                   | » 82  |
| 15. Sulla riserva di legge come riparto di competenza .....                                                     | » 83  |
| 16. Il “conflitto costituzionale prussiano” .....                                                               | » 85  |
| 17. La separazione dei poteri e il dualismo della monarchia costituzionale come falsi miti .....                | » 87  |

## CAPITOLO TERZO

LEGALITÀ E GOVERNO PARLAMENTARE  
NELL'ESPERIENZA STATUTARIA ITALIANA  
E NELLA III REPUBBLICA FRANCESE

|                                                                                    |       |
|------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| 1. Premessa .....                                                                  | » 91  |
| 2. Il «Governo Monarchico Rappresentativo» previsto dallo Statuto Albertino .....  | » 92  |
| 3. Sulla <i>forza di Statuto e di Legge fondamentale</i> .....                     | » 96  |
| 4. La forza di legge come «preferenza di legge» .....                              | » 99  |
| 5. La discrezionalità come fondamento della potestà regolamentare .....            | » 103 |
| 6. La critica alla tesi della discrezionalità .....                                | » 112 |
| 7. Tre esempi sul nesso tra potestà regolamentare e libertà individuale .....      | » 116 |
| 8. L'autorizzazione legislativa come fondamento della potestà regolamentare? ..... | » 119 |

|                                                                                                                                     |        |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------|
| 9. Il problema della forza di legge dei decreti reali .....                                                                         | p. 121 |
| 10. La legge materiale (o «decreto-norma») nel sistema statuario delle fonti .....                                                  | » 123  |
| 11. La (contestata) «necessità» della decretazione d'urgenza .....                                                                  | » 127  |
| 12. Parlamentarizzazione e incremento dei decreti-legge: un nesso controfattuale solo in apparenza .....                            | » 130  |
| 13. La legge n. 100 del 1926, il nuovo ordinamento del governo e la de-parlamentarizzazione della forma di governo statutaria ..... | » 133  |
| 14. Le leggi <i>formali-materiali</i> come caposaldo dello Stato liberale di diritto e le leggi-provvedimento .....                 | » 136  |
| 15. Forza di legge <i>versus</i> legalità? .....                                                                                    | » 142  |
| 16. La sovranità parlamentare nella III Repubblica francese .....                                                                   | » 146  |
| 17. Il «potere legislativo» nella legge costituzionale del 25 febbraio 1875 .....                                                   | » 148  |
| 18. L'esecuzione delle leggi tra gradualismo e monismo parlamentare .....                                                           | » 153  |
| 19. Poteri originari dell'esecutivo e governo parlamentare .....                                                                    | » 159  |
| 20. Il principio di legalità nella teoria dello Stato di diritto .....                                                              | » 162  |

#### CAPITOLO QUARTO

### LA TEORIA DELLO STATO DI DIRITTO E DEL *RULE OF LAW*

|                                                                                                     |       |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| 1. Premessa .....                                                                                   | » 165 |
| 2. Governo delle leggi e governo degli uomini, cioè <i>rule of law and not of men</i> .....         | » 166 |
| 3. Sulla teoria «continentale» dello Stato di diritto .....                                         | » 169 |
| 4. I «principi dello Stato borghese di diritto» nella <i>Verfassungslehre</i> di Carl Schmitt ..... | » 172 |
| 5. Sul concetto di «legge materiale» come norma generale e astratta .....                           | » 174 |
| 6. Sulla norma giuridica come regola <i>condizionata e ripetibile</i> .....                         | » 177 |
| 7. Le ricadute sulla «teoria dello Stato di diritto» .....                                          | » 180 |
| 8. Il limite estremo del 'politico' .....                                                           | » 182 |
| 9. Sulla libertà come fine dello Stato di diritto .....                                             | » 184 |
| 10. La teoria del « <i>rule of law</i> » .....                                                      | » 187 |
| 11. La ricostruzione classica di Dicey .....                                                        | » 189 |
| 12. C'è la legalità in senso formale nel Regno Unito? .....                                         | » 194 |
| 13. Mitizzazioni del <i>rule of law</i> e discrezionalità giudiziale .....                          | » 197 |
| 14. Si dice <i>rule of law</i> ma si vuole dire <i>strong judicial review of legislation</i> .....  | » 201 |
| 15. Il limite della «teoria dello Stato di diritto e del <i>rule of law</i> » .....                 | » 203 |

