42-7
b

IL
POTERE GIUDIZIARIO

IN RAPPORTO

ALLA COSTITUZIONE DELLO STATO

DI

P. GRIPPO

Professore pareggiato di Diritto Costituzionale nella Università di Napoli.



NAPOLI
STAB. TIPOGRAFICO LANCIANO E C.
Strada S. Sebastiano, 3.
1881

PREFAZIONE

Sono decorsi già venti anni da che la nostra patria, conquistando la sua indipendenza e la unità di Stato, vive con ordinamenti politici rappresentativi. Contemporaneamente a questi si è rinnovato il suo ordinamento giudiziario, ma con processo più lento, spesso non uniforme, in più parti manchevole. Eppure una completa armonia tra gli ordinamenti politici e quelli giudiziari è un' assoluta necessità negli Stati retti a forme libere. Ne' governi assoluti il potere giudiziario è la sola garentia possibile pe' diritti individuali. Ne' governi liberi, se non è la sola,

è tra le fondamentali. Il regno della libertà dev'essere il regno della legge, il regno della giustizia. Ma questa può esser conculcata dalla prepotenza delle maggioranze, spesso più funesta di quella del Monarca assoluto. L'autorità giudiziaria, dice lo Story con sentimento profondo della vita pubblica, è la sola garentia delle minoranze pacifiche. È quindi vitale interesse della libertà ordinare il potere giudiziario in modo, che armonizzi cogli altri poteri dello Stato, e adempia alle sue alte funzioni costituzionali. Una ricerca scientifica su tal punto non può esser fatta se non partendo da una indagine sistematica e positiva sulle relazioni di questo potère con tutti gli altri poteri od organi dello Stato, sulle condizioni costituzionali del suo ordinamento, e su quelle che devono governare lo esplicamento delle sue funzioni. Uno studio simigliante in rapporto alla costituzione politica dello Stato italiano, tenendo conto degli ordinamenti politici ed amministrativi, che ci reggono e del complesso delle leggi

costituzionali sin' oggi emanate, non parmi che fosse stato ancora pubblicato. Le vicende politiche attraverso le quali si è formato questo nostro Regno d' Italia; la precipitanza e la facilità colla quale si sono fatte e rifatte leggi importanti, sovente non troppo pensatamente, hanno impedito un lavorìo sereno e profondo della scienza del diritto su questa stoffa legislativa. A sentire il de Reu, la colpa non è soltanto nostra. « Non è possibile, diceegli, rilevare l' inconseguenza della maggior parte delle costituzioni per ciò che riguarda il potere giudiziario. Le relazioni, i rapporti, i discorsi degli oratori lo presentano come il Palladio della libertà. Poscia si dimentica il punto di partenza, e, confinato in una sfera di azione isolata, nel diritto privato, ci si appalesa nel meccanismo costituzionale, come un elemento inutile al difuori d'ogni aperta relazione con gli altri due poteri dello Stato, che sono in costante rapporto fra loro. Ridandogli la sua impronta fondamentale, si manifesta nel suo vero aspetto, e riacqui-

stando il posto che gli compete, diviene il regolatore di tutti i rapporti legali; e l'amministrazione della giustizia tra i privati risulta non essere se non un caso speciale di questa funzione generale » (1).

Ma per noi Italiani è giunto il momento, in cui la coscienza giuridica e politica del paese deve ripiegarsi su tutta la vasta tela degli ordinamenti sanzionati dalla novella legislazione. Non presumo punto di avere soddisfatto col presente studio alla esigenza scientifica a cui accennavo testè. Il mio non è che un saggio, al quale vorrei che toccasse la sorte di richiamare forti intelletti e menti erudite, di cui la nostra patria abbonda, sui principali problemi, che presenta l'ordinamento del potere giudiziario nelle sue relazioni costituzionali cogli altri poteri dello Stato. E però non credo di aver fatto uno studio completo, ma solo spero di esser riuscito a

(1) *Du Pouvoir Judiciaire dans le Canton de Vaud. Lausanne* 1861.

tracciare le linee generali, secondo le quali dovrebbe sorgere un'opera veramente sistematica.

Quello che desidero principalmente si è di eccitare le menti dei giovani a severi studi, che li allontanino dalle lotte di partiti spesso non onorevoli per fini egoistici, o infeconde, e far sorgere nel loro animo l'amore delle patrie istituzioni.

Onde, per chiudere questa breve prefazione, mi piace ricordare ad essi le belle e nobili parole di quello eminente e sventurato italiano, che fu il Pellegrino Rossi. « Lo studio « profondo delle istituzioni nazionali e delle « garentie politiche, egli scrisse, contribuisce « a ridestare e mantener vivo il sentimento « della loro importanza. Per tal via si forma « tra le istituzioni e gli uomini quel vincolo « morale, senza del quale non v'ha nè zelo « nella difesa di quello che esiste, nè spirito « di tradizione nelle riforme ».

SOMMARIO

CAPITOLO I.° — **Concetto e funzioni del Potere giudiziario.**

§. 1. Lo Stato e il Potere giudiziario. Lo Stato giuridico secondo Gneist — Sthal — Schulze — 2. Il potere giudiziario non è parte del potere esecutivo. Differenza materiale di funzioni (Teorica di Laband) — Differenza formale di esse (Critica di Rossi al Sismondi)—3. Funzioni del potere giudiziario. (*Iurisdictio—Iudicium*). Determinazioni particolari di queste funzioni: *a*) Funzione costituzionale; *b*) Funzione giurisdizionale (*Jurisdictio contentiosa*) — *c*) Funzione di tutela di alcuni rapporti individuali o familiari (*Jurisdictio voluntaria*) — 4. Svolgimento storico della potestà giudiziaria.

Pag. 1 a p. 25

CAPITOLO 2.° — **Relazioni del Potere giudiziario colla Corona.**

5. Funzione costituzionale del Principe nella monarchia rappresentativa. Distinzione del Principe e della Co-

rona. Opinione del Brougham , del Todd e del Gladstone.—Significato della formola « la giustizia emana dal Re » (Rossi - Todd.).—6. 1.ª Relazione costituzionale: Istituzione dei giudici — Sistema di nomina regia — Sist ma di elezione popolare — Sistema misto — (Seaman — Prevost - Paradol — Commissione francese del 1870.—Jule Favre).—7. Il Giurì — Sua importanza politica — (de Tocqueville — Sismondi—Bonjean — Jusserandot). — 8. 2.ª Relazione: Rapporti del potere giudiziario col Ministro di Giustizia—Diritto di quesio alla sorveglianza sul corso della giustizia. — 9 3.ª Relazione: Prerogativa regia di fare amnistie , indulti e grazie — Limiti costituzionali—Scuola e pratica inglese — 4.ª Relazione: Diritto della Corona di riabilitare i condannati. Pag. 26 a p. 65

CAPITOLO 3.º—**Relazioni del Potere giudiziario col Parlamento.**

10. 1ª Relazione: Giudizio di costituzionalità delle leggi—Costituzionalità materiale—Potestà costituente del Parlamento—Teorica del Laband e di Schulze — Critica di Mohl. — 11. Svolgimento storico della potestà costituente in Inghilterra—I giuristi inglesi— Opinione di Fischel e di Gneist.—12. Giudizio di costituzionalità in America—Conseguenza necessaria della coesistenza di più sovranità nello Stato federale (Seaman).—Come si pone il diritto del potere giudiziario ad esaminare la costituzionalità delle leggi (Story—Marshall— Lieber—Rüttmann).—Effetti della dichiarazione d'incostituzionalità (Cooley). — Giudizi dei pubblicisti su questa potestà della magistratura americana (de Tocqueville— Kent—Rüttmann).—12 *bis*. Limiti del giudizio di costituzionalità: *a*) Non si può dichiarare incostituzionale un

atto legislativo perchè oppressivo od ingiusto — *b*) Nel dubbio si presume la costituzionalità—(Cooley—Whashington—Pronunziati di Corti)—13. *c*) Il giudizio d'incostituzionalità non obbliga gli altri poteri dello Stato — Svolgimento storico di questa teorica (Chambrun).— 14. La potestà costituente nel Congresso fedederale (Gladstone) — Gravi conseguenze del giudizio di costituzionalità delle leggi. — Caso recente in ordine alla contraffazione dei marchi di commercio (sentenza del 18 novembre 1879).—15. Giudizio di costituzionalità formale. Opinione emessa dal III.° Congresso giuridico tedesco 1863. Teorica di Wächter, di Gneist, di Schulze, di Laband etc. Limiti di questo giudizio.

Pag. 66 a p. 135

CAPITOLO 4.° — **Relazioni del Potere giudiziario col Parlamento** (*continuazione*).

16. Seconda relazione: Verificazione dei poteri nella Camera dei Deputati — Competenza della Camera—Costituzioni moderne. Opinioni dei principali pubblicisti (Story Thonissen—Cooley—Mohl)—Storia costituzionale inglese su tal punto — L'atto di Grenville — Riforma adottata coll'atto 1868 e sua importanza, in quanto attribuisce alla magistratura il giudizio sulle elezioni contestate.—Esame di questa riforma—Sistema da adottare. Il giudizio sulle elezioni ha un lato giuridico e un lato politico — Di qui le necessarie competenze della Camera in concorso di quelle del potere giudiziario—Contestazioni sul diritto elettorale dei cittadini — Irregolarità elettorali costituenti reato — Altre irregolarità. Giudizio sulla capacità dello eletto. — 17. Terza relazione: Giudizio sulle prerogative dei senatori e deputati—Conflitti tra il potere giudiziario e il Parlamen-

to.—Norme per definire i limiti delle rispettive competenze.—Storia parlamentare inglese. — Opinioni dei giuristi inglesi sulla competenza del potere giudiziario. 18. Principali prerogative — Libertà di discussione e di pubblicazione dei discorsi, rapporti etc. (Haus - Thonissen)—Precedenti parlamentari italiani.—19. Autorizzazione a procedere—Divieto di arresto. Dispute surte in Italia e precedenti parlamentari. —20. Limiti della potestà della Camera in ordine a quell'autorizzazione. Quali atti istruttorii può compiere il potere giudiziario. 21. Soluzione costituzionale del conflitto tra la Camera e il potere giudiziario. Precedenti parlamentari. — 22. Pratica inglese—Pretesa della Camera dei Comuni di giudicare e punire da se le infrazioni ai suoi privilegi — Censure di Lord Brougham. — 23. Ultima relazione—Sindacato del Parlamento sull'amministrazione della giustizia — Pratica e scuola inglese—(Peel-Burke-Todd-Gneist). Pag. 136 a p. 223

CAPITOLO 5.° **Relazioni del Potere giudiziario col Potere esecutivo come Governo dello Stato.**

24. Governo e Amministrazione. Il Gabinetto (Bagehot-Gladstone) — Stipulazione dei trattati — Giudizio sulla costituzionalità di essi — Limiti di questo giudizio — Distinzione tra nullità assoluta e inefficacia giuridica (Laband-Wheaton-Spear-Unger).—Sistemi prevalsi nelle costituzioni moderne—Soluzione da adottare per lo Statuto italiano.— 25. Esame speciale dei trattati che regolano la estradizione e le esecuzioni delle sentenze e degli atti di altri Stati — Competenza del potere giudiziario — Suoi limiti — Giudizio di delibazione — Progetto di Codice penale Mancini.—26. Effetti giuri-

dici dei trattati nei rapporti dei diritti privati individuali.—27. Atti di alta politica e di guerra.

Pag. 224 a p. 260

CAPITOLO 6.° **Relazioni del Potere giudiziario col Potere Amministrativo.**

28. Importanza vitale della determinazione delle attribuzioni della giustizia e dell' amministrazione. (Rossi-Gneist) — Originaria confusione nel diritto europeo dell'amministrazione e della giustizia (Meier-Grimm-Waitz) — La centralizzazione francese — Lotta della Monarchia assoluta coi Parlamenti (Dareste)—Come l'amministrazione usurpò le funzioni giudiziarie (de Tocqueville).—La Costituzione dell'anno VIII art. 75. Il Codice penale del 1810, art. 127, 178. — 29. Giurisdizione speciale pel contenzioso amministrativo—Ragioni per sostenerla — Scuola francese. — 30. Scuola Tedesca (Bluntschli - Gneist - Meier - Gerber - Schulze-Stein-Bähr) — Legislazioni germaniche — Esame del loro sistema — Come si deve porre e risolvere il problema della *Giustizia nell'amministrazione* (S. Spaventa) — Incompiutezza della riforma inaugurata in Italia dalla legge sul contenzioso amministrativo — 31. Giudizio sulla costituzionalità dei Regolamenti per delegazione del Parlamento (Giureprudenza della Cassazione di Roma. (de Falco-Foucart-Laband). Sistema francese, olandese e belga. Sistema italiano e legge del 1865—Riforma compiuta dalla legge italiana del 1877. Il regolamento di competenza—Il giudizio di proponibilità dell' azione e di pertinenza del diritto. Critica di questo sistema (Opinione del Mantellini. Giurisprudenza della Corte di Cassazione di Roma).

Pag. 261 a p. 334

CAPITOLO 7.° **Condizioni costituzionali di ordinamento del Potere giudiziario.**

33. Prima condizione : Indipendenza del potere giudiziario di fronte al potere esecutivo ed alle prepotenze delle maggioranze nei governi rappresentativi (Bluntschli - Todd - Sckweiz - Story) — 34. L' istituto del Pubblico Ministero (Haus) — 35. Autorizzazione a procedere contro gli ufficiali amministrativi — Critica di questa istituzione — Sistema belga - olandese — Decreto francese del 1870 — 36. Guarentigia esterna d'indipendenza : l' inamovibilità — Sistemi adottati dalle varie costituzioni moderne — Critica dell' istituto. (Cherbuliez - Favre) — Sistema inglese — 37. Seconda condizione : Eguale distribuzione della giustizia — Le giurisdizioni eccezionali — Loro storia — Costituzioni moderne—Altra condizione : necessità di sentenziare escluso qualunque ricorso al potere legislativo — Il dubbio di legge — Altra condizione : niun potere estraneo al potere giudiziario può aver potestà di censurarne i pronunziati. L' istituto della Corte di Cassazione—La revisione dei giudicati.

Pag. 335 a p. 377

CAPITOLO 8.° **Condizioni costituzionali di svolgimento delle funzioni giudiziarie.**

38. Pubblicità — oralità — libera difesa — motivazione delle sentenze. Costituzioni moderne. Opinioni di Macarel, di Constant.— Osservazione generale sulle legislazioni moderne. Pag. 378 a p. 386

CAPITOLO 9.° **Giurisdizioni speciali.**

39.° Principio regolatore delle giurisdizioni speciali — 40. Il Senato come alta Corte di giustizia—Sue attribu-

zioni — Critiche — 41. Giurisdizioni militari. Loro ragione di essere — Limiti nei quali dovrebbero esser rattenuti i codici e le giurisdizioni penali militari — 42. Consiglio di Stato.—Corte dei Conti—Giurisdizioni minori — Consigli Comunali e Deputazioni provinciali — Dispute nella giurisprudenza — Consiglio superiore di Pub. Istruzione — Prefetti—Commissioni d'imposte, di leva ecc. — Giurisdizioni consolari — Giurisdizione dei Ministri, del Re. Critica. Pag. 387 a p. 406

Riepilogo e Conclusione Pag. 407 a p. 409

CAPITOLO I.

Concetto e funzioni del Potere giudiziario.

1. La forma suprema, nella quale vivono gl'individui, è lo Stato; perocchè, se l' unità primordiale della famiglia, dissolvendosi, crea la società, questa non rappresenta se non la moltiplicità degl' interessi, spesso opposti. La forma, in cui quest' interessi si coordinano e si armonizzano, elevandosi ad un fine superiore, è quella che rappresenta l'unità dello Stato, che compone le divergenze e risolve gli opposti, assicurando a tutte le attività sociali uno stato di libertà indirizzata al conseguimento di un fine comune, il com-

pleto svolgimento dell' essere umano. La sociale comunanza è il prodotto di un elemento naturale, ch' è la *terra;* di un elemento personale, o individuale, ch' è il *popolo*, e di un terzo, ch' è la base della vita, ed è lo elevamento di questa comunanza degli uomini nella terra e nel popolo a coscienza e volere personale, o lo *Stato*; onde lo Stato può essere definito: « la personalità giuridica del popolo dimorante in un dato territorio (1) », e mercè sua il popolo assume una forma organica, diventa un tutto giuridico e politico (2). Lo Stato, coadiuvando e dominando le varie sfere sociali, crea per tal via lo stato di diritto, ch' è stato di libertà, delle varie sfere sociali, che in esso acquistano la loro piena coscienza e il loro vero valore.

