

Dott. Salvatore Foderaro

Giudice

La teorica della divisione dei poteri nel diritto pubblico fascista

SOMMARIO: 1. Le enunciative del Duce nel discorso ai Magistrati — 2. Scrittori contemporanei che sostengono la teorica della divisione dei poteri — 3. Natura e limiti di questo studio — 4. Posizione anacronistica della teorica della divisione dei poteri — 5. I principî dello Stato Fascista e la teorica della divisione dei poteri — 6. Le dottrine moderate: anch'esse urtano contro la concezione fascista dello Stato — 7. Influenza della successiva evoluzione del diritto pubblico fascista sulla teoria della divisione dei poteri — 8. La posizione del Capo dello Stato e di altri organi interferenti — 9. La posizione del Capo del Governo — 10. La posizione del Governo. La riforma costituzionale dell'anno XVII, relativa alla Camera dei Fasci e delle Corporazioni. Falsità della teoria che sostiene lo « spostamento » del « potere » dal Parlamento al Governo — 11. Il Gran Consiglio del Fascismo — 12. Intreccio di funzioni nello stesso organo nel nuovo diritto pubblico — 13. Scomparsa del dogma della divisione dei poteri nel diritto pubblico italiano e conseguenze che ne derivano — 14. Ancora sulle conseguenze: lo Stato Fascista è « Stato di diritto »: la « dittatura della legge » — 15. Il principio della divisione di funzioni.

1. — In modo netto e preciso, il Duce — parlando il 30 ottobre ai Magistrati d'Italia, nella Sala delle Battaglie a Palazzo Venezia — ha enunciato la fine del dogma della divisione dei poteri nel diritto pubblico italiano (1).

Egli ha detto: « Nella mia concezione non esiste una divisione di poteri nell'ambito dello Stato. Per pensare a ciò dobbiamo tornare indietro di un secolo e mezzo, e forse allora si giustificava più da un punto di vista pratico che dottrinale. Ma nella nostra concezione il potere è unitario: non c'è più divisione di poteri, c'è divisione di funzioni ».

Non si era avuta ancora una dichiarazione così esplicita in merito alla teorica della divisione dei poteri, per quanto — a nostro avviso — fosse facile desumere e dagli Scritti e Discorsi del Duce e dalla stessa concezione dello Stato fascista che il principio del Montesquieu era da considerarsi da tempo bandito dal nuovo diritto pubblico italiano.

(1) Lo storico discorso presenta altri aspetti pubblicistici, come l'enunciazione, originale e categorica, del concetto di « Dittatura della legge » (V. in questo scritto n. 14).

2. — Eppure la massima parte degli scrittori, anche contemporanei — tra cui molti autorevolissimi — continuano ancor oggi a sostenere il principio della divisione dei poteri, pur prospettandolo sotto diversi aspetti teorici, rettificandolo e circoscrivendolo (2).

E come nella storia dei singoli Stati il principio ha assunto differenti atteggiamenti di fatto, così pure nella dottrina di fronte ad alcuni autori che accettano il principio dommatico, rigorosamente inteso, stanno altri che ne impugnano ogni fondamento ed altri ancora (che potremmo dire eclettici), i quali credono di poter conciliare da un punto di vista logico e giuridico — oltrechè pratico — gli elementi opposti delle due tesi estreme ed in tal modo pervenire ad una soluzione intermedia che componga un intreccio coordinato dei varî poteri in un unico organismo (3).

3. — In questi sommarî appunti ci proponiamo di dimostrare (pur con i necessari riferimenti teorici, di diritto generale) come nel nostro diritto positivo non trovi posto il principio della divisione dei poteri, e come, pertanto, la dichiarazione del Duce risponda in modo preciso al sistema del diritto pubblico italiano.

Pervenuti a tale dimostrazione, ci fermeremo ad esaminare alcune delle conseguenze più rilevanti che derivano, da un punto di vista logico e giuridico, dalla negazione del dogma della divisione dei poteri.

(2) V. soprattutto: ROMANO S., *Corso di diritto costituzionale*, Padova, 1933, pag. 115 e segg.; ROCCO A., *Scritti e discorsi*, Milano, 1938, Vol. III, 869 (ove afferma che « il principio della divisione dei poteri è certo fondamentale nello Stato moderno », pur non essendo assoluto e inderogabile); ROSSI, *Analisi della divisione dei poteri*, in questa *Rivista*, 1939, I, 5 e segg. (ove afferma — pag. 29 — che la dottrina della divisione dei poteri « conserva intatti certi criteri essenziali e certe linee fondamentali, onde a ragione si può riconoscere come importante carattere dello Stato moderno ») e « Nuovo Digesto Ital. », Torino, 1939, Vol. X, pag. 100, voce Poteri (divisione); MARAVIGLIA, *Dispense di Istituzioni di diritto pubblico*, Roma, 1939, pag. 54 e segg.; PANUNZIO, *Teoria generale dello Stato fascista*, Padova, 1939, pag. 111 (il quale parla di « insopprimibile teoria della divisione dei poteri »); DONATI, *Divisione e coordinamento dei poteri nello Stato fascista*, in « Archivio di diritto pubblico », 1938, III, pag. 5 e segg.; e così pure v. GIANNINI, *L'equilibrio dei poteri dello Stato*, in « Educ. Fasc. », giugno 1932; SALTELLI, *Potere Esecutivo e norme giuridiche*, Roma, 1926, pag. 96; MALGARINI, *La divisione dei poteri ecc.*, Palermo, 1886; RAGGI, *Diritto Ammin. (Atti Amm.-Giust. Amm.)*, Padova, 1930, pag. 10; SINAGRA, *Principi del nuovo diritto costituz. ital.*, Roma, 1936, pag. 195; LESSONA, *La potestà di governo nello Stato fascista*, prolusione tenuta nell'Univ. di Firenze il 6 novembre 1933, ma v. ora anche, *Corso di Istituzioni di diritto pubblico*, Roma, 1939; GAROFALO nella Riv. « Lo Stato Fascista », 1935; MARANINI, il quale però in uno studio veramente acuto (*La divisione dei poteri e la riforma costituzionale*, Venezia, 1928) parla di una « partizione fondamentale delle competenze organiche », più che di una divisione di poteri; ed inoltre gli autori che in seguito e di volta in volta richiameremo specificatamente.