CAPITOLO QUINTO  
FORZA DI LEGGE E COSTITUZIONE  
DELLA REPUBBLICA ITALIANA

|                                                                                                 |        |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------|--------|
| 1. La forza di legge formale come preferenza di legge .....                                     | p. 205 |
| 2. La distinzione tra <i>forza</i> e <i>valore</i> di legge .....                               | » 209  |
| 3. Su un recente tentativo di dissociare la <i>forza</i> dal <i>valore</i> .....                | » 212  |
| 4. Sullo sviluppo teorico della dissociazione tra <i>valore</i> e <i>forza</i> di legge .....   | » 214  |
| 5. C'è la "forza di legge materiale" nella Costituzione repubblicana? .....                     | » 220  |
| 6. Le leggi <i>formali-materiali</i> e la questione delle leggi-provvedimento .....             | » 223  |
| 7. Sull'inesistenza della "riserva di amministrazione" .....                                    | » 229  |
| 8. La forza di legge può disporre di sé medesima? I vincoli della "forza di costituzione" ..... | » 230  |
| 9. La forza di legge come legalità sostanziale e formale. Rinvio .....                          | » 238  |

CAPITOLO SESTO  
FORZA DI LEGGE  
OLTRE LA MERA PREFERENZA DI LEGGE?  
SUL PRINCIPIO DI LEGALITÀ SOSTANZIALE E FORMALE

|                                                                                                                        |       |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| 1. Principio di legalità e giudizio di costituzionalità delle leggi .....                                              | » 241 |
| 2. La tesi della legalità sostanziale .....                                                                            | » 245 |
| 3. L'art. 97 Cost. fonda il principio di legalità sostanziale dell'amministrazione? .....                              | » 248 |
| 4. E l'art. 76 Cost.? .....                                                                                            | » 251 |
| 5. Il principio generale di legalità sostanziale tra il modello teorico dello Stato di diritto e l'art. 113 Cost. .... | » 252 |
| 6. Art. 113 e costruttivismi interpretativi .....                                                                      | » 257 |
| 7. Una sola o tante legalità sostanziali? Uno sguardo alla giurisprudenza .....                                        | » 262 |
| 8. Art. 101 Cost. e principio di legalità in senso formale .....                                                       | » 267 |
| 9. Legalità formale come necessità di specifiche attribuzioni di potere? .....                                         | » 270 |
| 10. Critica degli altri argomenti a sostegno della concezione formale del principio di legalità .....                  | » 275 |
| 11. Gradualismo, monismo parlamentare e fondamento costituzionale della potestà regolamentare governativa .....        | » 277 |
| 12. Ritorno alle origini: la tesi della legalità come mera forza/preferenza di legge .....                             | » 281 |

|                                                                                                       |        |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------|
| 13. Ancora sul fondamento costituzionale della potestà regolamentare .....                            | p. 284 |
| 14. Primarietà e valore di legge dei regolamenti governativi? .....                                   | » 287  |
| 15. Le riserve di legge, l'art. 117 della Costituzione e la competenza generale del legislatore ..... | » 290  |
| 16. Sul giudizio diffuso di costituzionalità dei regolamenti .....                                    | » 292  |
| 17. Le implicazioni delle riserve di legge e del principio di legalità sul sistema delle fonti .....  | » 296  |