E però il sistema di relazioni, che ne deriva, è essenzialmente sistema giuridico, perchè la coesistenza armonica non è se non stato di libertà e di diritto. Còmpito princi-

(1) Bluntschli. *Allg. Staatsrecht.* Stuttgart. 1875. I. p. 24. Saviginy definì lo Stato: « la forma corporea della spirituale comunione nazionale, l' organica espressione e manifestazione di un popolo ». *Syst. des röm. Rechts.* I. p. 22.

(2) Trendelenburg. *Naturrecht.* §. 151.

pale dello Stato è questo adunque, coadiuvare ed armonizzare le varie forze sociali, indirizzandole al fine supremo e comune, ch' è il proprio fine. Di qui segue, che sua precipua missione è la tutela dello stato giuridico e sociale.

Non è già che lo stato non debba provvedere ad altro che a questo. Osserva giustamente lo Gneist nel suo libro sullo *Stato giuridico (Rechtsstaat)*: « La unione degli uomini a Stato per noi non è soltanto una necessità pel migliore conseguimento dei nostri fini individuali. Lo Stato ha una ragione di essere a sè per la natura morale degli uomini, come la società è fondata sul sistema dei suoi bisogni. Il benessere materiale è per noi soltanto mezzo pel fine; imperochè tutte le maraviglie della moderna civiltà non hanno valore se non cercano elevare anche la coscienza morale del dovere nell' uomo (1) ».

E però ragionevolmente dice egli, che ogni avversario dello Stahl può illimitatamente aderire a quello che questo scrittore determina per Stato giuridico: « Lo Stato, scrisse lo

(1) Gneist. *Der Rechtsstat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland.* 2ª ed. Berlino 1879 p. 28.

Stahl, dev'essere *Stato giuridico*; questa è la missione ed anche per fermo la tendenza di svolgimento dei nostri dì. Esso deve rigorosamente determinare le vie ed i limiti della sua attività, nonchè la libera sfera dei suoi cittadini a norma del diritto, assicurandoli in modo inviolabile, e non deve curare da sua parte e direttamente l'attuazione delle idee morali oltre quanto si attiene alla sfera del diritto. Questo è il concetto dello stato giuridico, non già nel senso che lo Stato attui solo l'ordinamento giuridico, senza fini amministrativi, e che difenda semplicemente i dritti individuali. Esso non significa principalmente meta e contenuto dello stato, ma solo *forma* e *carattere* di attuazione di essi (1) ».

In armonia di questi principî la Costituzione dello Stato può esser definita: il complesso di norme, che regolano l'ordinamento dei pubblici poteri e delle loro relazioni colle varie sfere individuali e sociali. *Civitas est constitutio populi* disse Cicerone.

Però siccome la base di tutte le relazioni, che crea la convivenza sociale, e che lo Stato

(1) Sthal. *Staats und Rechtslehre.* II. p. 157.

assicura determinando le condizioni necessarie alla esistenza e svolgimento delle molteplici aggregazioni sociali, è l'ordinamento delle relazioni giuridiche, ne segue che còmpito, se non esclusivo, certo precipuo dello Stato è la cura e tutela di quest'ordinamento. Insegna lo Schulze: « Lo Stato, come forma corporea della comunanza spirituale del popolo ha la missione di attuare tutti i fini comuni della vita del popolo. Ma, ad onta di questa universalità del fine dello Stato, l'attuazione del diritto rimane il dovere principale dello Stato, la sua missione specifica nell'ordine umano. E però l'amministrazione del diritto è il ramo più elevato, più indispensabile, più nobile dell'attività dello Stato. Nell'attuazione inviolata della giustizia si appalesa sopra ogni altra cosa la maestà e santità dello Stato (1) ».

Or l'organo con cui lo Stato attua questa sua funzione di tutela dello stato giuridico sociale, si chiama *Potere giudiziario*, perocchè esso procede per via di giudizio, esaminando i singoli fatti e riducendoli alle norme generali del diritto. In quanto lo Stato

(1) *Das Preussische Staatsrecht* II. Leipzig. 1877. p. 289.

è coscienza e volere dei fini supremi della comunanza sociale, che si svolge durante la vita del popolo, crea la legislazione, della quale funzione è organo il potere legislativo. In quanto poi è volere e forza di attuazione di queste leggi nella vita sociale e dei còmpiti proprî dello Stato, si manifesta come potere esecutivo (1). Or il potere giudiziario è posto in mezzo tra i due, perchè non basta emettere leggi e svolgerne i dettami secondo i pubblici interessi, ma conviene mantenerne il significato e l'imperio quando nei singoli casi sorga la contraddizione tra lo stato di fatto e quello di diritto; quando l' opposizione degl' interessi particolari neghi il diritto altrui, confondendo l'interesse col diritto; o quando violi il diritto stesso colla coscienza e col proposito di violarlo. E poichè un sistema di relazioni giuridiche, che potesse rimanere incerto nelle pratiche attuazioni, o peggio ancora essere impunemente violato, sarebbe parola morta; uno degl'interessi supremi dello Stato si è appunto questo, che la funzione del potere giudiziario, che si at-

(1) Stein. *Die Vewaltungslehre* 1869. Laband. *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches.* Tübing. 1878 II § 67.

tua per via di accertamento o dichiarazione dei diritti ne'casi particolari, e di restaurazione nei casi di violenta e cosciente negazione, sia organizzata in modo, che non tema sopraffazioni, nè turbamenti. Questo è espresso con altra forma colle parole: il bisogno supremo di ogni società è il mantenimento della giustizia, perchè il rispetto dei dritti altrui è stato di giustizia e di libertà.

2. Si è vivamente disputato tra i pubblicisti per determinare se questo potere debba dirsi parte del potere esecutivo, o se invece esso fosse un potere autonomo.

Il dissidio si è originato principalmente da ciò, che non si è avuto un concetto esatto e scientifico del potere esecutivo e delle sue funzioni. Imperocchè per potere esecutivo si è inteso quello, a cui è affidata la esecuzione delle leggi. E poichè anche il potere giudiziario non intende ad altro se non a curare, che le leggi siano attuate, è parso che la sua funzione fosse parte di quella generale affidata al potere esecutivo.

Or lo errore sta appunto in ciò, nel ritenere che quella che dicesi funzione esecutiva dello Stato, non attenda ad altro che ad at-

tuare le leggi. A rimover questo errore non saprei dir nè più nè meglio del Laband, il quale scrive:

« Lo Stato come persona è un essere capace di azioni. Egli deve con libera attività adempiere i còmpiti impostigli dal suo fine; ciò può fare solo con azioni, come l'uomo individuo. Queste azioni hanno la loro sorgente nel suo volere, non in una regola di diritto. Ma la libertà del volere ha un doppio limite, uno naturale nella misura delle forze; ed un altro giuridico nelle regole di diritto, le quali talune azioni vietano, ad altre costringono. Come l'individuo compie i suoi còmpiti particolari di vita mercè l'attività, che ha la sua origine nel suo volere, il quale trova i proprî limiti nel suo potere e dovere, così accade dello Stato. I còmpiti che incombono allo Stato non vengono realizzati collo stabilire le leggi; le leggi non sono altro se non regole; esse sono in sè e per sè prive di attività. Uno Stato che non facesse altro che emanar leggi, dovrebbe cadere in dissoluzione; come la meccanica non può produrre una macchina e mantenerla in attività col formar le regole, così lo Stato

non può adempiere i suoi còmpiti vitali col dettar regole giuridiche. Ciò vale sopra tutto per la missione principale di ogni Stato, per la conservazione dell'ordinamento giuridico. Questa missione non è soddisfatta col sanzionare regole di diritto; invece a ciò basterebbe il diritto consuetudinario; ma deve accoppiarsi l'amministrazione della difesa del diritto, e però un' *attività* molto comprensiva, che procura alle regole giuridiche un risultato pratico.

« Allo infuori della difesa del diritto, lo Stato ha altri còmpiti; a lui spetta la difesa dei suoi cittadini e del suo territorio contro attacchi di altri Stati, e la cura del ben essere del popolo. La soddisfazione di questi còmpiti non solo non può essere conseguita collo stabilire regole giuridiche, ma è facile comprendere, ch' essa è possibile anche senza alcuna sanzione di regole giuridiche, dappoichè non ha principalmente nulla di comune coll'attuazione del diritto (1) ».

Or quando per potere esecutivo s' intende quell' organo dello Stato, cui è affidata la cura

(1) Laband. *Das Staatsrecht*. 1878 II. p. 199.

degl' interessi generali politici e amministrativi, si comprende di leggieri che il potere giudiziario si distingua e si differenzii dal potere esecutivo, e come anzi il più completo ed armonico svolgimento de' varî poteri dello Stato si consegua solo con una netta separazione degli organi della sovranità, a cui è dato il governo e l'amministrazione dello Stato, da quello, la cui funzione consiste nell'amministrazione della giustizia, come stato giuridico, tanto nelle relazioni tra cittadini e cittadini, quanto tra i cittadini e i poteri dello Stato, in quanto sono relazioni giuridiche e non politiche.

Ma oltre a questa diversità sostanziale di funzioni, v'è ancora differenza profonda di modo di esplicazione di queste funzioni.

La legge non è veramente tale se non in quanto si attua nei rapporti privati o pubblici, e quindi la sua vera vita sta nella sua dichiarazione nei casi in cui è messa in controversia o nella sua riaffermazione nei casi di negazione costituente reato. E sotto questo aspetto può ben dirsi che il potere giudiziario ha per sua missione curare l'applicazione delle leggi.

Ma la sua funzione si esplica per casi singoli e non per generali provvedimenti; non per iniziativa spontanea, ma mossa da particolare azione. Questa particolarità d' esplicazione, e questa mancanza di spontaneità, costituiscono gli elementi formali di distinzione del potere giudiziario dall'esecutivo, il quale per l'opposto opera per vie generali e per propria iniziativa (1). V' è dunque tra il potere esecutivo e il potere giudiziario profonda differenza di funzioni e di modo di esplicazione di esse, il che costituisce differenza materiale e formale di attribuzioni: differenza, che può sparire solo per una deplorevole confusione della essenza stessa di quei poteri.

3. Delineato così per sommi capi il concetto del Potere giudiziario, ora mi tocca esaminare quali siano le funzioni, ch' è chiamato a svolgere.

Queste funzioni sono determinate dal concetto stesso di quel potere. La potestà giudiziaria, come quella parte della potestà dello Stato, che presiede alla tutela dell' ordinamento giuridico per via di tribunali ordina-

(1) Pellegrino Rossi. *Cours de Droit. Cost.* IV. 239 V. la sua critica al Sismondi.

rii , racchiude due funzioni fondamentali — la *jurisdictio* e il *judicium*. La prima consiste nel diritto, e dovere della pubblica potestà di curare , che sieno istituiti tribunali solidamente ordinati; che tutti gli affari giuridici capaci di una risoluzione giudiziaria siano trattati da giudici ordinarî ; che « la giustizia abbia il suo corso ordinato ». E però è funzione eminente della potestà dello Stato.

La seconda funzione è riposta nell'attività propria di pronunziare giuridicamente, di riconoscere cioè il diritto e di pronunziare il giudizio. Ed è funzione logica, perchè si compie col sottoporre il caso particolare giuridico in disputa alla regola legislativa, e da questa premessa dedurre come conseguenza il giudizio (1). Queste due funzioni possono essere anche separate e venire affidate ad organi speciali, e la seconda anche a privati cittadini, come si vedrà in prosieguo.

Da queste due fondamentali funzioni se ne svolgono altre, che sono per vero dire speciali determinazioni di esse , e che variano secondo il vario ordinamento dei pubblici poteri.

(1) Schulze. II, 293.

Or dovendo muovere in questa indagine sulle particolari determinazioni dalla nostra costituzione e dalla nostra legislazione positiva, noto che secondo esse il Potere giudiziario esplica tre funzioni: la 1.ª *costituzionale*, la quale si attua nel mantenere infrenati i varî poteri dello Stato nei limiti delle loro rispettive attribuzioni, in quanto possono venire in conflitto coi diritti individuali. La 2.ª consiste in quel che dicesi propriamente *giudizio*, sia come dichiarazione del diritto individuale civile o politico conteso, sia come restaurazione del diritto violato, che si attua con gli ordinamenti penali. (*Jurisdictio contentiosa*). La 3.ª infine, detta *Jurisdictio voluntaria*, per distinguerla dalla seconda, è riposta nella tutela di alcune relazioni individuali o familiari.

La 1.ª di queste funzioni è detta costituzionale perchè è determinata dall' ordinamento di pubblici poteri e delle relazioni che intercedono tra essi e tra questi poteri e i cittadini, sia come individui, sia come membri delle varie sfere sociali. Il potere giudiziario in quanto è chiamato ad attuare la legge e la giustizia deve avere competenza a decidere tutte le controversie, nelle quali è qui-

stione di un rapporto giuridico individuale, o di un diritto che la legge garentisce ne' cittadini, sia politico sia civile.

E poichè il diritto individuale può essere negato, in onta alla legge, tanto per fatto particolare dei cittadini, quanto dall'azione del potere esecutivo, spetta al potere giudiziario, ne'limiti della propria competenza, mantenere inviolati que' diritti dando alla legge la intelligenza, che le si conviene. Ciò facendo ne tutela il rispetto, difende il diritto individuale contro gli atti del potere politico ed amministrativo, negando con la sua forza d' inerzia esecuzione a dettami, che non hanno virtù di legge, o che in essa non hanno base; ovvero aprendo l'adito alle riparazioni civili ne' casi singoli e non per via di regolamenti generali. Per tal modo nega efficacia giuridica agli atti di qualunque autorità emessi *vel extra*, *vel contra iurisdictionis*, *aut auctoritatis suae ordinem*, in quanto ledono i diritti individuali; il che si compendia nella formola classica: « *Servare modum, finesque tenere.* »

Questa è perciò funzione eminentemente costituzionale, e lo esame di essa spetta al

diritto pubblico interno fondamentale dello Stato, perchè, come dissi, la costituzione dello Stato è ordinamento giuridico e politico de'suoi varî poteri e delle loro relazioni colle sfere individuali e sociali (1).

(1) Scrisse Hello:

« Il ne fallait rien moins qu'un pouvoir aussi fortement constituè, qui fût esclave de la loi et ne le fût que d'elle, qui, à une dependance absolue de la loi, soignît une indépendance non moins absolue de tous les pouvoirs, qui, dans des limites certaines, fût à la fois inviolable et contenu, au point de n' inspirer ni de concevoir aucune crainte ; il fallait un tel pouvoir, pour lui confier avec sicuritè la double fonction, que nous lui connaissons: 1° la garde de nos biens et de nos personnes, auxquels on ne parvient que après avoir passè devant lui; 2° la garde des limites entre les pouvoirs qui dérive de la prémière, et pour la quelle il est doué de la plus grande force qu' il y ait chez les hommes, de la force d'inertie. Comme toutes les mesures impératives ou prohibitives ont besoin de la sanction dont il dispose, c'est à lui qu'elles aboutissent tôt ou tard, et lui suffit d'un semple refus pour le paralyser. Cette obligation où sont tous les pouvoirs actifs de venir chez lui demander un moyen de contrainte, le constitue juge nécessaire de leurs excès, et par consèquent gardien de leurs limites ». *Le Régime constitutionel dans ses rapports avec l'état actuel de la science sociale et politique*, Ch. III, § IV, pag. 141.