(3) Per questa soluzione, v. soprattutto di recente: ROSSI, *Analisi etc.*, cit., pag. 5 e segg.

4. — Basterebbe, a nostro avviso, enunciare nei suoi termini precisi il contenuto, l'essenza, il significato del principio della divisione dei poteri (4) per rilevare subito quant'esso sia in antitesi con la concezione dello Stato fascista.

L'origine della teoria è di natura prettamente politica. Il Montesquieu (5), ponendo a raffronto la costituzione a forma assoluta della Francia dei suoi tempi e quella a forma rappresentativa dell'Inghilterra, tendeva con la sua dottrina verso una maggiore garanzia delle libertà dei singoli mediante una distinzione dei poteri: « La liberté politique dans son rapport avec la constitution... est formée par une certaine distribution des trois pouvoirs ».

Necessità, quindi, di *destinare* — secondo il pensiero del Montesquieu — *ad ogni funzione un determinato potere*, di creare cioè dei poteri distinti ed autonomi, fra loro separati, indipendenti ed uguali, di modo che all'occorrenza il potere possa arrestare il potere (il faut que le pouvoir arrête le pouvoir), e così prodursi lo equilibrio fra i poteri medesimi (perciò la teoria venne anche detta dei « contrappesi »): il potere legislativo che crea la norma giuridica; il potere esecutivo che — nei limiti di tale norma — svolge un'attività concreta di governo; il potere giurisdizionale che interpreta ed attua la norma stessa, applicandola ai casi concreti.

Onde — questo è importante notare — il principio del Montesquieu porta ad una distribuzione di funzioni *sovrane* fra più organi *sovrani*.

Su tale premessa politica si basa la ricostruzione scientifica della teorica, il cui valore giuridico è indubbiamente inferiore alla portata politica del principio.

Ora già da questo cenno si rileva come la dottrina esposta abbia il suo naturale sostrato di fatto, e quindi la sua giustificazione, in ordinamenti politici e giuridici del tutto tramontati e come le ragioni, che ne determinarono il sorgere, non trovano più alcun addegnellato nella concezione e nell'organizzazione dello Stato fascista.

Esattamente, quindi, il Duce dichiarava che « per pensare ad una divisione di poteri, dobbiamo tornare indietro di un secolo e mezzo, e forse allora si giustificava più da un punto di vista pratico che dottrinale ».

5. — Già è stato in linea generale osservato (6), per ogni tipo di Stato, come la teorica della divisione dei poteri contraddica a quel principio essenziale, che vede nello Stato un organismo, per

(4) Oltre le opere degli scrittori italiani, citati di volta in volta in questo scritto, ed oltre i Trattati di diritto pubblico, diritto costituzionale e Teoria generale dello Stato, si veda per la dottrina francese: ARTUR, *Séparation des pouvoirs* (*Revue de droit public*, volume XIV); L. DUGUIT, *La sépar. des pouv., et l'Assemblée nation. de 1789*, Paris, 1893; FUZIER HERMAN, *La sépar. des pouv.*, Paris, 1880; SAINT-GIRON, *Essai sur la sépar. des pouv.*, Paris, 1881; SEIGNOBOS, *La sépar. des pouv.* (*Revue de Paris*, 1895, I).

(5) MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, libro XI, cap. IV e VI.

(6) ORLANDO, *Principi di diritto costituzionale*, Firenze, 1928, pag. 78.

quanto « sui generis », in cui tutte le parti sono connesse, tutte le funzioni coordinate sino a fondersi tutte in una grande unità.

Con la separazione meccanica dei poteri dello Stato (seguita dalla tesi estremista), la vita diventa in esso tanto impossibile quanto in un organismo umano le cui membra si concepiscano separate e sconnesse. Onde l'equilibrio tra i vari poteri sarebbe finito, nelle sue ultime conseguenze, nell'immobilità e nell'inazione, rendendo in tal modo impossibile la vita dello Stato (7).

La teorica — anche nelle sue forme attenuate — porta, poi, necessariamente ad una « distribuzione » (in misura maggiore o minore) della sovranità tra i diversi organi dello Stato o — se si vuole — ad una ripartizione dell'attività sovrana dello Stato. Ma, secondo la concezione integrale dello Stato fascista, la sovranità non appartiene ad alcun organo dello Stato, ma unicamente e totalitariamente allo Stato; allo Stato, che è popolo (8); e come il popolo è uno, uno è anche lo Stato (9) ed una di conseguenza dev'essere anche la potestà sovrana.

La concezione liberale, che spezzetta l'autorità tra i vari poteri o che (è lo stesso) crea più autorità sovrane (10), è completamente superata dalla concezione pubblicista fascista, nella quale la sovranità viene ricomposta ad unità. Anzi solo in questo ultimo caso si ha vera sovranità, poichè — come insegnavano esattamente i Romani — « imperium nisi unum sit, nullum est » (11).

Il principio della divisione dei poteri è ispirato da forze centrifughe nei confronti della potestà statale, mentre la formazione dello Stato fascista è caratterizzata dal graduale accentuarsi di forze centripete. Nell'unità, nella sovranità e nella totalità dello Stato riposa tutta la forza dell'ordinamento corporativo, il quale deve necessariamente portare ad una potente sintesi di tutte le energie e i poteri dello Stato. Nella concezione fascista corporativa il potere è uno solo ed è di natura indivisibile: se si divide, si annulla (12) (13).

(7) Tale grave inconveniente della teorica non sfuggì per vero al Montesquieu (v. in seguito nota 16). Ma, agli effetti considerati in questo studio, il risultato non muta.

(8) « Il popolo è il corpo dello Stato e lo Stato è lo spirito del popolo. Nel concetto fascista il popolo è Stato e lo Stato è popolo » (dal Discorso del Duce alla seconda « Assemblea quinquennale del Regime », 18 marzo 1934). Ma anche in questo caso — si badi — la sovranità risiede sempre nello Stato, non nel popolo, come si ripeteva dalla dottrina democratica con una nefasta e tragica menzogna convenzionale.