# CAPITOLO SETTIMO LE RISERVE DI LEGGE: QUESTIONI VECCHIE E NUOVE

|                                                                                                                                                 |       |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| 1. Riserve di legge e governo parlamentare .....                                                                                                | » 297 |
| 2. Riserve di "forza di legge" e non di organo .....                                                                                            | » 300 |
| 3. Riserve di legge: gerarchia o competenza? .....                                                                                              | » 303 |
| 4. Gerarchia e competenza tra atti .....                                                                                                        | » 306 |
| 5. Competenza e gerarchia tra organi .....                                                                                                      | » 309 |
| 6. Riserve e modulazione della forza di legge .....                                                                                             | » 313 |
| 7. Riserva e rinvio .....                                                                                                                       | » 315 |
| 8. La distinzione "classica" tra riserve assolute e relative .....                                                                              | » 317 |
| 9. Sull'assolutezza delle riserve relative .....                                                                                                | » 318 |
| 10. ( <i>Segue</i> ): confronto con la tassonomia basata sulla distinzione «riserva di campo materiale» e «riserva di modo di disciplina» ..... | » 320 |
| 11. Analogie e differenze tra riserve relative e competenze legislative concorrenti .....                                                       | » 323 |
| 12. Un terzo tipo di riserva? .....                                                                                                             | » 325 |
| 13. Riserve assolute e diritti fundamentalissimi .....                                                                                          | » 330 |
| 14. Riserve di legge e diritti individuali .....                                                                                                | » 332 |
| 15. Il senso democratico e garantista delle riserve (di forza di) legge .....                                                                   | » 337 |
| 16. Diritti e <i>Stufenbau</i> sostanziale .....                                                                                                | » 338 |
| 17. Le riserve di legge nella dogmatica delle libertà fondamentali .....                                                                        | » 341 |
| 18. Sull' <i>essenzialità</i> dell'intervento legislativo nelle materie riservate .....                                                         | » 342 |
| 19. Riserva di legge e poteri giurisdizionali .....                                                                                             | » 344 |
| 20. Diritto europeo e materie riservate .....                                                                                                   | » 347 |
| 21. Il controlimite delle riserve in materia di diritti fundamentalissimi .....                                                                 | » 351 |
| 22. Sulla parametricità delle riserve di legge nel giudizio di costituzionalità .....                                                           | » 354 |

CAPITOLO OTTAVO  
LEGGE E REGOLAMENTI

|                                                                                                                    |        |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------|
| 1. Premessa .....                                                                                                  | p. 357 |
| 2. Regolamenti governativi e riserve relative di legge .....                                                       | » 358  |
| 3. Sull'innovatività dei regolamenti .....                                                                         | » 361  |
| 4. Sulle disposizioni regolamentari esecutive .....                                                                | » 364  |
| 5. Sui regolamenti attuativi e integrativi .....                                                                   | » 366  |
| 6. Ancora su regolamenti e riserve di legge .....                                                                  | » 369  |
| 7. Sui regolamenti indipendenti <i>prima</i> della legge n. 400 del 1988 ...                                       | » 373  |
| 8. Sui regolamenti indipendenti <i>dopo</i> la legge n. 400 del 1988 .....                                         | » 375  |
| 9. La difficile distinzione tra norme regolamentari indipendenti e integrative nelle materie riservate .....       | » 378  |
| 10. Sulla parametricità delle riserve di legge nel giudizio di costituzionalità .....                              | » 381  |
| 11. Il problema del fondamento costituzionale della potestà regolamentare locale .....                             | » 382  |
| 12. L'influenza del canone di sussidiarietà .....                                                                  | » 384  |
| 13. La potestà regolamentare locale e la forza di legge .....                                                      | » 385  |
| 14. Sulla dubbia primarietà delle fonti regolamentari locali .....                                                 | » 389  |
| 15. La riserva di legge <i>sui generis</i> in materia di regolamenti locali ....                                   | » 393  |
| 16. Una nuova ipotesi dogmatica circa il rapporto tra la legge (statale e regionale) e il regolamento locale ..... | » 396  |
| <i>Bibliografia</i> .....                                                                                          | » 399  |