V. pure Soria de Crispani: *Philos. du Droit pub.* p. 119.

Lo studio della seconda delle funzioni, che spiega la potestà giudiziaria, spetta alla scienza dell'ordinamento giudiziario, che determina i varî organi di quella potestà, le relazioni che intercedono fra di esse, e le condizioni giuridiche di esplicamento delle loro rispettive attribuzioni.

L'ultima delle funzioni, o quella detta giurisdizione volontaria, non deriva necessariamente dalla essenza della potestà giudiziaria, imperocchè la tutela di quei rapporti individuali o familiari, che l'è affidata, potrebbe ben essere data ad altri organi della pubblica potestà, e in specie alle autorità comunali. Questa funzione è attuata principalmente in materia di adozione, di assenza, di tutela e curatela, per temperare o infrenare la patria potestà, od anche per toglierne lo esercizio in caso d'indegnità; per garentire il patrimonio dei minori; per tutelare la personalità della donna maritata di fronte alla potestà maritale, sia quanto alle relazioni puramente personali, sia quanto alle relazioni patrimoniali (abusi di autorità — rifiuto di autorizzazione a stare in giudizio — contraddizione d'interessi — svincolo della do-

te etc.). Volontaria è anche la giurisdizione, che si esplica dal Potere giudiziario nei provvedimenti patrimoniali, che riguardano i condannati, in quelli che si attengono alle divisioni, ai testamenti, alla riabilitazione dei falliti, e in molti altri casi, che determinano la legislazione civile, la commerciale e leggi speciali, come quella notarile etc. (1).

È indubitato, come osserva giustamente lo Schulze (2), che il Magistrato in tutti questi atti opera non come autorità *giudiziaria*, ma come autorità *amministrativa*. Il Glück ha ampiamente e dottamente dimostrato, che secondo il Diritto Romano ogni giurisdizione nel vero senso della parola era contenziosa. La giurisdizione volontaria, parola di cui si ha traccia solo in qualche legge (3), non era

(1) Una larga enumerazione dei molteplici rapporti individuali o familiari, in cui interviene il magistrato, senza che alcuna contesa giuridica sia surta, si può leggere nel dotto *Commento alla Procedura Sarda di* Pisanelli, Scialoia, Mancini, I, p. 374.

(2) Ivi p. 299.

(3) L. 2, D. de off. Procons. « Omnes Proconsules statim, quam urbem egressi fuerint, habent *jurisdictionem*, sed non contentiosam, sed *voluntariam;* ut ecce manumitti apud eos possunt tam liberi, quam servi; et adoptiones fieri. Apud legatum vero Proconsulis nemo manumittere potest, quia non habet *jurisdictionem talem.* » —L. 3 eod. « Nec

che *legis actio,* distinta dalla *jurisdictio*, e dipendeva da speciale concessione. Gli atti, che secondo le moderne legislazioni appartengono alla giurisdizione volontaria, o appartenevano alla contenziosa o erano attribuiti in virtù di una delegazione della legge. Alla giurisdizione volontaria dei Romani spettavano solo quelle azioni giuridiche, che non richiedevano istruzione, nè costrizione giudiziaria. E però il Proconsole poteva esercitarla dovunque, anche fuori la città di Roma, mentre la vera e *propria jurisdictio*, l'*imperium*, non poteva esplicarsi se non nella Provincia, cui era delegato (1). Dare il tutore al minore, che non ne avea, intervenire nelle adozioni, nelle emancipazioni, nelle manomissioni, erano funzioni poste fuori la sfera della giurisdizione, concedute al magistrato non per intuito della sua carica, ma per ordine speciale della legge, e però eran

adoptare potest; omnino enim non est apud eum *legis actiò* ».

(1) Definita dal BRENNING: *Facultas, negotia quaedam legitima explicandi, non iure suo, sed ex speciali lege ac nominatim data concessione magistratui competens.* (Dissertazione sui *Dubia circa legis actionum actuumque legitimam interpetrationem* § VI.

dette *legis actiones*, e solo dopo giurisdizione volontaria. Anche la giurisdizione penale non era compresa nella *jurisdictio*, che rifletteva le sole controversie civili. I Romani dissero *quaestiones*, *cognitiones criminales*, *judicia publica*, *imperium merum*, *potestas gladii*, la giurisdizione penale. Solo negli ultimi tempi dello Impero sotto la parola *jurisdictio* s'intese tutta la pienezza delle funzioni attribuite alla potestà giudiziaria espressa colle parole: *Do*, *dico*, *addico* (1).

Ad alcuni scrittori moderni è parso ragionevole, che tutta la materia della giurisdizione volontaria fosse sottratta al potere giudiziario o almeno ai magistrati giudicanti (2).

Lo Schulze ricorda che nel 1848 l'Assemblea Nazionale germanica formulò un progetto di legge, in cui al § 89 era detto: « Saranno sottratte ai Tribunali tutte quelle funzioni, che non consistono o non richiedono una pronunzia giuridica ». Ma egli avverte

(1) GLÜCK — *Pandekten*. Erlangen 1792, III, p. 4, 9, 83 e seg.

(2) Tra i più recenti il JOUSSERANDOT, professore di Pandette alla Università di Ginevra, vorrebbe affidarla al Pubblico Ministero, o al Sindaco. *Du pouvoir judiciaire et de son organisation en France*. Paris 1878.

come questa era una proposta sfornita di qualsiasi valore pratico, e difende la competenza speciale del potere giudiziario, sia perchè si tratta di cose strettamente connesse colla sua giurisdizione, sia perchè richiedono una svariata conoscenza tecnica e giuridica, sia in fine perchè i giudici offrono le maggiori garentie per la tutela giuridica di que' rapporti, in grazia della loro imparzialità e del metodo saldamente ordinato, con cui trattano gli affari (1).

4. Un fugace sguardo alla storia ci addimostra, che tanto l'assoluta indipendenza del Potere giudiziario di fronte agli altri poteri dello Stato, quanto queste forme molteplici di sue attribuzioni sono il prodotto del lento e progressivo svolgimento dell'idea dello Stato e della sua sovranità, imperocchè la varietà delle funzioni, seguita da armonico coordinamento di esse, è il perfezionamento di ogni organismo vivente, e sovratutto degli organismi morali.

E per fermo lo svolgimento storico del potere giudiziario è intimamente connesso colla

(1) Ivi II, 299.

vita degli Stati. Quando lo Stato è ancora involuto nella forma rudimentale della famiglia, e si ha lo stato patriarcale, la funzione propria del potere giudiziario deve assumere naturalmente la forma di giudizio del capo della famiglia, che determina il diritto di ciascun membro di essa, e di *castigatio domestica* nei casi di trasgressione dei suoi ordini (1).

Negli stati democratici, in cui il popolo partecipava direttamente allo esercizio di tutte le funzioni sociali, era il popolo che giudicava nei comizî, e in tempo di maggiore svolgimento giuridico, un magistrato che lo rappresentava. Col sistema feudale, la terra dava al signore e conquistatore la sovranità e con essa il diritto di giudicare della fortuna e della vita dei vassalli, e il potere giudiziario si trasmetteva per fedecommesso, poichè il padrone della terra era il padrone dell'uomo (2). E quando sulle rovine di quel sistema surse in Europa la monarchia assoluta, il primo bisogno dei principi fu quello

(1) Lange. *Römische Rechtsalterthümer*. Grimm. *Rechtsalterthümer*.

(2) Rossi. iv. 240.

di ritirare a loro la potestà di giudicare, d' onde la massima, che ogni giustizia emana dal Re, massima che fu la negazione di tutte le giurisdizioni feudali e signorili. E però il principe presiedeva egli ai giudizî, o vi mandava i suoi rappresentanti, e il reclamo per parte di chi si credeva leso da un ingiusto giudizio era portato direttamente al principe, il quale, rivocando la sentenza, non faceva che disapprovare l' abuso che del potere da lui delegato avea fatto il suo rappresentante, onde dinanzi a lui non v'era irrevocabilità di giudicato, che potesse reggere.

Gli è perciò che, quando, vinte e dome le giurisdizioni signorili, si sentì il bisogno di una giustizia certa e lontana dagli arbitrii, a cui mal rispondeva la giustizia dei principi, surse prepotente il desiderio di una magistratura indipendente. « Nella forma di governo della Monarchia assoluta, insegnò il nostro Manna, l' unità ideale della sovranità è rigorosamente espressa e rappresentata dall' unità materiale della persona. Quindi risulta l' assioma unico e fondamentale della monarchia assoluta, che tutta quanta la sovranità con tutti e tre i suoi elementi sia eminentemente raccolta e con-

centrata nel principe; onde egli ritiene la triplice qualità di legislatore, di esecutore e di giudice supremo dello stato. » Ma, a misura che le monarchie assunsero forme civili e lo Stato divenne uno stato di diritto, il primo potere, che si distaccò dalla unità indistinta della potestà del principe, si fu quello di giudicare. Il potere giudiziario rimase confidato ad una gerarchia sostanzialmente distinta e separata dalla gerarchia esecutrice, ma fu pur sempre esercitato a nome del principe, da cui si reputava delegato, e che ritenne a sè la censura suprema dei suoi atti, e talora il diritto di rivederli ed approvarli in ultimo grado di giurisdizione, e si conservò come eminente prerogativa personale la potestà di *far grazia* nelle materie penali.

Era riserbato alla Monarchia rappresentativa inaugurare le pubbliche libertà coll' assicurare la indipendenza e la sovranità del potere giudiziario nella sfera delle proprie attribuzioni. Distinto il potere legislativo dall'esecutivo, non conveniva confondere questo col giudiziario, ma era necessità costituirlo come potere armonizzato sì cogli altri, ma con attribuzioni sue proprie, con indipendenza

assoluta di giudizio, e con affrancamento da qualunque soggezione o censura. Gli è per questo che lo studio delle condizioni, nelle quali è costituito il potere giudiziario, e dei rapporti, che intercedono tra lo stesso e gli altri poteri dello Stato, è del massimo interesse; perocchè ad esso è affidata, come già dissi, la tutela dei diritti e delle persone, e quella dei confini nei quali devonsi muovere i varî poteri dello Stato. Dal che segue, che il modo con cui è organizzato il potere giudiziario, si connette intimamente colla costituzione dello Stato, e l' azione che la magistratura esercita su gli altri poteri e sulla vita del popolo, benchè spesso non avvertita, pure è continua, costante e profonda, operando non per scosse violenti, ma con lavorio perenne e duraturo, onde Hello ebbe a dire, che antica era l' alleanza del potere giudiziario colla libertà.

Io però non mi son proposto se non lo studio della funzione costituzionale, che esercita il Potere giudiziario, tenendo principalmente di mira il nostro ordinamento politico o la nostra Costituzione.

E poichè questa funzione si svolge di fronte

agli altri poteri dello Stato in concorso colla loro azione, mi corre il debito di studiare le relazioni, che passano tra il Potere giudiziario e la Corona; tra esso e il Parlamento, tra quel potere e il potere esecutivo sia come Governo sia come Amministrazione. Mi volgerò quindi allo esame delle condizioni costituzionali di ordinamento del Potere giudiziario stesso, indi a quello delle condizioni di svolgimento delle sue funzioni, in quanto e le une e le altre sono poste dal diritto pubblico interno dello Stato, come condizioni del suo essere e come deduzioni di quelle relazioni cogli altri poteri pubblici. E da ultimo m' intratterrò rapidamente sulle varie giurisdizioni speciali, cui è affidata non poca parte della tutela de' diritti politici o civili individuali, delle quali alcune non rientrano rigorosamente nella famiglia del Potere giudiziario.

CAPITOLO II.

Relazioni del potere giudiziario colla Corona.

5. Per ben definire le relazioni che passano tra la Corona e il Potere giudiziario, è necessario muovere da un concetto esatto della funzione costituzionale, che spetta al Principe nella monarchia rappresentativa moderna. A determinare ciò conviene eliminare opinioni opposte ed esagerate, che riescono o alla negazione della libertà, o a menomare l' alta dignità del Capo dello Stato.

Il sovrano costituzionale rappresenta la stessa personalità cosciente dello stato, l'*Io*, ed è il principio di unità, l' ingranaggio di tutti i poteri, come bene disse Pellegrino Rossi. Ad esso metton capo tutti i poteri dello Stato, benchè non li assorba, anzi se ne distingua, perchè è il Principe, che, rappresentando la suprema autorità dello stato, sia di fronte al popolo, sia nelle relazioni cogli altri stati, è il principio di autorità in cui quelli si riconoscono e si armonizzano.

Lord Brougham scriveva nel suo studio sulla Costituzione inglese, che secondo lo spirito di essa, il Monarca non dev'essere già una mera cifra, bensì una parte sostanziale del sistema politico, e un giusto freno alle altre parti (1). A queste idee del gran Cancelliere dei Whigs risponde l' opinione del Todd nella sua maestrevole opera sul Governo parlamentare inglese. Egli insegna:

« La suprema Autorità esecutiva dello Stato in qualsisia materia, civile o militare, insieme a giurisdizione e supremazia su tutte le cause e persone ecclesiastiche nel Regno, appartiene al Re della Gran Brettagna per virtù del suo ufficio regio; imperocchè egli è la sorgente di ogni politica giurisdizione in esso.

« Egli è ancora il capo della legislatura imperiale, che deriva la sua esistenza dalla corona ed una parte componente d' ogni legislatura locale ne' suoi dominî. In tutto ciò che concerne la vita esterna dell'Impero e le sue relazioni con gli altri paesi e provincie, il Sovrano è il rappresentante visibile dello Stato. È sua prerogativa speciale il dichia-

(1) *The british Const.* 3ª Ed. London 1862 p. 261.

rare la guerra e far la pace, e contrattare ancora alleanze con nazioni straniere (1) ».

E non dispiaccia udire la parola del Gladstone, a cui non si potrà muovere rimprovero di esser poco amico della libertà.

« Il Sovrano d'Inghilterra è il simbolo dell'unità nazionale ed il punto culminante dell'edificio sociale: è, coll'avviso de' suoi consiglieri, l'autore delle leggi, il capo supremo della Chiesa, la fonte della giustizia, la sola sorgente degli onori; da lui promanano tutti i pubblici servigi, il militare, il navale, il civile. Egli possiede immense proprietà; legalmente riceve e detiene la totalità delle rendite dello Stato; nomina e rinvia i ministri; stipula i trattati; esercita il diritto di grazia o di commutazione delle pene; dichiara la guerra o conchiude la pace; convoca e dissolve il Parlamento; esercita la maggior parte di questi poteri così estesi senza alcuna restrizione precisa della legge; e non pertanto gode, nell'esercizio di queste funzioni e di ogni altra, di una irresponsabilità assoluta quanto alle conseguenze dei suoi atti. La legge

(1) Todd: *On Parliamentary Gouvenment of England*. Londra 1867-1869-II. p. 167.

del Regno-Unito e il meccanismo della sua Costituzione non contengono alcun mezzo di chieder conto al Sovrano della sua condotta. Non è se non in un caso unico ed improbabile, ma esattamente definito, quello in cui egli si sottomettesse alla giurisdizione del Papa, che lo Statuto lo spoglia della Corona. Fuori di questa eccezione particolare, dovuta ad un sentimento ancor molto vivo nell'epoca in cui fu fatta, la Costituzione potrebbe sembrar fondata sulla credenza di una infallibilità reale del suo capo. Pure nulla vi sarebbe di più falso. Il diritto reale, dopo la risoluzione del 1688, poggia espressamente su di un contratto, la cui violazione distrugge il diritto del Sovrano alla fedeltà de' suoi sudditi. Ma niuna disposizione, allo infuori della regola generale di successione ereditaria, ha per fine di provvedere a questa ipotesi più che a quella di un atto colpevole o di un delitto politico. Sembra che il genio della nazione sia rifuggito dal contaminare le sue labbra col pronunziare una tale parola; e noi non possiamo significare con maggiore esattezza questo stato di cose se non dicendo che la Costituzione riguarderebbe l'assenza del Mo-

narca e de' suoi eredi come il caos e che conterebbe unicamente sulla energia di tutte le forze sociali per la ricostruzione legale dell'edificio politico » (1).

Però l'esercizio di tutte le alte funzioni, che la costituzione affida al Sovrano, non può esplicarsi se non per organo di ministri responsabili, e questo crea il concetto della Corona, come distinta dalla personalità individuale del Principe.