(9) « Lo Stato è uno, è una monade inscindibile, è una cittadella nella quale non vi possono essere antitesi nè di individui nè di gruppi » (MUSSOLINI, S. e D., V., 240).

(10) Forse con la speranza (osservava argutamente il Wilson, a proposito della costituzione americana) che il loro numero compensi la loro inferiorità!...

(11) E così pure Tacito « unum esse reipublicae corpus atque unius animo regendum ».

(12) Cfr. BORTOLOTTI, *Dottrina del Fascismo*, Milano, 1939, 515.

(13) Possiamo anche comprendere l'insegnamento di ordine generale dello Jellinek (Allg. Staatslehre, pag. 483 e segg., 587 e segg.) — ripetuto, dopo di

6. — Nè muta tale posizione nei confronti delle tesi moderate e rettificata della teorica della divisione dei poteri.

Questa (com'è risaputo), se da un lato fu portata alle estreme esagerazioni da parte dei seguaci del Montesquieu, dall'altra è stata intesa dagli autori più moderni in un senso temperato (14), in quanto — più che di divisione di poteri in senso assoluto e meccanico — si è parlato e si parla tuttora di una *coordinazione* dei varî poteri, che non esclude, anzi presuppone dei nessi tra i diversi poteri (c.d. principio della « interdipendenza » dei poteri), e nemmeno esclude la molteplicità di funzioni da parte di ogni singolo organo (c.d. principio della « interferenza » delle varie funzioni) e la molteplicità degli organi per una sola funzione (c.d. principio della « interferenza » dei varî organi). Basta — secondo le tesi in esame — che ciascuna delle tre funzioni sia attribuita di regola, cioè in via normale, ad uno dei tre poteri (15), il quale solo *eccezionalmente* può anche esercitare, in determinati casi, funzioni che rientrano nella competenza di un altro potere (16).

lui, da altri autorevoli scrittori — che cioè l'unità dello Stato non importa che in un solo organo debba concentrarsi tutto il potere; ma certo si è che un siffatto principio contrasta con la concezione fascista dello Stato, la quale esclude (com'è detto nel testo) la divisione dei poteri.

(14) Contro la concezione meccanica era già insorto il Rousseau (*Contratto sociale*, Libro II, Cap. II).

(15) E' noto che la dottrina non si è arrestata alla tripartizione tradizionale. Già il Locke — che è stato veramente il grande precursore del Montesquieu — aveva accennato nel suo « Saggio sul governo civile » all'esistenza di quattro poteri: legislativo, esecutivo, federativo (per i rapporti con l'estero), di prerogativa o discrezionale. Alcuni autori sostengono la *bipartizione*: potere legislativo ed esecutivo; così una buona parte della dottrina francese del secolo scorso e da noi attualmente — tra gli altri — il Rossi (nel « Nuovo Digesto Italiano », Torino, 1939, voce Poteri — divisione — Vol. X, pag. 104). Il MICELI (*Diritto costituzionale*, Milano, 1913, pag. 248), seguito da altri, parla di un quarto potere (potere coordinante). Il LA TORRE (*Considerazioni critiche sul principio della divisione dei poteri*, in questa *Rivista*, 1929, I, 619) è dell'avviso che nel sistema giuridico fascista devono individuarsi due soli Poteri, e cioè il Governativo e il Parlamentare. Qualche scrittore di dottrina fascista parla, invece, di un quarto potere — il c. d. potere politico o corporativo — (PANUNZIO, *Teoria Generale etc.* cit., pag. 57 e 128, v. anche MORTATI, *Ordinamento del Governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, Roma, 1931). Qualche altro ha ravvisato questo quarto potere — e cioè il potere politico — nel Gran Consiglio (v. BORTOLOTTO, *Lo Stato e la Dottrina Corporativa*, Bologna, 1930, pag. 65, e *contra*: BONAUDI, *Principi di diritto pubblico*, Torino, 1936, pag. 543).

La storia della dottrina della divisione dei poteri registra, poi, una... dozzina di poteri: così si è escogitato il potere costituente, il regio, l'elettorale, il comunale, il moderatore, il potere della pubblica opinione, il militare, l'ecclesiastico, il certificante e postulante (Romagnosi).

(16) Come abbiamo già osservato, non sfuggì al Montesquieu che il principio dell'assoluta indipendenza dei poteri avrebbe portato la stasi della vita e quindi la paralisi dello Stato. Coscìo di tale difficoltà, il Montesquieu fu costretto ad ammettere che, nell'antagonismo tra i varî poteri, uno di essi finisce per prevalere e prendere il sopravvento sugli altri. Il potere preponderante, per

Ma a chi guardi in fondo non potrà sfuggire che non vi può essere posto per queste teorie moderate o eclettiche (come le abbiamo sopra definite), le quali urtano parimenti contro la concezione unitaria dello Stato fascista.

Occorre tener presente a questo punto che la teorica della divisione dei poteri (sotto qualunque forma si voglia considerare) presuppone necessariamente che le funzioni, che si ripartiscono tra i diversi organi, siano funzioni *sovrane* e che gli organi siano *sovrani* anch'essi. Quindi sovranità dei poteri (17). Ed allora, le teorie moderate non possono sfuggire a questo dilemma: o i principii poc' anzi enunciati (che indubbiamente hanno l'effetto di connettere, di coordinare e collegare in certo modo i varî poteri) finiscono, spinti alle ipotesi estreme, per svuotare di ogni contenuto la teorica della divisione, ovvero (se si vuole conservare il contenuto sostanziale alla teorica) non si può negare, anzi si deve ammettere la sovranità di ogni singolo organo, urtando in tal modo contro la concezione fascista dello Stato.

Così a me pare che, per quanti sforzi si vogliono fare, il principio della « interdipendenza » dei poteri di recente formulato da un grande Maestro, il Rossi (18), porti in sè una contraddizione logica insuperabile (19).