Lo stesso Gladstone insegna: « Non v'ha distinzione più essenziale nella pratica della Costituzione inglese, nè più necessaria alla sua intelligenza, quanto la distinzione tra il Sovrano e la Corona. La Corona ha larghe prerogative, innumerevoli funzioni essenziali tutte all'azione quotidiana ed anche all'esistenza dello Stato. Rimetterle nelle mani di uomini, che non sarebbero se non gli strumenti della volontà reale, sarebbe esporre questi poteri a conflitti incessanti con tutte le forze vive della nazione, e ad una catastrofe irremediabile e certa. Gli è però che

(1) Gladstone. *Quaestions Constit.* trad. Gigot. Paris. 1880, nello studio: I nostri cugini d'oltre l'Oceano, p. 281.

le si confidano ad uomini, che devono rispondere in ogni momento dell' uso che ne fanno »

Alla Corona si rannoda, come ogni altro potere, il potere giudiziario. (1)

(1) Stat. Ital. Art. 60 « La giustizia emana dal Re, ed è amministrata in suo nome dai giudici, ch'egli istituisce».

Costituzione napoletana del 29 gennaio 1848: « Art. 81. « La giustizia emana dal Re, ed in nome del Re viene « distribuita da' tribunali a ciò delegati».

Carta fr. del 1830 art. 45. « Ogni giustizia emana dal Re: essa è amministrata in suo nome dai giudici, che il Re nomina ed istituisce».

Cost. Belg. del 1831 art. 30. « Il potere giudiziario è esercitato dalle corti e tribunali. Le decisioni e sentenze sono eseguite in nome del Re ».

Cost. Spag. del 1812 art. 17. « La potestà di applicar » le leggi alle cause civili e criminali risiede nei tribu- » nali fissati dalla legge ». Art. 257. « La giustizia si am- « ministrerà in nome del Re, e tanto le sentenze diffini- « tive, quanto le provvidenze dei tribunali superiori, por- » teranno in fronte lo stesso nome ».

Costit. Bavarese VIII § 1.— Nella costituzione Prussiana e Austriaca del 1849 non è seguito questo principio. Il § 58 della Cost. prussiana vigente si esprime così: « Il Potere giudiziario è esercitato in nome del Re, da giudici indipendenti, e non soggetti a verun'altra autorità che a quella della legge. Le sentenze sono emanate ed eseguite in nome del Re.» — Il *Bentham* propose mutarsi la formola: *In nome del Re*, nell'altra *in nome della giustizia*.

Si è fatta segno a vive censure la formola espressa in varie costituzioni, come nella nostra: « *La Giustizia emana dal Re ed è amministrata in suo nome* ». Ma, come osservò bene il Rossi, questa non è evidentemente se non una frase storica « Dire oggi: ogni giustizia emana dal Re, vale dire: non vi è di legittimo nella società se non la giustizia pubblica, non v'è di legittimo se non la giustizia sociale; le giustizie particolari, le giustizie feudali, le giustizie signorili sono bandite per sempre dal suolo della Francia; questo grande atto, l'amministrazione della giustizia, è un fatto del potere nazionale ».

Agl' inglesi, maestri di libertà non fa paura il dire, che ogni giustizia emana dal Re. Per essi il Sovrano è la fonte della giustizia: *fauntaine of justice*, il magistrato supremo della nazione. Tutti i giudici civili e criminali rendono la giustizia in suo nome, e per sua delegazione, *on the ground of a royal commission*; e la persona del Re, o piuttosto l' autorità regia si considera presente in tutte le Corti. I giudici, dice Stephen, sono uno specchio, che riflette la sua immagine, e codesta prerogativa prende il nome

tecnico di ubiquità del Re: *ubiquity of the king* (1).

Il Todd nella su citata opera scrive:

« Mentre il Sovrano, come fonte di giustizia e sorgente di ogni politica autorità e giurisdizione nel regno, si presume essere personalmente presente in ogni Corte di dritto, e specialmente nell'alta Corte del Parlamento, la giustizia dev'essere distribuita e le leggi vanno applicate in nome del Re, in stretta uniformità delle leggi, usi e consuetudini della costituzione.

» Secondo lo stesso dritto consuetudinario, e più specialmente dopo il riconoscimento formale della dottrina sulla responsabilità ministeriale, il Sovrano d'Inghilterra è costituzionalmente spogliato del pubblico esercizio di qualsiasi funzione reale, eccettuate quelle che sono necessarie a manifestare il regio consentimento agli atti, che sono stati fatti coll'avviso o col concorso di ministri costituzionali. Per esempio, quantunque agli occhi della legge il Re sia sempre presente in tutte le Corti, egli non è al di sopra della legge,

(1) V. Broglio. *Delle forme parlamentari* — Brescia 1865. p. 68.

e non può assumersi di decidere assolutamente alcuna causa civile o penale, ma deve far ciò per mezzo dei suoi giudici (1). E se un atto giudiziario è attribuito con un atto del Parlamento al Re , va inteso esser fatto in una data Corte di giustizia a norma di legge (2). E quantunque il Sovrano possa essere presente nella Camera dei Lords e per qualche tempo durante le deliberazioni di questa Camera, seduto sul trono , pure egli non può ingerirsi e prendere parte ad alcuno dei suoi procedimenti, eccetto quando è in condizione di esercitare le sue prerogative regie. Prima del regno della Regina Anna era usanza del Sovrano di assistere alle discussioni della Camera dei Lords come spettatore, e della sua presenza si faccea menzione nel giornale; ma dopo l'assunzione di Giorgio, questa pratica discutibile , che poteva essere usata per soverchiare l' assemblèa ed influenzarne le discussioni, è sta ta saggiamente abbandonata (3).

(1) Broom *Const. Law.* 145 148.

(2) Stephen-Blakstone. II. 483. 2 C. *Inst.* 186. Fischel, *Eng. Verf.* p. 238.

(3) May, *Treatise on the Law, Privileges etc. of Parliament.* p. 225.

« E quantunque il Re fosse il capo riconosciuto delle forze militari dello Impero, nessun Monarca Inglese si è portato di persona nel campo dopo l'assedio di Dottingen per parte di Giorgio II. Una pratica contraria, dice un recente scrittore sulla costituzione inglese sarebbe in disaccordo colla usanza parlamentare moderna (1). »

Secondo la nostra costituzione, le sentenze sono pronunziate in nome del Principe, ed è in suo nome che si emette la formola esecutiva. Ma questa è soggezione puramente formale, che non menoma affatto la indipendenza di funzioni del Potere giudiziario, il quale nello esercizio delle sue attribuzioni non dà conto se non alla propria coscienza del come amministra la giustizia.

6. Or la prima e fondamentale relazione, che si pone tra la Corona e il Potere giudiziario è quella che crea la istituzione dei giudici. Tre sistemi sono possibili per la costituzione della magistratura: o il potere esecutivo sceglierà i magistrati, ed avrà il diritto di ricompensarli e promuoverli a suo beneplacito ; o

(1) Todd.—II. p. 173.—Fischel. p. 193.

sarà il popolo, che per via di elezione li eleggerà sotto certe condizioni; o infine la loro nomina e la loro promozione dipenderà da un sistema misto, in cui si fondono la elezione e la scelta.

È indubitato che il primo di questi sistemi non conferisce punto alla indipendenza del Potere giudiziario e non risponde all' autonomia delle sue funzioni. « La scelta del magistrato per opera del potere esecutivo, osserva il Prèvost-Paradol , e il suo avanzamento a beneplacito di questo potere costituiscono il sistema francese, quale lo vediamo applicare sotto i nostri occhi. Non vi è bisogno di un lungo esame per riconoscere che questo sistema non può assicurare in alcun modo l'indipendenza dei magistrati di fronte al Potere esecutivo, imperocchè questo Potere tiene nelle sue mani la loro carriera , e decide sovranamente del loro avvenire. L'inamovibilità è l'argomento ordinario de' difensori di questo sistema , e si sostiene volentieri, che l'inamovibilità è una garentia sufficiente d'indipendenza. Non pertanto nulla è meno conforme alla logica ed alla natura delle cose. I servitori dello Sta-

to, che non siano magistrati, non sono, come essi, inamovibili, ma possono, come essi, ricevere promozioni: tutt' i funzionarî diversi dai magistrati possono dunque temere ad un tempo di non salire e di discendere. Or, si domanda quale di questi due moventi opera più efficacemente sull' animo di funzionarî amovibili, e ne assicura meglio l' indipendenza? È il timore di discendere, o,come si dice, di essere destituito? Ma questo timore quasi non esiste, perchè il fatto della destituzione è infinitamente raro. Gli è il timore di non salire, di non avanzare, il qnale è al tempo stesso il freno del funzionario francese e lo stimolo sempre attivo del suo zelo. Di questi due moventi, o per meglio dire di questi due istrumenti di soggezione, il timore di discendere, ed il timore di non salire, il nostro ordinamento giudiziario sopprime il primo e più debole per lasciar pienamente sussistere il secondo, che non solo è il più forte, ma è il solo efficace, e vorrebbe conchiudere che questo ordinamento garentisce sufficientemente l'indipendenza della magistratura! Questa asserzione non può sostenere la discussione in teoria, ancor quando si trascurasse la

testimonianza decisiva dell'esperienza » (1).

Nè utilmente può farsi ricorso al sistema inglese, imperocchè in Inghilterra i giudici sono nominati dalla Corona, la loro indipendenza è assicurata non meno dalla nomina a vita — *quamdiu bene se gesserint*, (good behaviour); che dal numero limitatissimo di venticinque, dall'alto appannaggio, e da quel complesso di condizioni politiche e sociali, che ne fanno una delle più alte e rispettate autorità del Regno Unito (2).

Ma non meno pericoloso è lo affidarsi al secondo sistema, a quello della elezione popolare. A costituire il buon magistrato si richieggono due cose: illuminata conoscenza del diritto e imparzialità ed indifferenza di animo (3). Di questi due dati non può esser giudice migliore il popolo, al cui intelletto le passioni politiche o gl'interessi di parte spesso fanno velo. E su tal punto si può utilmente consultare l'autorità del Seaman, che parla di un sistema che ha visto funzionare praticamente. Egli scrive:

(1) *La France nouvelle.* Paris 1876 p. 158.
(2) Franqueville. *Les Inst. dell' Angleterre* p. 258, 277.
(3) Zachariae. *Vierzig Bücher über Staat.*

« Il metodo di fare eleggere i giudici dal popolo, seguìto in molti stati, è un'anomalia, sconosciuta nella storia del mondo, tranne in quella dell'antica Roma, che cadde finalmente nell'anarchia, nella guerra civile e nel dispotismo per l'influenza della corruzione, della democrazia e del potere militare. Certo non mancheranno dei buoni giudici, quale che siasi il sistema d'elezione o di nomina; ma il metodo che ne affida la scelta al popolo, non ha avuto successo. Tal metodo non ha punto migliorato il carattere delle Corti negli Stati che l'hanno adottato.

« Un giudice dovrebbe essere un uomo d'esperienza, segnalato non solo per la sua conoscenza delle leggi e pel suo ingegno, ma ancora per filantropia e per la rettitudine e fermezza del suo carattere. Egli non dovrebbe essere un uomo sensibile, nervoso, irritabile; nè un uomo di sentimenti troppo teneri, da poter essere facilmente scosso e dominato dalle amicizie, parzialità, e infortunî dei litiganti; ma dovrebb'esser retto costantemente da uno spirito di giustizia, temperato da umanità e da considerazione meritata, ma non eccessiva, della infermità della natura u-

mana. Egli non dovrebbe avere dei favoriti speciali nel foro, e, per regola generale, gl'interessi della giustizia si avvantaggiano quanto meno intime sono le relazioni fra il giudice ed il foro, che pratica innanzi a lui.

« Un membro d'un partito politico attivo e zelante rarissimamente dovrebb' essere nominato giudice; egli stesso non dovrebbe accettar mai di esserlo, tranne nel caso che fosse di una intelligenza molto superiore e d'una grande esperienza, di un carattere morale elevatissimo, e di un temperamento generoso, senza ombra d'avarizia o d'egoismo.

« Le masse della popolazione non sono atte a giudicare della capacità legale e della esperienza, come dell'attitudine per le alte cariche giudiziarie, poichè esse sono generalmente troppo ammiratrici dei talenti oratorî. Sono molto più adatte a scegliere gli uomini necessarî per le funzioni esecutive ed amministrative.

« Designare dei candidati ad alte cariche giudiziarie per mezzo di convenzioni dei partiti politici e farli eleggere dal popolo è un metodo infelice per ottenere buoni giudici. È impossibile che in tal guisa si abbiano giudici

imparziali. I giudici non dovrebbero mai pensare ch'essi dipendono da alcuni litiganti del loro tribunale, e da qualche membro del foro quanto alla loro designazione ed elezione. Siffatti sentimenti non possono accordarsi coll' imparzialità e la buona amministrazione della giustizia (1) ».

Da questo giudizio del pubblicista americano, che a taluno potrà parere troppo acre, non dissente quello del Prevost-Paradol, il quale alla sua volta dice: « Noi riconosciamo facilmente, che questo secondo procedimento (di composizione della magistratura per via di elezione popolare) è lontano dal fornire garentie migliori del primo per la buona scelta dei magistrati, sia dal punto di vista dei lumi, sia da quello della indipendenza. È quasi inutile, avvertire da una parte, che lo spirito di partito determinerebbe ordinariamente la scelta della maggioranza, e dall'altra parte che il magistrato, dipendendo da' giudicabili, sarebbe troppo spesso inclinato a sacrificare alla necessità della sua rielezione o alla gratitudine per la sua elezione passata, il dovere della

(1) Seaman. *Le Système du Gouvernement Americain* — Trad. *Hippert* Bruxelles 1872 p. 226.

imparzialità e gl' interessi sacri della giustizia » (1).

7. Eliminati così questi due sistemi opposti, si perviene alla idea di adottare un sistema misto, nel quale la istituzione per opera del potere esecutivo e la elezione sono contemperate.

Per non dire di progetti solitārii o poco autorevoli, mi contenterò di ricordare quello della Commissione istituita in Francia nel 1870 (2), il progetto del Beranger, quello di Giulio Favre, e le proposte del Prevost-Paradol.

La Commissione Francese mosse dal principio che la nomina dei magistrati , di cui conservava le categorie , non dovea essere lasciata al potere esecutivo; e soprattutto che

(1) Ivi p. 162—Nello stesso senso Laboulaye. *Hist des Étas Unis.* III. p. 490 —Duvergier de Hauranne. *Huits mois en Amerique.* Paris. 1865 II. p. 106. — Troll pe. *North America.* Leipzig. 1862 III. p. 162—Lieber. *On civil liberty.* I. 242. 244. Mohl. *Gesch. und Litteratur der Staatswissenschaften* I. p. 529, e *Staatsrecht. V. n. P.* I p. 509.

(2) Ne fecero parte Crémieux , Arago, Faustin Hélie, Marc. Dufraisse, Valette, Chaudey, Dareste , Herold et Albert Liouville.

i giudici non doveano esser presi tra i membri del Pubblico Ministero. Quindi proponea che i giudici di pace dovessero essere nominati dal Tribunale di Circondario; i giudici di prima istanza dal Tribunale di appello; e i giudici di appello dal Tribunale di Cassazione. Sarebbe poi spettato al Parlamento la elezione de' componenti il Tribunale di Cassazione. Ma le scelte non doveano essere arbitrarie, dovendosi attingere a liste di preparazione formate da corpi elettorali speciali: la riunione de' Sindaci del cantone pei giudici di pace; un Corpo composto di elementi giudiziarii ed elettivi pe' giudici di prima istanza e di appello.

Il Beranger invece si fece a proporre un progetto la cui idea principale si fondava sul concorso. Coloro che fossero riusciti avrebbero avuto diritto alla nomina dipendente sempre però dal Potere esecutivo, a cui spettava del pari il dritto di promozione, coll'obbligo però di sciegliere su di una lista di presentazione di tre nomi fatta dai Tribunali di appello, ai quali si unirebbero i delegati del foro. La Commissione chiuse le sue sedute il 14 giugno 1871. L'Assemblea nazionale,

già costituita, fu dominata da idee più temperate. La sua Commissione organizzò un sistema di presentazioni obbligatorie, tanto per le nomine, quanto per le promozioni, alle quali presentazioni doveano concorrere i Tribunali, il Foro ed il Pubblico Ministero.

La nomina quindi rimaneva al potere esecutivo, e la gerarchia non subiva immutazioni.

Questo progetto rimase sepolto negli archivii dell'Assemblea.

Giulio Favre, fautore palese del sistema elettorale, si fece a proporre alla sua volta come compromesso un progetto col quale chiese: 1.° l'inamovibilità; 2.° l'abolizione di ogni distinzione di classe e di gradi, l'eguaglianza assoluta di grado, di dignità, di assegno; 3.° sola differenza tra i membri della magistratura, quella delle funzioni; 4.° la nomina per opera del Ministro di Giustizia su di una lista di tre candidati redatta da un Corpo elettorale composto: 1.° dei magistrati della sede in cui si deve eleggere il titolare; 2.° del Consiglio di disciplina dell'ordine degli avvocati, annesso alla sede; 3.ª della Camera dei Procuratori della stessa sede;

4.° della Camera dei notari; 5.° di una delegazione del Consiglio generale e dei Consigli di Circondario.

Per la Corte di Cassazione il Corpo elettorale si sarebbe composto: 1° dei membri della stessa Corte; 2° di un Consigliere delegato da ciascuna Corte di Appello; 3° dei professori della scuola di dritto di Parigi; 4° del Consiglio dell' ordine degli avvocati alla Corte di Cassazione; 5° di nove Senatori e di nove deputati eletti a scrutinio di lista dagli ufficii di ciascuna Assemblea. Il Favre propose inoltre che la nomina de' Presidenti di ogni Corte, di ogni Tribunale e di ogni Camera fosse fatta dallo stesso Collegio, per tre anni e con facoltà di rielezione. Adottò il progetto di riduzione del numero delle Corti e dei Tribunali secondo il progetto di legge della Commissione del 1870. Fissò a tre il numero de' magistrati necessarii per la validità di una sentenza. Propose da ultimo l' abrogazione del Decreto del 1° Marzo 1852 sul limite di età de' magistrati.

Queste sono le linee principali del progetto Favre.

Giova pure ricordare, che l' Odillon Barrot in una tornata dell'Accademia delle scienze morali propugnò una riforma giudiziaria, a cui era di base il giurì civile, secondo il progetto del Bonjean, del quale dirò in prosieguo.

Il Prevost-Paradol infine ricordando il sistema vigente per la scelta de' membri del Collegio di Francia e delle facoltà universitarie, vorrebbe la nomina per parte del Potere esecutivo su presentazione di un numero ristretto di candidati fatta dagli stessi corpi giudiziarii. Ed ove si temesse la prevalenza dello spirito di corpo, egli consiglia far concorrere alla presentazione alcune assemblee elettive : i Consigli di Circondario presenterebbero i loro candidati (due candidati p. e.) insieme ai Tribunali per la scelta dei giudici di pace e di prima istanza; i Consigli generali in concorso delle Corti di Appello pei membri di esse; mentre le Corti di Appello, la Corte di Cassazione ed il Senato avrebbero il diritto di presentazione in ciascun caso di vacanza nella Corte Suprema. La Corte di Appello e la Corte di Cassazione si sceglierebbero i Presidenti nel loro seno e per via di elezione.

Il Prevost-Paradol aggiunge che vi è più di un modo di regolare e combinare l'azione di questi corpi elettivi con l' azione de' corpi giudiziarî per presentare alla scelta del Potere esecutivo, e pei varii gradi di gerarchia, un numero molto limitato di candidati, fra i quali si eserciterebbe la nomina per parte del ministro, sotto la sua responsabilità dinanzi la Camera. Si potrebbe, egli dice, lasciare a mo' di esempio il Potere esecutivo padrone dell' entrata nella carriera, abbandonandogli la nomina de' giudici di pace e di giudici di prima istanza, non facendo cominciare l' intervento delle doppie liste e della doppia presentazione per parte dei corpi giudiziarî e de' corpi elettivi se non a partire dalle Corti di appello. È il sistema vigente nel Belgio, ch' egli reputa atto ad assicurare l' indipendenza della magistratura senza distruggere le linee generali dell' organizzazione giudiziaria francese. E conchiude col dire: « È sorprendente come noi siamo rimasti per tanto tempo insensibili ad un esempio così decisivo, e che lo spettacolo delle nostre leggi, in tal guisa corrette ed emendate, sia rimasto su noi senza influenza. Indizio fra tanti,

che colpisce, della nostra incapacità alle riforme, la quale si concilia sventuratamente colla nostra facilità a fare le rivoluzioni (1) ».

Uscirei dai confini tracciatimi se mi addentrassi in un esame critico di questi varii progetti. Non discostandomi dal punto di vista delle relazioni costituzionali del Potere giudiziario, delle quali solo mi dèvo occupare, a me pare che si debba accogliere questo principio regolatore della quistione: alle due funzioni fondamentali del Potere giudiziario, la *jurisdictio* e il *judicium*, possono corrispondere due organi distinti: il magistrato e il giudice popolare. Il magistrato, in cui la coltura del diritto dev' essere elevata a professione di tutta la vita, perchè divenga coscienza riflessa e scientifica e in cui la tutela dell' ordine giuridico dev' essere sentimento profondo del proprio dovere. Il giudice popolare, perchè nella dichiarazione dei fatti, che il magistrato deve ridurre alle norme giuridiche stabilite nelle leggi, si appalesi la coscienza del popolo, a cui il giudizio serve anche di scuola per l'educazione politica e giuridica (2).

(1) Ivi pag. 164 e seg.

(2) Confr. GLASER: *I rapporti della Magistratura colla*

Il modo di costituzione della magistratura permanente deve tendere a questo doppio fine: assicurare la scelta di funzionari illuminati: garentirne la indipendenza. Il primo scopo potrà essere raggiunto principalmente con istituzioni, che diano larga efficacia agli esami, ai concorsi, ed ammettano anche in certi limiti le cooptazioni per parte dei collegii superiori (1). Il conseguimento del secondo desiderato potrà ottenersi sia con una riforma dell'istituto della inamovibilità, di cui dirò in altro capitolo, sia affidando agli stessi corpi giudiziari la scelta dei loro capi , sia consentendo ad essi, come dissi, una limitata cooptazione.

Quanto al giurì, non è al certo il caso di doversi addentrare in un esame largo delle sue origini e della sua ragion d' essere. Si può muovere però da questo dato storico innegabile , che il suo sorgere e propagarsi nelle civili nazioni è intimamente connesso

Giuria, (Rivista penale del Lucchini — luglio 1880) in cui ha riassunto i suoi varii studii sulla questione.

(1) Opportune ed acute osservazioni ha scritte il GLADSTONE sull'importanza degli esami pei pubblici ufficii nella società moderna nei suoi scritti sul Principe Alberto. *Questions. Const.* passim.

col sorgere e svolgersi delle libertà politiche.

« Le jury, et surtout le jury civil, ha scritto il Tocqueville (1), sert à donner à l'esprit de tous les citoyens une partie des habitudes de l'esprit du juge; et ces habitudes sont prècisèment celles qui prèparent mieux le peuple à être libre. Il répand dans toutes le classes le respect pour la chose jugée et l' idée du droit. Otez ces deux choses, et l' amour de l'indépendance ne sera plus qu' une passion destructive.

« Il enseigne aux hommes la pratique de l'équité. Chacun, en jeugeant son voisin, pense qu'il pourra être jugé à son tour; cela est vrai sortout du jury en matiére civile; il n'est presque personne qui craigne d'être un jour l'objet d'une poursuite criminelle, mais tout le monde peut avoir un procès.

« Le jury apprend à chaque homme à ne pas reculer devant la responsabilitè de ses pròpres actes, disposition virile sans laquelle il n'y a pas de vertu politique.

« Il revêt chaque citoyen d' une sorte de magistrature, il fait sentir à tous, que ils ont

(1) *De la democratie en Amèrique* II. p. 185.

des devoirs à remplir envers la société, et qu' ils entrent dans son gouvernement, en forçant, les hommes à s'occuper d'autre chose que de leurs propres affaires, il combat l'egoïsme individuel, qui est comme la rouille des sociétés. Le jury sert incroyablement à former le jugement, et à augmenter les lumières naturelles du peuple. C'est là, à mon avis, son plus grand avantage. On doit le considérer comme une école gratuite et toujours ouverte, où chaque juré vient s'instruire de ses droits, où il entre en communication journaliére avec les membres les plus éclairés des classes élevées, où les lois lui sont enseignées d' une manière pratique, et sont mises à la portée de son intelligence par les efforts des avocats, les avis du juge, et les passions mémes des parties.

« Je pense qu'il faut principalement attribuer l' intelligence pratique, et le bon sens politique des Américains, au long usage qu'il ont fait du jury en matière civile. Je ne sais si le jury est utile à ceux qui ont de procès, mais je suis sûr qu' il est utile à ceux qui les regarde comme l'un des moyens les plus efficaces dont puisse se servir la société pour l'education du peuple ».

Presso le nazioni latine e in Germania il giurì civile non ha trovata accoglienza. Forse a questo stato di cose ha contribuito l'ordinamento del diritto privato, che colle codificazioni ha reso molto ardua pel giudice popolare la separazione del fatto dal diritto, e il districare le sottili relazioni civili; mentre nei giudizii penali il senso morale del popolo basta a cogliere i gradi del dolo, e valutare al giusto le passioni, che producono i reati.

Però il Bonjean fin dal 1845 nel suo *Traité des actions* propugnò vigorosamente le istituzione del giurì civile. Egli ricordò che quando Sieyés e Duport ne proposero l'adozione all' Assemblea costituente, la gran maggioranza di questa vi fece buon viso, ma combattuta vivamente dal Tronchet, e debolmente difesa da Thouret finí per soccombere, e il 30 aprile 1790 fu reso un decreto così concepito: « L'assemblea nazionale decreta: 1.° vi sarà un giurì in materia criminale; 2.° non sarà stabilito in materia civile ».

Il Bonjean riconobbe, che una opposizione quasi unanime covrì la voce di quei rari pubblicisti, che vollero in seguito risolvere la

quistione. Ma affrontandola con dottrina ed acume grandissimo cercò ribattere tutte le considerazioni fatte prevalere contro il giurì civile, e si fece a sostenere la necessità del giurì civile speciale.

« Il giurì, disse egli, non è una istituzione arbitraria e capricciosa, il prodotto accidentale di tale o tal' altra forma sociale, di tale o tal'altra necessità politica; il giurì è inerente alla natura delle cose; non è che una applicazione del gran principio della *divisione del lavoro*. Niun uomo ai nostri dì, fosse Newton, Leibnitz o Cuvier, può abbracciare l'assieme delle conoscenze umane; e, a meno che la scienza e le arti non ritornassero verso la barbarie, è necessità che le quistioni, le quali si riferiscono ad una branca qualsiasi delle scienze o delle industrie, siano giudicate da uomini che ne fanno uno studio particolare. Pel giudizio di quistioni di fatto, di quistioni di arte, il giurì offre maggiori probabilità di una buona giustizia, che non i Tribunali composti di giureconsulti; e questo basta, perchè nelle cose umane il bene assoluto è una chimera; e conviene sapersi contentare di un bene relativo ».

E conchiuse così sul giurì civile: 1° Il giurì è una giustizia popolare, renduta da uomini, che d'altronde *non ne fanno la loro professione*; 2° I giurati devono possedere la fiducia dei litiganti; per quanto è possibile, che sieno scelti dalle parti medesime; 3° Infine i giurati non devono pronunciare che sulle quistioni di fatto.

Il progetto del Bonjean è stato recentemente ravvisato dal Jourserandot nello studio su citato, col quale cerca difenderlo e propagarlo, come uno dei mezzi atti a risolvere l'amministrazione della giustizia; sostenendo inoltre che l'ultimo progresso nell'ordinamento delle giurisdizioni giudiziarie sarà raggiunto colla costituzione dei giurati speciali, come sono il giudice di commercio, quelli per le contestazioni industriali, e quelli istituiti per fissare le indennità di espropriazione dalle leggi del 1836 e 1841.

Il giurì di accusa non ha trovato neppur favore in Francia, in Italia e in Germania, imperocchè è più conforme alle eccezioni e sistema dello Stato in queste nazioni, il confidare l'esercizio dell'azione penale ad un or-

gano , disciplinato e permanente (1). Ammesso però il giurì per le cause risguardanti gravi reati , sarà inevitabile coll' andar del tempo l'adozione del giudizio per giurati con debiti temperamenti, anche nelle cause pei reati minori.

Molti sono i rimproveri mossi al giudice popolare, ma quando l'istituzione sarà costituita in modo da assicurare nei giurati una convenevole cultura ed un sentimento fermo di moralità, il giudizio popolare passerà alla storia come una delle fondamentali guarentigie di libertà. Il Sismondi, dopo di aver parlato delle autorità amministrative locali confidate al popolo, scrisse queste parole , che sarà utile ricordare :

« La seconde prèrogative qui donne au peuple une éducation politique qui développe en lui l'intelligence et le respect de la loi , c' est la participation au pouvoir judiciaire. Que partout où cette prèrogative existe, même avec des formes demi barbares , on se garde de l'ébranler, sous prétexte du respect pour les principes, ou de la division des pou-

(1) Bluntschli. *Staatsrecht.* Lib. VIII. C. I.

voirs. Aprés l'avoir perdue, il ne serait pas facile de la recouvrer. Qu' on travaille seulement à éclairer d'une plus vive lumière le Tribunal populaire de l'alcayde, du waywode ou du bourgmestre.

« Là où le peuple n' a aucune part' à la jurisdiction , qu' on prépare les lois et les moeures pour l'introduction future du jury, par la publicitè complète de la procédure, et par le debat oral. Ces deux innovations sont pour l'audience spectatrice une initiation à l'étude des lois et à l'action de la justice; elles sont pour les prévenus une sauvegarde devant les tribunaux. Mais qu'on ne songe point à donner le jury au peuple, jusqu'à ce que il s'en soit montrè digne en se constituant le défenseur de l' ordre, au lieu d' être l' alliè de tout prévenu ».

E in ciò sta l'avvenire della istituzione (1).

8. Dal principio che al potere esecutivo spetta curare che la intera vita dello Stato si svolga secondo i principii stabiliti nella co-

(1) Sul giuri si ha una letteratura ricchissima. A tutti i culturi delle scienze giuridiche penali sono noti i lavori di Mittermaier, di Glaser, di Mayer, di Bar etc. e tra i nostri di Pisanelli, di Pessina etc.

stituzione , deriva l' altro che nel Gabinetto dev'esservi un organo speciale, che abbia per sua funzione la superiore sorveglianza sull'andamento della giustizia. Non è punto concepibile nello Stato moderno un ordinamento del potere giudiziario senz'alcun ligame con quel potere, in cui risiede il governo supremo del popolo. È nella essenza di questo potere la superiore ispezione di tutt'i pubblici ordinamenti. L'amministrazione della giustizia , come mantenimento e tutela dell' ordine giuridico è parte principale della vita dello Stato. Su di essa, come su di ogni altro ramo di pubblica amministrazione , ha diritto di sorveglianza il Parlamento, siccome sarà dimostrato in prosieguo. Or questa sorveglianza non può esercitarsi se non quando l' ordinamento della giustizia è costituito in modo, che nel Ministero vi sia un organo speciale di rappresentanza del potere giudiziario di fronte al Parlamento , e che sia politicamente responsabile del retto andamento della giustizia stessa.

E poichè non può darsi responsabilità , dove non v' è diritto d' ispezione , ne segue che l' intero ordine giudiziario dev'essere co-

stituito con una relazione gerarchica, con un ministro della Corona, a cui deve metter capo, ed in cui deve incentrarsi la funzione giudiziaria ispettiva.

Gli è così che si pone la seconda relazione costituzionale tra il potere giudiziario e la Corona.