Non è, difatti, facile vedere come i termini della indipendenza e della interdipendenza possano stare tra loro « in armonia ». O i poteri sono sovrani — quindi tra loro indipendenti — o non lo sono. Il fatto della loro connessione, del loro coordinamento, non toglie che continuino ad essere depositarî della sovranità statale, e perciò indipendenti. La loro « interdipendenza » dovrebbe portare alla loro unità nello Stato: ma codesta è una finzione, che conduce ineluttabilmente alla concezione di uno Stato uno e trino (20)!

il Montesquieu, doveva essere il legislativo, che rappresentava — secondo il suo pensiero — l'elemento popolare e democratico.

Da tale principio, sviluppato dagli scrittori posteriori, originò quella degenerazione della teorica del Governo rappresentativo, per cui il potere legislativo ha assoluta prevalenza sugli altri poteri, che da quello ricevono l'indirizzo e il fondamento della loro autorità.

(17) Scrive il DONATI (*Divisione e coordinamento dei poteri nello Stato fascista*, in « Archivio di diritto pubblico », Vol. III, 1938, pag. 6): « Con la divisione delle funzioni fra i tre poteri, ciascuno di questi ha assegnata soltanto una *quota* di sovranità, trova il suo limite nelle *quote* di sovranità assegnata agli altri poteri e si determina così l'equilibrio fra i poteri ».

(18) Rossi, *Analisi etc.*, cit., loc. cit., pag. 13.

(19) Logico è invece il ROMANO (*Corso di diritto costituzionale*, Padova, 1933, pag. 117) quando afferma: « E' di grande importanza, sebbene di solito non venga messo in rilievo, che ogni potere, in senso organico, dello Stato, costituisce un'istituzione a sè, distinta dalle altre, che ha una certa autonomia ».

(20) Gli stessi esempi adottati dal Rossi non sostengono affatto il principio da lui enunciato. Nel diritto internazionale non può dirsi che gli Stati siano tra loro indipendenti ed anche « interdipendenti », in quanto — così il Rossi — « lo Stato è legato con altri Stati da rapporti di fatto e di diritto, da obblighi naturali e convenzionali che, ne determinano una linea di condotta vincolata ».

7. — La evoluzione del diritto pubblico italiano è, poi, tutta nel senso di escludere la ripartizione dei poteri dal nostro ordinamento costituzionale.

L'intreccio di vari organi dei cosiddetti differenti « poteri » nell'esercizio di una stessa funzione, e viceversa il fatto di un solo organo cui è demandato l'esercizio di differenti funzioni, si è talmente accentuato nel nostro diritto pubblico che sembra ormai davvero impossibile di poter assegnare una natura diversa ad ogni singolo organo a seconda che espliciti l'una o l'altra funzione. Per qualche organo è impossibile dire se debba essere riguardata come *ordinaria*, cioè normale, la funzione legislativa ovvero quella esecutiva; anzi succede che proprio qualche organo — che già faceva parte indubbiamente, secondo la sistematica tradizionale, di un determinato « potere » — ha ora come funzione *ordinaria*, e forse principale, quella propria di un altro « potere ».

Così pure, non può più dirsi che le funzioni vengono ripartite, nell'organizzazione dei poteri, secondo un criterio di « capacità » dei singoli organi, dal momento che vediamo che ogni organo svolge — in modo più o meno rilevante — le diverse funzioni dello Stato; parimenti non regge più il principio della « parità giuridica » dei poteri costituzionali — al quale nella dottrina pubblicistica recente si sostituisce il principio della « gerarchia » degli organi costituzionali (21) e — come già abbiamo accennato — neanche quello correlativo della « mutua indipendenza » degli organi costituzionali, che dovrebbero pertanto essere necessariamente depositari di una *quota* di sovranità.

8. — Già nella precedente dottrina pubblicistica, la posizione del Capo dello Stato — che interviene e partecipa in modo rilevante a tutti i tre poteri — contraddice al principio di una divisione di essi, comunque intesa.

E' risaputo, difatti, che il Re ha attribuzioni nel campo legislativo, in quello amministrativo ed in quello giurisdizionale.

Ora riporre appunto nel Re — come fanno autorevoli scrittori — l'unità dello Stato, diviso dai tre poteri, significa da un lato creare un quarto potere, che verrebbe ad assorbire gli altri tre, svuo-

E' vero, invece, che nella società internazionale lo Stato è sovrano, nè tale sua sovranità viene ad essere inficiata da eventuali « obblighi volontari o naturali verso altri Stati ». L'opposto deve dirsi per il secondo esempio addotto dal Rossi, il quale testualmente scrive: « Analogamente, in diritto privato, alla piena capacità di agire non contrastano gli obblighi giuridici, legali e convenzionali, che vincolano l'individuo ». Ma qui l'individuo non è indipendente o peggio ancora sovrano: la potestà di volere e di agire va concepita — secondo i principi pubblicistici fascisti — come un'attribuzione da parte dello Stato ai singoli, perchè sia da questi esplicata ai fini nazionali; onde è soltanto dall'ordinamento statale che l'individuo ripete la sua capacità.

(21) PANUNZIO, *Teoria generale cit.*, pag. 145 e segg.; COSTAMAGNA, *Storia e Dottrina del Fascismo*, Torino, 1938, pag. 430 e segg. Cfr. altresì: FODERARO, *La Milizia Volontaria e le sue specialità - Ordinamento Giuridico*, Padova, 1939, pag. 26 e segg.

tandoli d'ogni contenuto e costituendosi pertanto come l'unica potestà sovrana; e dall'altro a scindere arbitrariamente il Sovrano dal Suo Governo.

Ed ancora: sono ben noti i casi in cui, da tempo, funzioni amministrative (così approvazione del bilancio) o giurisdizionali (Senato costituito in alta Corte di Giustizia ecc.) sono demandate agli organi legislativi; o viceversa funzioni legislative (potestà regolamentare) o giurisdizionali (giurisdizioni amministrative) sono demandate agli organi del « potere » esecutivo; ed infine funzioni amministrative sono affidate ad organi del « potere » giudiziario (così provvedimenti in materia della cosiddetta « volontaria giurisdizione »).

Ma i casi più decisivi — che hanno inferto gravi colpi alla teoria della divisione dei poteri — sono quelli apportati dal nuovo diritto pubblico fascista.