Il ministro della giustizia deve avere ad un tempo funzioni giudiziarie ed esecutive. Egli è chiamato a rispondere dinanzi al Parlamento del corso normale della giustizia. Se la persecuzione dei reati s'infiacchisse; se le Corti trascurassero di rendere giustizia ai cittadini; se nel renderla abbandonassero le forme solenni, secondo le quali debbono esplicare le loro funzioni; spetterebbe a quell'alto funzionario anche nel silenzio dei privati offesi da questo perturbamento della giustizia, richiamare i magistrati alla osservanza delle leggi e dei proprii doveri, e provvedere in modo, che si ovvii a futuri danni. Rompendo ogni lagame fra il potere giudiziario e l'organo centrale del potere esecutivo, da un canto quello, abbandonato a sè stesso, potrebbe sovvertire gli ordinamenti giuridici; e dall'altro questo non avrebbe nessuna responsabilità di fronte

al Parlamento, a cui conseguentemente verrebbe meno ogni mezzo di esercitare la sua alta funzione ispettiva o di sindacato sull'amministrazione della giustizia nello Stato.

Però questo ligame o rapporto del potere giudiziario non dev'essere soggezione che ne menomi la indipendenza. La sorveglianza sul corso della giustizia non è data al ministro di giustizia come diretta ingerenza nell'esercizio delle funzioni giudiziarie, chè sarebbe distruzione della indipendenza della magistratura, ma come tutela dei cittadini, perchè la giustizia non si arresti mai, nè sia ad alcuno negata.

Osserva opportunamente il Laband, che tra l'organismo dei pubblici funzionarii amministrativi e quello dei funzionarii giudiziarii vi è questa profonda differenza, che il capo supremo della gerarchia nel primo risponde del contenuto stesso dei loro atti, perchè egli può comunicare a quei funzionarii i suoi ordini, e dettare le norme di azione; laddove il ministro di giustizia non ha se non una funzione puramente ispettiva sull'amministrazione della giustizia, onde risponde solo del corso formale di essa, non del contenuto de-

gli atti giudiziarii. E questa differenza costituisce la vera ragione d'indipendenza assoluta della magistratura, imperocchè l'inamovibilità non è che un mezzo per garentir questa indipendenza, nulla di più (1).

Per l'art. 129 della legge italiana sull'ordinamento giudiziario « il pubblico ministero è il rappresentante del potere esecutivo presso l'autorità giudiziaria, ed *è posto sotto la direzione* del ministro della giustizia ». E questi, per l'art. 243, ha potestà di *ammonire* e *censurare* gli ufficiali del pubblico ministero. Ma non basta; l'art. 216 dispone: « Il ministro della giustizia esercita l'alta sorveglianza su tutte le Corti, i Tribunali, e i giudici dello Stato, e *può ammonirli*. Egli può chiamare a se ogni giudice, affinchè risponda sui fatti ad esso imputati. Il giudice deve comparire nel termine che gli viene prefisso ».

Or in quanto il ministro della giustizia è capo supremo del ministero pubblico, cui spetta un'azione veramente giudiziaria, come dirò al cap. 7, e in quanto ha l'alta sorveglianza sulla magistratura giudicante, ed una giuris-

(1) *Staatsrecht* I, § 32 e 36.

dizione disciplinare, può considerarsi far parte dell'ordine giudiziario. Forse il nostro diritto positivo, discostandosi nell'ordinamento del P. M. dalle tradizioni napolitane per seguire gli ordinamenti francesi, non armonizza con questi principii. Ma non è men vero, che un diritto di alta ispezione e di ammonizione in uno Stato costituzionale, non può esser dato ad un organo assolutamente estraneo al potere giudiziario (1).

Intesa così, come dissi, la relazione gerarchica tra il ministro della giustizia e il potere giudiziario, non è menomata la indipendenza di funzioni di questo, e per tal via si può conseguire quello stato di reciproca sorveglianza e censura dei varî poteri dello Stato, da cui si origina la loro fusione, o meglio la loro armonia, in cui i moderni pubblicisti ripongono l'essenza del costituzionalismo,

(1) Per la legge organica dell'ordine giudiziario delle due Sicilie del 29 maggio 1817 il ministro di giustizia poteva presedere la Corte Suprema quando era chiamata a risolvere il dubbio di legge. Art. 131. Quindi certamente avea funzioni giudicatrici. In Francia per la legge del 24-31 maggio 1872, come vedremo a suo luogo, il Guardasigilli è presidente del Tribunale dei conflitti.

eliminando il falso concetto meccanico della separazione e indipendenza dei poteri (1).

9. Ultimo rapporto del Principe col potere giudiziario crea il diritto *di grazia*, nella doppia forma di diritto a troncare il corso ai giudizii penali abolendo l' azione, e rendendo impossibile la persecuzione giudiziaria, e nell' altra di sottrarre in tutto o in parte il colpevole alla espiazione della pena inflitta con sentenza divenuta irrevocabile. L' art. 8 dello statuto italiano dice: « Il Re può far grazia e commutar le pene ». Anche a questa prerogativa regia, che arresta l'azione del potere giudiziario, o paralizza la esecuzione dei suoi pronunciati, si sono talvolta creati alcuni limiti costituzionali.

A taluno è parso ch'essa contraddica alla indipendenza de' poteri dello Stato, e metta il Principe al di sopra ed al difuori della legge. Ma tutte le costituzioni delle monarchie rappresentative riconoscono nel sovrano il diritto di grazia, ed anche la costituzione dell'America del Nord (Cost. II. 3) accorda al Presidente della Repubblica il diritto di far

(1) Bagheot. *La Const. angl. passim*—Gladstone loc. cit.

grazie o di menomar la pena, eccetto il caso di accuse per reati contro l' amministrazione dello Stato (1).

Anche qui ad eliminare falsi concetti giova non confondere il Principe colla Corona. Il diritto di grazia è prerogativa del Monarca, ma non può essere esercitata se non costituzionalmente, ossia per organo del ministro, il quale è chiamato a rispondere dinanzi al Parlamento dei consigli dati al Sovrano. Il diritto di grazia, insegnano i pubblicisti inglesi, come ogni altra prerogativa, è affidato

(1) Cost. pruss. § 49 « Il re può abolire le istruzioni di già cominciate soltanto in base ad una legge speciale ». La Cost. Bavarese invece dispone (VIII §4) « Il re non può in verun caso impedire un processo pendente od un'inquisizione cominciata ». Il diritto di mitigar le pene è riconosciuto dalla Costituzione Svedese § 23. Olandese § 66. Bavarese. III. § 4. Belga 73. Spagnuola § 47, 3. Prussiana § 48. Francese del 1830 art. 58, del 1852 art. 8. Generalmente si è limitato poi il diritto di grazia quanto ai ministri condannati, richiedendosi la domanda di una delle Camere. Di regola nelle Repubbliche moderne si è escluso nel presidente il diritto di far grazia. Per eccezione il presidente degli Stati Uniti di America ha il diritto di far grazia e di mitigar le pene, tranne però il caso di accuse per reati contro l'amministrazione dello stato (Cost. II. 3).—Così pure il Presidente della Repubblica francese. Cost. § 36. Non però i governi svizzeri.

alla Corona pel ben essere del popolo, e viene esercitato sull'avviso dei ministri responsabili. È inoltre sottoposto al sindacato del Parlamento, il quale ha più volte spiegata la sua azione con statuti per limitare e restringere gli effetti del perdono regio (1).

Però questo sindacato ha legittimi freni derivanti dalla natura stessa di quella prerogativa. Il Peel osservava che non deve esercitarsi se non quando sorga ragionevole sospetto che la giustizia ne sia pervertita per fini di corruzione. E il Macaulay disse, che allo esercizio del diritto di grazia è più atto il peggior ministro che non la migliore Camera.

Strettamente connessa col diritto di grazia

(1) Todd. op. cit. I. p. 343.

Per vedere come questa teorica siasi svolta su di una base storica assolutamente diversa, giova ricordare su che si fondava il diritto di grazia riconosciuto nel Re dallo statuto 27 di Enrico VIII. c. 24.

« Ogni reato criminale o è diretto contro la pace della Regina o contro la sua Corona o dignità. Il sovrano è quindi proprio la persona che deve perseguire ogni offesa e rottura della pace. Di qui la sua prerogativa del perdono, essendo ragionevole che quella persona soltanto debba avere il diritto di dimenticare, ch' è ingiuriata. » Todd, ivi.

è la potestà di *riabilitare* i condannati, ossia di liberarli delle incapacità giuridiche, sia quanto ai diritti politici, sia quanto ai diritti civili, che sono conseguenza delle condanne (esercizio di professione, facoltà di far da tutore, di testimoniare ecc.) Per la nostra legislazione (1) la *riabilitazione* è accordata dal Principe con decreto reale. Però questo speciale diritto di grazia si esplica con un procedimento essenzialmente giudiziario. Non si fa luogo alla riabilitazione se non sotto date condizioni, e principale è quella di essere preceduta da parere favorevole della Sezione di accusa. Ond' è che non si dà luogo a riabilitazione, se il parere è contrario; ma, se è favorevole, il Sovrano resta libero di accordarla o rifiutarla. Sono pure imposte certe limitazioni di tempo e certe restrizioni pei recidivi. In tutto il procedimento di riabilitazione il potere giudiziario ha diretta azione fino alla pubblicazione in udienza del decreto di riabilitazione (2).

(1) Art. 834 e seg. della procedura penale.

(2) Sulla *riabilitazione* dettò una dotta monografia il chiariss. prof. N. Alianelli (Napoli 1863). Colla guida delle fonti tracciò la storia di quello istituto dai tempi di Roma, ne' quali la *restitutio in integrum* era accordata

CAPITOLO III.

Relazioni del Potere giudiziario col Parlamento

10. Lo studio delle relazioni, che, secondo la costituzione dello Stato, passano tra il potere giudiziario e il Parlamento, è della maggiore importanza; imperocchè è indubitato che il Parlamento, e principalmente la Camera elettiva, nella monarchia rappresentativa moderna costituisce il centro della vita politica del popolo, è il primo dei poteri dello Stato (1).

sotto la Repubblica dal popolo ne' Comizî, come per Cicerone, e poi dal Senato e dal Principe col mutarsi la forma dello Stato, fino ai nostri dì. È notevole, che l'editto del Pretore stabiliva a quali persone era, o del tutto o con alcune limitazioni, proibito di postulare (Dig. *De postul.*, III, 1). Ma col predominare del potere assoluto, la potestà di riabilitare concentrata nel principe si affrancò da ogni vincolo, e si confuse col diritto di grazia. A questo sistema s'ispirò la legislazione medioevale, e solo ritornarono le forme giudiziarie e le limitazioni colla separazione della riabilitazione dalla grazia, per opera delle moderne legislazioni, e dapprima col codice francese del 25 settembre 1791, che, mentre abolì il diritto di grazia, mantenne la potestà di riabilitare (Part. 1, t. 7, a.13).

(1) « È un assioma fondamentale della Costituzione

Questo studio ci porta ad esaminare le seguenti quistioni :

1.ª Se possa competere al potere giudiziario il decidere sulla costituzionalità delle leggi; 2.ª Qual parte debba farsi ad esso nella verificazione delle elezioni dei deputati; 3.ª Quale sia la rispettiva competenza del Parlamento e del potere giudiziario nelle quistioni, che si sollevano intorno ai privilegi dei Senatori e dei Deputati. 4.ª In fine se si debba consentire, ed in quali limiti, un sindacato del Parlamento sull'amministrazione della giustizia.

Io dirò, per sommi capi, di queste quistioni, per quanto si attiene strettamente alle relazioni costituzionali del potere giudiziario col Parlamento, tenendo di mira principalmente la costituzione del nostro Stato.

La soluzione della prima delle proposte quistioni dipende dal determinare i limiti della potestà legislativa del Parlamento.

E per fermo il giudizio sulla costituzionalità delle leggi importa un doppio esame,

« inglese moderna, che la Camera dei comuni è il primo « dei poteri dello Stato ». Gladstone ivi n.° 30 V. pure Bagheot *La Const. Angl.* trad. fr. Paris 1869 VI-VII.

l'uno materiale, l'altro formale. Il primo vuol dire giudizio sul contenuto stesso delle leggi, per vedere se esse sono in armonia o pur no colle norme dettate dalla costituzione. Il secondo si compie coll'esaminare se la legge è stata emessa da quel potere e secondo quelle forme, che la costituzione stessa determina.

Il primo di questi esami non è concepibile in uno stato autonomo, e fuori ogni vincolo federale, se non in quanto si neghi al Parlamento il diritto di modificare la costituzione. Or il potere detto costituente può giuridicamente e politicamente risiedere nel Parlamento, imperocchè è in esso che si racchiude la sovranità dello Stato, in quanto si compone del Re e delle due Camere.

La sovranità dello Stato, *suprema potestas*, o *animus Reipublicae*, secondo Vico, risiede necessariamente in quell'organo, che rappresenta la personalità del popolo nella sua forma organica, che dicesi Stato. Questa potestà è forza attiva, è energia che crea e ricrea le forme in cui si manifesta la vita stessa dello Stato. Imperocchè questa non è forma fissa e immutabile, ma movimento e progresso, onde cade necessariamente nella storia.

Colla costituzione sono create le diverse autorità e distribuite le diverse funzioni.

Ma oltre a questa parte, che col Romagnosi può dirsi la parte *fissa* delle costituzioni, v'è la parte variabile, ch'è quella colla quale si determinano i varî *modi*, coi quali si devono esercitare queste funzioni. Questa parte variabile deve nascere contemporaneamente a quella fissa, perchè, dirò collo stesso Romagnosi « quel pensiero unico, pieno, e fecondo, che immagina la legge, immaginar pur deve anche il regolamento. » Tanto l'una quanto l'altra costituiscono insieme quel complesso di leggi, che si dicono costituzionali, perchè determinano l'essere dello stato e le forme sostanziali di esso (1). La costituzione può dirsi la base, il principio fondamentale e permanente di tutta la legislazione, perocchè le singole leggi, mentre devono seguire lo svolgimento perenne della vita dello stato, debbonsi ispirare ai principî, che informano la costituzione, devono attuarli ne' singoli casi, e rimaner sempre fedeli a quello spirito.

(1) Mohl. *(Encyklopädie) der Staatswissenschaften.* § 20.

Ma l' organo , cui dev'essere confidato lo svolgimento progressivo di quei principî non può essere se non quello in cui risiede la sovranità dello Stato, che, rinnovellandosi a brevi periodi , attinge alla sua fonte la coscienza delle nuove idee e dei nuovi bisogni del popolo, che domandano una pronta soddisfazione, senza ricorso ad un potere costituente estraneo, al potere del dì di festa, come disse bellamente il Guizot, e il cui intervento apporterebbe sempre un grave turbamento al corso normale della vita dello Stato.

Certo che nella costituzione sono fermati i grandi principî secondo i quali si deve svolgere la vita politica e giuridica del popolo, nè questi principî mutano col volgere di breve tempo. Una sana politica legislativa importa come precipua esigenza , che non si mutino con sconsigliata facilità quelle leggi, che son dette costituzionali, perchè formano la base degli ordinamenti dello Stato , dei pubblici poteri e delle relazioni di essi con gl' individui e colla società.

Ma ciò non importa che debba essere negato al Parlamento il diritto di rifare queste leggi , quando esse non rispondono più alle

mutate condizioni politiche e sociali dello Stato. Ecco quanto su tal punto insegna opportunamente il Laband :

« I principî giuridici racchiusi nella costituzione non possono essere mutati se non per gravi condizioni, ma non spetta loro un'autorità superiore a quella, che si racchiude nelle altre leggi. E per vero non v'è nello Stato un volere superiore a quello del Sovrano, ed in questo volere si radica egualmente la forza obbligatoria tanto della costituzione quanto delle leggi. La costituzione non è un potere mistico, che ondeggia sullo Stato, ma un atto di volontà dello Stato eguale ad ogni altra legge, e però mutevole per opera di questo volere. Al certo può essere prescritto legislativamente , che non si debbano apportare mutamenti alla Costituzione per via indiretta (val dire con leggi che ne modifichino il contenuto) , ma soltanto per via diretta con leggi, che mutano la sua espressione esterna. Ma dove non esiste una massima di diritto positivo, che disponga una simile condizione rigorosa pei mutamenti della costituzione , non la si può dedurre dalla natura giuridica di questa, dal rapporto dello statuto col-

le semplici leggi. Il principio, che le leggi particolari devono star costantemente in armonia colla costituzione e che non possono mai essere inconciliabili con essa, è semplicemente un postulato della politica legislativa, ma non un principio di diritto. Pur consentendo essere desiderabile che lo stato di diritto e della costituzione, legislativamente posto, non stia in contradizione colla parola dello statuto, pure la esistenza di fatto di una tale contradizione è in sè e per sè tanto possibile e giuridicamente ammessibile quanto una divergenza del codice penale, del codice di commercio o della procedura con la legge speciale posteriormente emanata (1) ».