9. — Per effetto della Legge 24 dicembre 1925, n. 2263, il Capo del Governo è diventato il fulcro, la figura centrale di tutto il sistema del diritto pubblico fascista (22).

A Lui esclusivamente appartiene — per attribuzione propria, *iure proprio*, e non in quanto Primo Ministro — di dare l'indirizzo politico al Governo e allo Stato, avendo in tal modo ereditato i poteri che nel precedente regime appartenevano al Gabinetto, al quale appunto spettava di fissare l'indirizzo politico.

Ma, per quanto riguarda il tema in esame, è di importanza fondamentale un vero e proprio « diritto di veto » conferito dalla legge al Capo del Governo. L'art. 6 dispone, difatti, che « nessun oggetto può essere messo all'ordine del giorno delle due Camere, senza l'adesione del Capo del Governo ». E' chiaro, quindi, che può tradursi in legge « solo quel volere che emani originariamente o per adesione necessaria, dal Capo del Governo » (23). Pertanto, può dirsi che l'*iniziativa* delle leggi risieda sostanzialmente nel Capo del Governo.

Non solo: ma lo stesso art. 6 dà facoltà al Capo del Governo di « richiedere che una proposta di legge, rigettata da una delle due Camere, sia rimessa in votazione quando siano passati tre mesi dalla prima votazione (« in questo caso si *procede* senza discussione, alla votazione della proposta di legge »), nonchè di richiedere che una proposta di legge, rigettata da una delle due Camere sia egualmente trasmessa all'altra e da questa esaminata e messa ai voti.

La supremazia e prevalenza della volontà del Duce del Fascismo, Capo del Governo (24), riguardo all'attività legislativa, trova ancora un ulteriore sviluppo nella legge istitutiva della Camera dei Fasci e delle Corporazioni 19 gennaio 1939-XVII, n. 129.

(22) Onde autorevolmente il PANUNZIO (op. cit., pag. 135 e segg.) ha costruito il nostro regime come il « Regime del Capo del Governo ».

(23) V. A. JAMALIO, *L'interpretazione autentica del Duce*, in questa Rivista, 1939, I, 315.

(24) Data l'indole del presente lavoro, non possiamo qui soffermarci ad esaminare se effettivamente nel nostro ordinamento costituzionale sia ormai da porre come un concetto a sè la figura del *Duce del Fascismo* « non solo distinta,

E' il Duce del Fascismo, Capo del Governo che propone la fine di ciascuna legislatura e convoca periodicamente le due Assemblee per l'esercizio della ordinaria funzione legislativa (art. 10) e che è attributario di numerose altre potestà previste dagli artt. 15, 16 e 17, L. cit.; e che infine — dopo l'approvazione delle norme corporative e degli accordi economici collettivi, che stabiliscano contribuzioni, da parte della Commissione o dell'Assemblea plenaria della Camera dei Fasci e delle Corporazioni, nel caso in cui la Commissione o le Commissioni riunite propongono emendamenti al testo elaborato dalle Corporazioni — *promulga* il testo definitivo, con *proprio decreto*, « da inserire nella raccolta ufficiale delle leggi e dei decreti del Regno ».

L'indole di queste brevi considerazioni non ci consente di dilungarci sulla natura giuridica dell'*atto di approvazione* della Commissione legislativa o dell'Assemblea della Camera dei Fasci e delle Corporazioni e sulla essenza della « *promulgazione* » del Duce del Fascismo, Capo del Governo.

Ci pare però si possa indubbiamente concludere, in ordine al primo, che trattasi di una vera e propria *legge*, che trova posto nella « gerarchia » delle leggi del nuovo sistema costituzionale (25); mentre la seconda rappresenta l'esercizio di una *funzione sovrana* del Duce del Fascismo, Capo del Governo, e cioè una seconda forma di promulgazione — per le norme corporative e gli accordi economici imponenti contributi — che si aggiunge a quella del Re per le leggi votate dalle Assemblee e dalle Commissioni legislative (26).

10 .— Strettamente connessa alla posizione preminente del Capo del Governo è la posizione fatta al Governo nel settore dell'attività legislativa, specie in base alla legge istitutiva della Camera dei Fasci e delle Corporazioni, che dà il colpo di grazia e segna veramente la fine della dogma della divisione dei poteri.

Per effetto di tale legge, il Governo è divenuto il centro, l'organo primario e propulsore dell'attività legislativa, mentre il Senato e la Camera dei Fasci e delle Corporazioni si limitano a *collaborare* con esso per la formazione delle leggi (art. 2 legge cit.) (27).

La produzione legislativa risale ormai, in modo prevalente, al Consiglio dei Ministri — *convocato e presieduto* dal Capo del Governo —, mentre le Camere non fanno di regola che ratificare le deliberazioni (28) di quello. Il Governo (e non il Parlamento) è

ma sopraordinata a quella del Capo del Governo ». Per i fini del presente scritto, non è stato necessario operare una netta distinzione tra le due figure.

(25) V. a tale riguardo: PANUNZIO, *Teoria generale* cit., pag. 198 e segg. e bibl. ivi cit.

(26) V. PANUNZIO, op. cit., pag. 197.

(27) Già nella relazione alla legge sulla Rappr. pol. del 1928 si leggeva: « La Camera dei Deputati ha per primo suo compito quello di collaborare col Governo alla formazione delle leggi ».

(28) Le quali (si badi) hanno pieno valore giuridico, entrando in base alla legge 19 gennaio 1939-XVII nel ciclo formativo della legge: non appartengono, quindi, soltanto ad un momento pre-giuridico.

quindi ora l'organo legislativo ordinario: l'opera delle Camere si limita ad una mera collaborazione di natura tecnica ed anche politica verso il Governo.

Ora è chiaro che ciò smentisce il principio della divisione dei poteri, il quale — se non postula una separazione assoluta e meccanica — presuppone però necessariamente che la parte *principale* di ogni singolo potere sia attribuita ad un dato organo ed a *quello soltanto*; presuppone cioè che gli organi dello Stato che compiono una delle tre funzioni non possono compiere — se non eccezionalmente e parzialmente — una delle altre funzioni.

Come si può ancora sostenere nel nostro diritto positivo la divisione dei poteri? E' chiaro che ormai spetta al Governo in modo preminente non solo la funzione esecutiva (in senso lato), ma altresì — *e sempre in modo preminente* — la funzione legislativa.

Come bisognerebbe allora considerare il Governo: come appartenente all'Esecutivo o al Legislativo? Concludere — come fa il Panunzio (29), che esamina la questione per altri riguardi — che anche il Governo « quando fa le leggi o emana le norme non è, a sua volta, un organo dell'Esecutivo, ma del Legislativo », equivale a negare la teorica della divisione dei poteri.

A tale stregua, si potrebbe anche concepire esistente un solo potere (lo stesso assolutismo regio), il quale — pur avendo demandate le diverse funzioni — cambierebbe natura a seconda della funzione esercitata in atto! Senza dire poi che il ragionamento del Panunzio potrebbe ripetersi — oltre che per il Governo — anche per tutti gli altri organi, i quali — pertanto — verrebbero ad appartenere ad ognuno dei tre « poteri » a seconda delle funzioni in atto esercitate. Il vero si è che il principio della divisione va riferito — da chi lo ammette — non alla mera distinzione tra funzione e funzione; sibbene al riparto, alla distribuzione delle varie funzioni tra molteplici organi, impersonati da diverse persone fisiche.

Ma — nonostante l'acquistata prevalenza dell'organo governativo — è errato pensare che la rivoluzione operata nell'ordinamento costituzionale possa ridursi, in questo settore, ad un mero spostamento di « potere » nel Governo, ad uno spostamento soggettivo della sovranità dal Parlamento al Governo (30), nel senso che — salvo restando il principio teorico della divisione dei poteri — la preminenza, già spettante al « potere » legislativo, sarebbe passata al « potere » di Governo.

Evidentemente anche tale concezione contraddice in pieno l'unità organica dello Stato ed urta anch'essa contro i principii del

(29) PANUNZIO, op. cit., pag. 52.

(30) V. PANUNZIO, op. cit., pag. 51; e così pure SINAGRA (*Principi del nuovo diritto costituzionale italiano*, Roma, 1936, pag. 197): « Nello Stato corporativo la classificazione del potere è rimasta la medesima che nel sistema statale precedente: potere legislativo, potere esecutivo e potere giudiziario. Nessuna innovazione la legislazione fascista ha apportato in questa classificazione. Essa però ha operato un profondo spostamento di rapporti e di equilibrio tra i tre poteri, che è consistito in un rafforzamento del potere esecutivo ».

nuovo diritto pubblico (messi in luce in questo scritto), che militano contro la teorica della divisione dei poteri; senza dire che siffatti... « passaggi » di sovranità tra i diversi organi dello Stato non sembrano davvero concepibili nello Stato Fascista.

11. — Per quanto, poi, riguarda il Gran Consiglio del Fascismo è risaputo che — per effetto della legge 9 dicembre 1928 n. 2693, modificata da quella 14 dicembre 1929 n. 2099 — esso cessava di essere organo del Partito e — diventando organo costituzionale dello Stato — veniva ad inquadrarsi (come si sente comunemente ripetere) « nel potere esecutivo, accanto al Governo del Re ».

Ma già l'art. 12 della stessa legge dispone che il Gran Consiglio dev'essere obbligatoriamente sentito su tutte le questioni aventi *carattere costituzionale*, onde il Governo non può presentare alle Camere, per l'approvazione, disegni di legge aventi quel carattere, senza il previo esame e parere del Gran Consiglio, nè le Camere possono discutere ed approvare tali disegni di legge (che vengono quindi sottratte alla iniziativa parlamentare), se prima non sia stato udito su di essi il parere del Gran Consiglio.

Appare da ciò — secondo noi e contro l'opinione di autorevoli scrittori — che anche il Gran Consiglio partecipa alla *funzione legislativa* (31), e proprio nel settore più delicato e fondamentale dell'ordinamento dello Stato; e, pertanto, anche nei confronti di questo supremo organo del Regime si rileva quell'intreccio radicale di funzioni, che non consente di poter più distinguere quale sia la funzione principale e prevalente di un organo, cioè quale sia la funzione *ordinaria* (normale) e quale la *straordinaria* (eccezionale).

12. — Questa profonda interferenza, questo vivo intreccio di differenti funzioni nello stesso organo pervade ormai tutti i rami del nuovo diritto, specie di quelli attinenti all'ordinamento corporativo.

Assistiamo così ad una produzione di norme giuridiche da parte delle Corporazioni (norme corporative) e delle Associazioni professionali (contratti collettivi, accordi economici collettivi) e finanche da parte degli organi della Magistratura (sentenza della Magistratura del Lavoro nei casi in cui stabilisca nuove condizioni di lavoro: vera sentenza-legge).

Insomma ogni linea di demarcazione tra i vari poteri è caduta; come sono altresì caduti i principî su cui poggiava la teorica della divisione dei poteri.

13. — Possiamo, quindi, concludere che il dogma della divisione dei poteri non ha più posto nel diritto pubblico italiano, per il quale deve ormai considerarsi definitivamente sepolto.

(31) Anche gli atti parlamentari sono in questo senso. Nella relazione dell'Ufficio Centrale del Senato 12 aprile 1930 alla legge sulla promulgazione delle leggi, 15 dicembre 1930 n. 1696, si legge che il parere del Gran Consiglio « è elemento essenziale per la perfezione della legge ». Ma soprattutto ci pare decisivo il fatto che del parere del Gran Consiglio si deve dare atto nella formula di promulgazione della legge.

Da quanto detto consegue che una vasta opera di revisione si impone in molteplici parti del nostro diritto pubblico.

Anzitutto è da augurarsi che la parola « potere » — che pur conta secoli di vita — scompaia dal linguaggio scientifico e pratico. Sinora un uso improprio si è fatto di essa, anche nel linguaggio legislativo: così nella terminologia della legge 31 gennaio 1926 n. 100, che s'intitola appunto: « Sulla facoltà del *potere* esecutivo di emanare norme giuridiche ».