E lo Schulze scrive alla sua volta:

« Il potere legislativo è la potestà suprema nello Stato. Le manifestazioni di essa sono le norme giuridiche supreme, a cui si debbono sottoporre i singoli cittadini, come i comuni; le corporazioni e le autorità amministrative, come i giudici. Or si domanda se questa potestà suprema nello Stato è anche senza limiti. Si parla volentieri di una così

(1) *Staatsrecht*, II. § 57, p. 38.

detta onnipotenza del Parlamento, e con ciò s' intende dire, che il supremo potere dello Stato, « il re in parlamento » può stabilire legislativamente quello che vuole. In uno Stato singolo sovrano la potestà legislativa è per certo *formalmente* senza limiti. Non può essere istituita autorità alcuna, la quale possa fornire un rimedio giuridico contro il legislatore. Anche i Tribunali stanno al di sotto, non al di sopra della legge , e devono applicare ancor quelle leggi, che possono sembrare loro essere inopportune , ingiuste o immorali. Il singolo giudice può dar le sue dimissioni per scrupoli di coscienza; il Tribunale, come tale, non può mai negare obbedienza a qualsiasi legge. Se nello Stato potesse sussistere un'autorità chiamata a decidere sul *contenuto* della legge, e facoltata a respinger le leggi, che le sembrassero illegali, sarebbe essa il vero sovrano » (1).

Da questi principî promana la conseguenza, che non può essere consentito al potere giudiziario lo esame della costituzionalità delle singole leggi quanto al loro contenuto, tran-

(1) *Das Preussische Staatsrecht.* II. § 177 p. 253.

ne il caso che la costituzione non abbia stabilito un organo speciale, la cui unica funzione fosse quella di modificare le leggi fondamentali dello Stato. Mancando questa, perchè la costituzione politica fosse davvero una forma viva e organica della vita del popolo, è necessità che quel potere, in cui risiede lo esercizio della sovranità, avesse ancora la potestà costituente, che esclude ogni sindacato sul contenuto delle singole leggi per parte del potere giudiziario. E quindi non si può non respingere come erroneo il concetto che il Mohl ha espresso colle seguenti parole (1):

(1) Questo eminente scrittore ha fatto della quistione tema speciale di uno studio pubblicato nella sua opera: *Staatsr. V. R. u. Polit.* sotto il titolo: *Ueber die Bedeutung verfassung-widriger Gesetze*, in cui propugna vivamente il diritto di giudicare della costituzionalità delle leggi, quanto al loro contenuto.

V. pure l'altra sua opera: *Gesch. u. Litteratur der Staatswissenschaften.*

Per avere un'idea dei concetti da cui fu giudicata la scuola francese, basta leggere le seguenti parole del Laferrière: « La maxime anglaise sur l'omnipotence parlamentaire était exclue de notre droit public. La charte était la loi des lois, la loi des tous les pouvoirs constitués; les pouvoirs créés par elle ne pouvaient y porter atteinte, et si des modifications avaient été ju-

« Il legislatore, dice il Mohl, non può ema-
« nar norme, che sieno in contraddizione di
« una *specie superiore* di leggi, e però non
« semplici leggi contrarie alle leggi costitu-
« zionali, nè ordinanze, che contrastino colle
« leggi. Questa è un' innegabile esigenza lo-
« gica. Da ciò segue che una tale legge con
« un contenuto impossibile, non può nè de-
« v' essere eseguita, sia dai cittadini sia dalle
« autorità chiamate ad attuare leggi *vali-*
« *de* » (1).

La nazione, ch'è la fonte ultima da cui promana il potere legislativo, ha aperta la via per ritirare ai legislatori il mandato loro confidato, quando tradendo lo spirito della

gées nécessaires, il aurait fallu, que le pouvoir constituant se manifestât et agît, d' aprés des formes légalement arrêtées d' avance par la puissance législative, pour un révision, qui n' avait pas été prèvue expréssement, car le primier besoin du pays êtait celui de la stabilitè dans les institutions ». Dr. Pub. I. p. 22.

Ma opportunamente nota lo Schulze, che a queste teoriche dottrinarie fa aspro contrasto la singolare instabilità di tutte le costituzioni francesi, messa di fronte alla vita politica dell'Inghilterra, ove il Parlamento ha potere costituente. Ivi p. 257.

(1) Mohl. *Encyklopädie.* § 21.

costituzione, avessero create leggi, che lungi dal fecondare i principî posti colla costituzione dello Stato, ne sostituissero altri opposti. Una nuova legislatura disfarà l'opera incostituzionale della prima. Ma confidare questo potere supremo di censura ad un altro dei poteri dello Stato, significa proclamare la impotenza del potere legislativo ed aprire il varco all'anarchia, legalizzando la resistenza alle leggi.

A queste considerazioni vuolsi aggiunger l'altra, che la censura e la resistenza per parte del potere giudiziario riuscirebbero non meno fatali per esso, perocchè trascinato dalla necessità delle cose e dalle sue funzioni ad esaminare il merito delle leggi, perderebbe quella serenità di giudizio, che costituisce la ragion precipua della sua grandezza e della sua forza. Messo fuori ed al di sopra dei partiti, il potere giudiziario non ha altra guida, se non quella sicura delle leggi. Esso deve pronunziare *secundum leges, non de legibus*. Chiamato invece a criticare e valutar la giustizia e il merito delle leggi, sarebbe travolto nelle lotte passionate dei partiti, che della censura delle leggi si

fanno arma per combattere le Assemblee legislative.Il Tocqueville, che pure si ferma con ammirazione dinanzi alla costituzione del potere giudiziario in America ed all' influenza che esercita nella vita politica, è costretto a riconoscere, che non ultimo pericolo di tale stato di cose è questo, che potrà facilmente accadere , che talvolta sien rispettate leggi cattive perchè emanate da un potere dalla mano dura , e che talvolta si generi il più gran disordine colla disobbedienza alle buone leggi, in momenti in cui la debolezza del governo esigerebbe maggior fermezza nel far rispettar le leggi da tutti indistintamente.

E poichè questo è un punto su cui ancora prevalgono opinioni errate , giova soffermarvici, toccando della scuola inglese ed americana, a cui si è usi ricorrere.

11. In Inghilterra la quistione della costituzionalità delle leggi si è svolta insieme a quella detta dell'onnipotenza parlamentare ed ha avute varie fasi storiche.

Dapprima ritennesi, che il magistrato non dovesse rispettare leggi evidentemente ingiuste.

Ma per la lotta contro gli Stuards e colla

scuola del Blakstone prevalse la teorica della onnipotenza parlamentare surrogata al *sovran power* del principe, in virtù della quale si ritenne, che il Parlamento potesse anche emettere leggi costituzionali, e quindi modificar quelle già esistenti. Delolme insegnò: *It is a fundemental principle with the English lawyers that Parliament can do every thing, except making a woman a man, or a man a woman.*

Il Blakstone scrisse: « Il Parlamento ha « un'autorità sovrana e senza sindacato per fa- « re leggi, per estenderle, restringerle, abo- « lirle, rivocarle e farle rivivere. Questo po- « tere legislativo si applica a tutti gli oggetti « ecclesiastici e temporali, civili e militari, « marittimi e criminali. Il Parlamento è il « luogo, dove la costituzione britannica ha « relegato il potere assoluto, dispotico, se oc- « corre, che in ogni Stato deve pure in qual- « che luogo esistere. Il Parlamento può cam- « biare la costituzione del regno, rinnovarla « e se stesso ricostituire su altra base. Esso « può fare tutto ciò che non è impossibile; « e quello che fa il Parlamento nessuna au- « torità della terra può disfare (1) ».

(1) *Com.* I. 161.

E il Paley: « Un atto del Parlamento non « può mai essere incostituzionale nello stretto « senso della parola. In questo senso nem- « meno il flagrante abuso, che faceva dei « suoi poteri un Parlamento di Enrico VIII, « conferendo ai proclami del Re l'autorità di « leggi, era incostituzionale » (1).

Ma di fronte a questa dottrina scrittori più liberali ed indipendenti cercarono porre un freno alla onnipotenza parlamentare. Il Bucher dettò il principio: *Where is a wrong there is a remedy*, in forza del quale ogni atto d'ingiustizia dovea esser refrenato, da qualunque parte movesse. Scrive il Fischel: « Dans l' opinion des légistes qualifiés de pilier du droit commun, nul acte du parlement choquant la raison, l' équité et le droit naturel, n'est valable.

« Le parlement, dit lord Coke, ne peut retirer à personne la protection que lui procure le droit naturel.

« Aussi, le roi peut-il accorder la grâce d'un homme reconnu coupable de premunire, bien que ce dernier, d'aprés un statut de la

(1). Lib. 6, c. 19.

vingt-cinquiéme annèe du règne d' Édouard III chapitre 22, ait encouru la perte de la protection du roi. Dans beaucoup de cas, le droit commun pourra servir de contrôle pour les actes du parlement, et l' interprétateur d' un acte, declarer celui-ci nul, d'après le droit commun; car, toutes les fois qu' un acte du parlement est contraire à la conscience du droit commun ou au sens commun, ou inexécutable, le droit commun venant à contrôler cet acte l' estimera nul et non avenu. D' après une déclaration du lord grand juge Holt, contemporaine de Guillaume III, « il est parfaitement raisonnable et vrai de dire qu' un acte du parlement ordonnant qu'une même personne dût être à la fois juge et partie, serait nul. Un acte du parlement ne saurait fonder une iniquité, malgré l' ambiguité qu' il peut offrir parfois.

« Jamais on ne pourra, dans notre pays, laisser s' identifier l' office de juge et la position de client dans une seule et même personne. Jamais un parlement ne saurait autoriser l' adultère ».

Une acte du parlement , dit lord Hobart, peut être nul dès le principe, comme étant

contraire à l'équité naturelle; car *jura na-* « *turae sunt immutabilia, sunt leges legum*». Les Américains, dans l'établissement de leur constitution fédérale, n'ont donc pas créé un nouveau droit, relativement au contrôle des actes législatifs. Mais ils venaient de prendre les armes contre l'application de la théorie de Blackstone, du pouvoir legislatif illimité du parlement. Cette thèorie est, il est vrai, arrivée à dominer en Angleterre, et beaucoup de membres du parlement y prennent pour la loi tout ce qui sort des presses de l'imprimeur de la reine.

« Reste à savoir quelle résistence des actes du parlement déraisonnables rencontreraient dans les cours de loi de Westminster. Nous avons déjà vu que celles-ci n'ont pas cèdé devant l'allégation d'un privilége. Il pourrait aussi venir un temp où elles refuseraient d'appliquer un acte du parlement contrair au droit, à leurs yeux. Et en cela elles auraient pour elles l'histoire et les sentences des plus grands legistes » (1).

Che che ne sia però di questo voto del

(1) Fischel. *La Const. angl.* Chap. VII. p. 326 e seg.

Fischel, non è men vero che la teorica prevalsa in Inghilterra è quella che solo risponde all' ordinamento politico del suo Stato. Il Gneist, a cui si devono i più profondi studii sull' amministrazione e sulla costituzione inglese ha scritto : « Nel significato dello Stato monarchico , la di cui suprema autorità riposa nel King in Parliament e nel King in Council, i tribunali sono subordinati alla legislazione. Anche qui vale il principio *secundum leges, non de legibus judicare*. Non vi è appello ai magistrati contro il legislatore. La questione del se un atto reale del Parlamento contrasti contro « un assoluto comando della ragione » è sollevata solo come una curiosità. La questione del se un atto reale del Parlamento contraddica al *jus divinum* fu promossa un tempo da ecclesiastici e dissidenti, ma senza alcun risultato nei tribunali. La questione del se una risoluzione del Parlamento sia in opposizione coi principii supremi della *Common Law* , o della *Magna Charta* , o della dichiarazione dei diritti , o con altra legge fondamentale , se vi siano anche « inconstitutional statutes » è stata più volte sollevata in teoria , special-

mente ai nostri dì. I tribunali però non riconoscono un tal principio; essi prestano ossequio alla legge ogni qualvolta il legislatore ha fatto uso della sua potestà, senza indagare se abbia fatto *retto* uso di essa. L'opinione pubblica non vede in simili contraddizioni se non la opposizione dell'arbitrio individuale contro l'ordine pubblico; imperocchè quanto più una costituzione è divenuta stabile e popolare, tanto più si attende dalla legislazione, che elimini accuse di tale natura » (1).

12. In America la quistione della costituzionalità delle leggi ha avuto uno svolgimento storico diverso. Ma ciò che non si è sempre accuratamente notato, si è questo, che esso è dipeso dalla natura speciale di quella Repubblica, in cui la confederazione degli Stati importò la coesistenza di più sovranità e di varie Legislature con limiti definiti per la rispettiva sfera di azione, donde la suprema necessità d' istituire un giudice chiamato a

(1) Atti del quarto Congresso Giuridico tedesco nella monografia: *Soll der Richter auch über die Frage zu befinden haben, ob ein Gesetz verfassungmässig zu Stande gekommen?* Berlino 1863.

dirimere i possibili conflitti di leggi. Si oda infatti quello che il Seaman ha scritto:

« L'atto giudiziario del 1779, che provvide alla organizzazione della Corte suprema, delle Corti di mandamento e di distretto degli Stati Uniti, e prescrisse la loro giurisdizione, i loro poteri e modi di procedura, è un modello di perfezione. La 25ª sezione di questo atto dà alla Corte suprema una giurisdizione di appello sopra ogni sentenza di ultima istanza, o decreto della più alta Corte di uno Stato in tutti i casi che la validità di un trattato, d'uno statuto degli Stati Uniti o d'un atto presentato da un' autorità degli Stati Uniti è messa in quistione, e che la decisione è contraria alla loro validità ; ovvero allorquando si solleva una quistione sulla validità d' uno statuto o di una autorità esercitata in uno Stato a cagione d' incostituzionalità o di contraddizione ai trattati, o statuti, o commissioni date dagli Stati Uniti , e che la decisione è contraria al titolo, al diritto o privilegio reclamato dalla applicazione di una simile clausola della costituzione di un trattato, di uno statuto o di una commissione.

« Essa allora autorizza la Corte suprema ad

esaminare di nuovo ed a rivedere simile giudizio o decreto, sopra un *writ of error* (dichiarazione di errore) ed a procedere in certi casi colla decisione finale della specie, a provvedere e ad effettuare l'esecuzione.

« La maggior parte del nostro sistema giudiziario, tanto per lo Stato quanto per la nazione, come anche la maggior parte della nostra giurisprudenza erano tolte a prestito dalle leggi e dal sistema giudiziario dell'Inghilterra; ma la 25ª sezione della legge giudiziaria era interamente nuova.

« Essa dava alla Corte suprema degli Stati Uniti una giurisdizione e poteri sconosciuti per lo innanzi, che sino ad ora non erano stati esercitati da Tribunale supremo di alcun altro paese.

« Questa sezione della legge giudiziaria rese la Corte suprema l' ultimo commentatore non solo delle leggi e trattati degli Stati Uniti, ma anche della costituzione stessa; e la rivestì del potere di giudicare della validità di ogni trattato degli Stati Uniti , di ogni statuto del Congresso, o di ogni legge, statuto o atto di un governo locale o sottomesso alla sua autorità, come anche di decidere e di de-

terminare in ultima istanza se simile trattato, statuto o atto è o non compatibile con la legge suprema del paese, la costituzione degli Stati Uniti.