Inoltre non hanno più ragion d'essere i dibattiti relativi all'appartenenza di un organo ad uno o ad un altro « potere »: così ad esempio, la posizione costituzionale del Gran Consiglio si è fatta, in genere, dipendere dal diverso inquadramento nei « poteri » dello Stato, e cioè dall'appartenenza di esso all'« Esecutivo » ovvero al « Legislativo » (32).

Infine — per limitarci a qualche altro accenno (33) — è da superare definitivamente la teorica del « Governo costituzionale », di cui la divisione dei poteri è stata indubbiamente una caratteristica basilare (34); ed è da sottoporre a profonda revisione la teoria relativa alla natura dell'atto legislativo.

14. — Pensiamo, invece, che — permanendo una netta distinzione fra le diverse funzioni — sia tuttora da conservare al nostro Stato la qualifica di « Stato di diritto », con la quale espressione non bisogna intendere lo Stato che pone come proprio « *fine* » essenziale unicamente l'attuazione dei diritti dei singoli nella società (35) (36), si bene lo Stato che assoggetta — fin dove è possibile — alle norme di diritto la vita che in esso si svolge, quindi anche quella dei suoi organi nei rapporti tra loro e coi singoli, nelle loro sfere di competenza in relazione alle diverse funzioni e nelle forme dei loro atti. « Stato di diritto » è, quindi, quello in cui impera sovrana la norma di diritto, che domina su tutti, anche su quelli stessi che l'hanno creata (*sub lege rex*).

Nello Stato fascista ogni ente — individui e gruppi — ed ogni attività — e quindi anche la vita e l'attività dello Stato stesso nei rapporti con i singoli — sono regolati dal diritto e al diritto sono

(32) Cfr. MARAVIGLIA, in Nuovo Dig. Ital., Torino, 1938, voce « Gran Consiglio del Fascismo », VI, 472.

(33) Data l'indole del lavoro, dobbiamo limitarci a semplici accenni: gli argomenti che seguono nel testo meritano però, in altra sede, uno studio approfondito.

(34) Cfr. RANELLETTI, *Ist. di dir. pubbl.*, Padova, 1935, pag. 92 e Rossi, art. cit., pag. 21.

(35) Opinione codesta combattuta anche dal RANELLETTI, in *Principi di dir. amm.*, pag. 141-153 e scrittori ivi cit. Cfr. pure COSTAMAGNA, op. cit., pag. 162 e segg.

(36) Tale modo di concepire lo Stato ci richiama l'avvertimento del Duce: « Per il Fascismo lo Stato non è il guardiano notturno che si occupa soltanto della sicurezza nazionale dei cittadini » (Discorso all'Assemblea quinquennale del Regime, 10 marzo 1929: in S. e D., vol. VII, pag. 26).

sottoposti (37); il che discende anche dalla formula mussoliniana: « tutto nello Stato, niente al di fuori dello Stato, nulla contro lo Stato » (38). Lo Stato fascista, anzi, mostra una tendenza particolare, di fronte allo Stato individualista, di ampliare sempre più la sfera delle attività sottoposte all'imperio della legge, estendendola anche a settori che per l'innanzi vi erano sottratti (es. in materia economica); di regolare con maggior precisione i rapporti tra lo Stato e i singoli individui e di apprestare una migliore garanzia giurisdizionale a tali rapporti, allargando la sfera di competenza della magistratura ordinaria, creando delle magistrature speciali e soprattutto permettendo il controllo autonomo ed obbiettivo del giudice (39). Quindi lo Stato fascista — in quanto è pure persona giuridica (40) — sottopone anche se stesso all'ordinamento giuridico che ha costituito e al diritto che ha creato. In esso non v'è nulla che sia al disopra della legge; onde il Duce — chiarendo false elucubrazioni che si sentono spesso ripetere sul concetto di « dittatura » — ha categoricamente affermato, nello stesso discorso del 30 ottobre, che, se vuol parlarsi di dittatura, questa è soltanto la *dittatura della legge* (41). E, pertanto, la funzione della Magistratura — che attua la legge — è, secondo l'alta parola del Duce, « tra le preminenti e le fondamentali dello Stato, la fondamentale ». E' evidente, quindi,

(37) Non può dirsi lo stesso del diritto pubblico dei Soviets: ivi, se lo scopo rivoluzionario lo esige, può anche prescindere dalla pubblicazione della legge, e così pure il giudice — in omaggio allo stesso scopo — può non applicare la legge nella sentenza. Ma ciò nega l'esistenza stessa della legge e conduce all'anarchia del diritto!

(38) In più di un'occasione il Duce ha proclamato che una delle direttive fondamentali del regime è la garanzia e il rispetto della legalità. « La legge è la parola d'onore dello Stato ». Così pure nei discorsi 8 dicembre 1928 alla Camera dei Deputati e 22 dicembre 1928 all'Adunanza generale del Consiglio di Stato, in « Il Consiglio di Stato nel biennio 1929-1930 », Roma, 1931, pag. 7 e segg. Ed a questo criterio si è appunto ispirata l'attività legislativa del Regime. Gli esempi potrebbero essere numerosi al riguardo. Anche, e soprattutto, con la legge 31 gennaio 1926 n. 100 — consentendo legalmente al Governo di esaminare norme giuridiche — si intese di « far rientrare nella legalità il Governo, che da lunghi anni ne era uscito » (Rocco).

(39) Ha detto il Duce nel discorso del 30 ottobre ai Magistrati: « Ognuno di voi è testimone che io ho lasciato sempre la più ampia facoltà alla Magistratura italiana. E ciò per una ragione molto semplice: io ho incondizionata fiducia nella Magistratura italiana e so che essa giudica secondo la legge e secondo la coscienza ».

(40) V. *contra* COSTAMAGNA, op. cit., pag. 155.

(41) Concetto, questo, che qui dobbiamo limitarci ad accennare, ma che merita in altra sede un esame completo ed approfondito. V. l'ampio capitolo su « La dittatura rivoluzionaria » e la « dittatura eroica » del PANUNZIO, *Teoria generale dello Stato fascista*, Padova, 1939, pag. 489 e segg. ed autori ivi cit.; e BORTOLOTTI, *Dottrina del fascismo*, Milano, 1939, pag. 401. Per una precisa nozione giuridica del concetto stesso, v. ROMANO S., *Corso di diritto costituzionale*, Padova, 1933, pag. 99; e per una sintesi della storia e del concetto stesso, v. BISCARETTI DI RUFFIA, in « Nuovo Dig. It. », 1938, voce Dittatura, pag. 84 e segg.

che — prima di ogni altro — proprio allo Stato fascista compete la qualifica di « Stato di diritto ». Potrebbe costituire a ciò ostacolo — secondo alcuni autori — la scomparsa della divisione dei poteri, per il fatto che la realizzazione dello « Stato di diritto » sarebbe « intimamente connessa con l'attuazione della divisione dei poteri » (Ranalletti), in quanto solo attraverso essa il regolamento giuridico dei rapporti tra lo Stato e i singoli potrebbe garantire efficacemente i diritti di questi di fronte allo Stato. Ma, senza dire che tale rilievo ha ragione di essere soltanto nel primo dei significati (da noi respinto) dell'espressione « Stato di diritto », è da osservare che neanche con la « divisione dei poteri », si potrebbe davvero ottenere una garanzia efficace dei diritti dei singoli di fronte allo Stato, dal momento che di garanzie giuridiche non può evidentemente parlarsi di fronte agli organi legislativi, i quali possono sempre con una legge nuova modificare una legge precedente, e quindi eventualmente estinguere o modificare i diritti degli individui che su quelle norme si fondavano (42).

D'altra parte, è vera illusione — come insegna la storia dei popoli — fondare la garanzia degli interessi collettivi e dei diritti individuali sul principio della divisione dei poteri. Scrive a tal riguardo il Duguit: « Je rappelle en outre que les deux tentatives, faites en France pour fonder un gouvernement sur le principe de la séparation, ont conduit notre pays, l'une à la tyrannie d'une assemblée, l'autre au despotisme d'un empereur » (43).

15. — Resta però il principio della distinzione delle funzioni, cioè la distinzione *obbiettiva* delle attività statuali; e pertanto sono sempre separate ed individuate le varie funzioni dello Stato (44), come pure sono individuati gli organi, i quali hanno assegnate determinate sfere di competenza, cioè determinati gruppi di funzioni (45). Quindi, non v'è dubbio che permane nell'ordinamento giuridico fascista (anzi ne è precisata ed accentuata) piena divisione di attribuzioni, divisione di competenze (questo è quanto si salva dei principii affermati dal Montesquieu): ma non divisione di « poteri » che presuppone uno spezzettarsi e frantumarsi di sovranità. Permangono, di conseguenza, integri i principii di diritto relativi alla determinazione di competenza dei vari organi dello Stato (onde non si può avverare il temuto « confusionismo » di « poteri » e di funzioni); e, nell'esercizio distinto delle funzioni da parte di organi di-

(42) Dicono gli inglesi che alla legge non è dato soltanto di cambiare il maschio in femmina e viceversa!

(43) L. DUGUIT, *La séparation des pouvoirs*, Paris, 1893, pag. 1.

(44) E' evidente che le diverse funzioni possono tenersi separate anche se non sia realizzata la separazione dei poteri: v. M. E. JACQUELIN, *Les principes dominants du contentieux administratif*, Paris, Giard et Brière, 1889.

(45) Se si violano tali sfere od orbite di competenza, non dovrebbe ancora ripetersi che si ha « eccesso di potere », sibbene una forma di incompetenza aggravata, qualificata, che può dirsi « incompetenza assoluta », in confronto alla più lieve forma d'incompetenza semplice.

versi, resta altresì integro il principio della specificazione del lavoro (46), che rappresenta effettivamente una caratteristica delle civiltà più evolute e degli ordinamenti più progrediti (47).

Può, quindi, qui ripetersi, in merito alla scomparsa del nostro diritto pubblico del principio della divisione dei poteri, quanto il Duce avvertiva per tutte le negazioni fasciste, le quali « non devono far credere che il Fascismo voglia respingere il mondo all'assolutismo monarchico precedente al 1789: il Fascismo dalle macerie delle dottrine liberali, socialiste, democratiche, ha tratto quegli elementi che hanno ancora un valore di vita: ha respinto tutto il resto (48) »; mentre, d'altra parte, ci torna alla memoria l'augusta parola del Sovrano, che già nel discorso inaugurale della XXVIII legislatura del 20 aprile 1929, dichiarava: « È stato possibile, senza gravi turbamenti, realizzare il nuovo ordine costituzionale dello Stato fascista: ordine schiettamente ed originalmente italiano, che, mentre differisce da quelli vigenti in altri paesi, non è affatto un ritorno a forme politiche ormai sorpassate, incompatibili con lo spirito e le necessità dei tempi moderni ».

SUNTO DELL'ARTICOLO

L'A. — prendendo le mosse dalle enunciative sulla divisione dei poteri contenute nel Discorso del Duce ai Magistrati del 30 ottobre 1939-XVIII — esamina da un punto di vista di diritto positivo il principio della divisione dei poteri in tutte le sue forme (assolute e rettificate) alla stregua della concezione dello Stato fascista e dei nuovi istituti creati dal diritto pubblico fascista, rilevandone l'insanabile incompatibilità e concludendo che il principio stesso deve ormai considerarsi definitivamente scomparso nel diritto pubblico italiano.

Trae, infine, le più importanti conseguenze derivanti dalla fine del dogma: sostiene che allo Stato fascista compete sempre la qualifica di "Stato di diritto"; dimostra come permane sempre integro il principio della divisione di funzioni.

(46) Si accenna a tale principio (ma per dedurne l'esistenza della teoria della divisione dei poteri) da ROSSI, *Analisi etc. it.*, loc. cit., pag. 26 e 27; BORTOLOTTO, op. cit., pag. 516; RAGGI, op. cit., pag. 11.

(47) Non hanno, pertanto, ragion d'essere i timori di alcuni autori (specie francesi: v. così A. SAINT-GIRONS, *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, 1885, pag. 88 e segg. ed autori ivi citati) che l'unità del potere possa condurre all'assolutismo.

(48) MUSSOLINI, dalla « Dottrina politica e sociale del Fascismo ».