« Questa sezione della legge giudiziaria è d'accordo ed in armonia con la costituzione degli Stati Uniti ; essa era ed è necessaria per dare alla costituzione il suo intero effetto. Essa ha fatto della Corte suprema il *centro di gravità* del nostro sistema complicato di governo, l'arbitro fra il governo federale ed i governi degli Stati.

« Essa l' ha rivestita del potere di determinare i *limiti del potere tra il governo federale e quelli degli Stati, come anche i limiti dei poteri di ciascuno di essi.*

« Sotto questa sezione un gran numero degli atti e delle leggi degli Stati sono stati rigettati, dichiarati inefficaci ed annullati virtualmente come contrarî alla costituzione, alle leggi o trattati degli Stati Uniti. —Tutt' i conflitti di giurisdizione, di potere e di autorità tra il governo federale ed i governi degli Stati sono stati evitati.

« Un piccol numero di atti o porzione di atti del Congresso sono stati dichiarati dal-

la Corte suprema incompatibili con la costituzione; e l' opinione del giudice Taney nel caso di *Dred Scott*, sul quale la Corte era divisa e pel quale la maggioranza dei Giudici dichiarava, che l'atto del compromesso del Missory era incompatibile con la costituzione, fu il primo caso deciso da questo distinto tribunale, al quale la maggioranza del popolo degli Stati Uniti rifiutò d'obbedire, e che egli denunziò come viziato. Questa opinione è stata ripudiata da circa 2[3 del popolo degli Stati Uniti come uno sforzo di partito per estendere la schiavitù ai territorî e per farne una istituzione nazionale.Simile decisione non si sarebbe mai ottenuta se quelli del Sud non avessero abusato dei poteri del Congresso e ottenuto, pei 10 Stati con schiavitù, cinque dei nove giudici, ed il controllo della Corte sulle quistioni, che riguardavano la istituzione della schiavitù; mentre la popolazione e gli affari di questi Stati davano loro appena il diritto a quattro giudici. Questo tribunale è stato riformato dopo il 1860 di maniera da assicurare al Nord ed all' Ovest le loro influenze rispettive nelle sue decisioni e di prevenire per l'avvenire l' azione degl' interessi di partito e dei pregiudicati.

« I poteri straordinarî, accordati alla Corte suprema degli Stati-Uniti, le danno una importanza che altro tribunale non ha giammai avuto. Come arbitra e giudice in ultima giurisdizione fra i poteri degli Stati-Uniti, questa Corte ha avuta una influenza salutarissima decidendo le quistioni di giurisdizione e di potere; prevenendo i conflitti fra due governi, che esercitano il potere sullo stesso territorio e sullo stesso popolo in ciascuno degli Stati, e armonizzando gli elementi svariati e dualisti. Essa ha avuta una felice influenza, portando la perfezione del nostro sistema di governo federale, e sviluppando la causa della libertà civile e della legge costituzionale. Ma gradatamente fu eretto un codice o sistema di legge costituzionale, che serve ad illuminare ed a guidare i legislatori, gli uomini di Stato, come anche le Corti, i giuristi ed i legali attraverso il mondo civilizzato (1).

In America quindi il problema della costituzionalità delle leggi è posto come necessaria conseguenza dell'ordinamento dello Sta-

(1) *Le systèm. Du Gouv. Amer.* Ch. 1. Sez. 10.

to. Lo Story, il Marshall e il Lieber, per non dir di altri, formolarono nettamente i termini della quistione.

Scrisse lo Story:

« Nello stabilire un'autorità giudiziaria centrale si è stati mossi da due scopi egualmente importanti e fondamentali in un governo libero. Il primo è l' esercizio regolare dei poteri del governo; il secondo, l' uniformità d' interpretazione e d' azione di questi poteri. Il potere d' interpretare le leggi comprende necessariamente quello di decidere se esse sono o no conformi alla costituzione, ed in quet' ultimo caso, di dichiararle nulle e di nessun effetto. Essendo la costituzione la legge suprema della nazione, se si eleva un conflitto fra essa e le leggi del Congresso, o degli Stati, l' autorità giudiziaria deve seguir solamente quella che obbliga principalmente, cioè la costituzione. Quest' ultimo punto risulta dalla teoria d'una costituzione di governo repubblicano, poichè altrimenti gli atti dell' autorità legislativa ed esecutiva diverrebbero inattaccabili e senza controllo; nonostante le proibizioni e le restrizioni contenute nella costituzione, si farebbe luogo alle più evi-

denti e pericolose usurpazioni senza possibile riparazione. In tal modo il popolo si troverebbe sottoposto al libito dei governanti, sì nel governo nazionale, che in quello degli Stati; in una parola ne risulterebbe in fatto una onnipotenza simile a quella del Parlamento Inglese. L'opinione generale, in America, ha stabilito, che al potere gindiziario spetta di pronunziar l'ultima parola sulla costituzionalità degli atti e delle leggi del governo federale, e di quelli degli Stati, non appena danno luogo ad una disputa giudiziaria.

Da ciò segue che quando queste leggi e questi atti sono sottomessi all' apprezzamento del potere giudiziario dell' Unione, il giudizio dev' essère definitivo; se fosse altrimenti, le decisioni giudiziarie sarebbero disprezzate, ed i poteri legislativi ed esecutivi dominerebbero esclusivamente » (1).

Il C. I. Marshall nel giudizio relativo a Madison disse: « I poteri della legislatura sono stabiliti dalla Costituzione scritta, essa non può eccederli. Il popolo avea il diritto originario di stabilire i principii secondo cui do-

(1) Story. op. cit. II. p. 339.

vevansi organizzare i poteri e i limiti nei quali si dovevano rinnovare. Un tale atto non è legge.Se un atto della legislatura è nullo, non vincola il magistrato, e non può darvî esecuzione. È competenza ed ufficio del potere giudiziario il dire qual'è la legge al caso controvertito, e però deve di necessità intendere ed interpetrare questa regola.Se vi è conflitto tra la costituzione e la legge,la Corte deve decidere quale delle due deve prevalere. Ciò tiene alla vera essenza dell'ufficio giudiziario ».

E il Lieber : « Quando le leggi sono in conflitto in un dato caso, e poichè ogni ufficiale rimane responsabile per quello che fa ufficialmente, un cittadino , che crede che la legge applicata contro di lui è incompatibile con una legge superiore, la costituzione, traduce semplicemente l'ufficiale innanzi alla propria corte per averlo illegalmente oppresso nel caso particolare. La corte è obbligata a rendere giustizia a tutti , è obbligata ancora a decidere questo caso di legge in conflitto tra loro. La Corte non deve decidere direttamente sull' operato della Legislatura. Essa decide sempre sul caso in esame, se vi sono attualmente leggi in conflitto

e se tale è il caso, quale è la legge prevalente, che deve ricevere ossequio quando non possono essere ad un tempo obbedite. Siccome inoltre questa decisione diviene la decisione direttiva per tutti i futuri casi della stessa natura, finchè l'autorità propria e legittima non la muta, la quistione di costituzionalità è virtualmente decisa, ed è decisa in una maniera naturale, facile, legittima e salutare, in armonia col principio della supremazia della legge e della indipendenza della giustizia. È questa una delle evoluzioni maggiori e più importanti del governo della legge, ed una delle maggiori protezioni dei cittadini. Si può dire uno dei veri gioielli della libertà anglicana, uno dei migliori frutti del nostro incivilimento politico » (1).

Il Cooley nella sua maestrevole opera sui

(1) Lieber. *On civil Liberty* , p. 163. Questo A. ricorda, che l'antica Giustizia di Aragona avea potestà di dichiarare le leggi illegali , come noi diremmo incostituzionali, contro il Re e gli Stati. Ma poichè questo potere si esplicava non per via di casi singoli e per speciali persone, ma in via generale, si poneva al di sopra del Re e degli Stati, del Re stesso cioè da cui emanava la potestà di giudicare, onde dovea necessariamente sparire. Confr. le sue *Political Ethics*. II. p. 281.

freni costituzionali imposti alla legislatura, dice:

« Quando si è giudicato che uno statuto è incostituzionale, gli è come se non vi fosse mai stato. Non possono fondarsi diritti su di esso; i contratti che ne dipendono sono invalidi; non protegge chi ha agito sotto di esso; e niuno può esser punito per rifiuto di ottemperarvi in epoca precedente al giudizio. E quello che è vero di un atto nullo *in toto*, è anche vero di quella parte di un atto che si trova incostituzionale, e che conseguentemente deve riguardarsi come non fosse stato mai investito di forza legale » (1).

I pubblicisti di tutte le nazioni sono di accordo nello encomiare questa grande istituzione americana. Riferii le parole del Seaman, giudice imparziale e molte volte non benevolo delle istituzioni politiche della sua patria. Prima di lui il Tocqueville avea scritta una splendida pagina che va sempre ricordata.

« Aux États-Unis, la costitution domine les législateurs comme les simples citoyens.

(1) Cooley. *A Treatise on the Constit. Limitations wich rest upon the legis. Power of the States of the American Union*, 4ª Ed. 1878. Ch. VII.

Elle est la première des lois et ne saurait être modifiée par une loi. Il est donc juste que les Tribunaux obéissent à la constitution, préférablement à toutes les lois. Ceci tient à l'essence même du Pouvoir judiciaire: choisir entre les dispositions légales celles qui l'enchaînent de plus étroitement est en quelque sorte le droit naturel du juge ».

« ..... Lorsq'on invoque devant les tribunaux des Ètats-Unis une loi que le juge estime contraire à la constitution, il peut refuser de l'appliquer. Ce pouvoir est le seul qui soit particulier au magistrat américain, mais une grande *influence* politique en découle ».

« Il est en effet bien peu de lois qui soient de nature à échapper pendant longtemps à l'analyse judiciaire, car il en est bien peu qui ne blessent un intérêt individuel, et que des plaideurs ne puissent ou ne doivent invoquer devant les tribunaux ».

« Or du jour où le juge refuse d'appliquer une loi dans un procès, elle perd à l'instant une partie de sa force morale. Ceux qu'elle à lésès sont alors avertis, qu'il existe un moyen de se soustraire à l'obligation de lui obéir;

les procés se multiplient et elle tombe dans l' impuissance. Il arrive alors l' une de ces deux choses : le peuple change sa costitution ou la Législature rapporte sa loi ».

« Les Américains ont donc confié à leurs tribunaux *un immense pouvoir politique;* mais en les obligeant à n'attaquer les lois que par des moyens judiciaires, *ils ont beaucoup diminué les dangers de ce pouvoir* ».

« Si le juge avait pu attaquer les lois d'une façon thèorique et générale; s'il avait pu prendre l'initiative et censurer le législateur , *il fut entré avec éclat sur la scène politique...* Mais quand le juge attaque une loi dans un débat obscur et sur une application particulière, il dérobe en partie l'importance de l'attaque aux regards du public. Son arrêt n'a pour but que de sauvegarder un intérêt individuel ; la loi ne se trouve blessée que par hasard ».

« D'ailleurs la loi ainsi censurée n'est pas détruite; sa force morale est diminuée, mais son effet matériel n'est point suspendu ».

« De plus, on comprend sans peine qu'en chargeant l' intérêt particulier de provoquer la censure des lois , en liant intimement le

procés fait à la loi au procès fait à un homme, on assure que la législation ne sera pas légèrement attaquée. Dans ce système elle n'est plus exposée aux agressions journalières des partis. En signalant les fautes du législateur, on obéit à un besoin réel: *on part d'un fait positif et appréciable, puisq'il doit servir de base à un procès* ».

« Si le juge ne pouvait attaquer les législateurs que de front, il y a des temps où il craindrait de le faire; il en est d'autres où l'esprit de parti le pousserait chaque jour à l'oser. Ainsi il arriverait que des lois seraient attaquées, quand le pouvoir dont elles èmanent serait faible, et qu'on s' y soumettrait sans murmures quand il serait fort; c'est-à-dire que souvent on attaquerait les lois lorsqu'il serait le plus utile de les respecter, et qu'on les respecterait qnand il deviendrait facile d'opprimer en leur nom ».

« Mais le juge américain *est amené malgré lui sur le terrain de la politique*. Il ne juge la loi que parce qu'il a à juger un procès, et il ne peut s'empêcher de juger le procès. La question politique qu'il doit résoudre se rattache à l'intérêt des plaideur et il ne

saurait refuser de la trancher sans faire un déni de justice..... Il est vrai que, de cette manière, la censure judiciaire, exercée par les tribunaux sur la législation, ne peut s'étendre sans distinction à toutes les lois, car il en est qui ne peuvent jamais donner lieu à cette sorte de contestation nettement formulée qu' on nomme un procès. Et lorsqu' une pareille contestation est possible, on peut encore concevoir qu'il ne se rencontre personne qui veuille en saisir les tribunaux. »

« Les Américains ont souvent senti cet inconvénient, mais ils ont laissé le remède incomplet, de peur de lui donner, dans tous ces cas, une efficacité dangereuse ».

« Resserré dans ces limites, le pouvoir accordé aux tribunaux américains de prononcer sur l'inconstitutionnalitè des lois, forme encore une des plus puissantes barrières qu'on ait jamais élevées contre la tyrannie des assemblèes politiques » (1).

Il Rüttmann come a riassumere i varii giudizii dice : che la potestà di rifiutare esecuzione alle leggi o decreti illegali non riposa su di

(1) *La démocratie en Amerique.* p. 162.

una disposizione della costituzione, ma sulla dottrina e sulla pratica dei Tribunali americani, i quali ragionano così: Il popolo fa la costituzione; il popolo solo può quindi modificarla. Se la legge contraria alla costituzione potesse avere effetto legale, la legislatura potrebbe modificare la costituzione. Di qui la teorica della nullità della legge, che contraddice alla costituzione, e la impossibilità morale nel giudice di darvi esecuzione. I tribunali debbono applicare le norme giuridiche vigenti nello Stato. Quando due leggi egualmente in vigore sono in contraddizione tra loro, i tribunali sono obbligati a metterne una da parte. Nel caso di conflitto tra la costituzione e la legge, non possono ignorare la costituzione, e tener presente soltanto la legge. Il Kent, che tratta maestrevolmente questa teorica, dice che tali principî sono le pietre fondamentali della libertà, conforme alla libertà, e alla sicurezza dei diritti privati, e fa i più alti elogi della Corte Suprema (1).

Il Rüttmann aggiunge, che a questo alto

(1) Kent. *Com. on Am. Law.* 5 od 1844. I p. 443.

Tribunale si sono mosse due accuse : che nello esplicamento delle sue funzioni agisce con molta circospezione, anzi timidezza , e dei suoi pronunziati gli altri poteri tengon poco conto. Ma egli risponde, che la prima accusa ridonda invece a decoro di quel Magistrato , e che la seconda è insussistente , perchè, esclusi rari casi, in generale tutti i poteri dello Stato accolgono con deferenza i suoi pronunziati (1).

12. Non si creda infatti che queste lodi siano state meritate dal potere giudiziario in America, senza aver dimostrata una grande virtù di temperanza nello esercizio delle sue gravi funzioni costituzionali.

Per avere un concetto chiaro dei limiti, nei ~~nei~~ quali è stata infrenata la potestà del magistrato, è utile prendere a guida ciò che ha insegnato il Cooley nella sua opera più su citata.

La teoria, che questo pubblicista insegna, confortandola di non poche autorità di scrittori e di Corti può riassumersi nelle sue seguenti osservazioni. Egli dice:

(1) *Das Nordamerikanische Bundesstaatsrecht verglichen mit den politischen Hinrichtungen der Schweiz.* Zurich. 1873 § 288 p. 3 14 391.

« Dev'essere evidente per tutti, che il potere di dichiarare invalido un atto legislativo è uno di quelli, che il giudice, conscio della fallibilità dell' umano giudizio , deve rattenersi dallo esercitare nel caso in cui può strettamente, coscienziosamente e con debito rispetto all' ufficio e al giuramento prestato declinare la sua responsabilità. Il potere legislativo e il giudiziario sono poteri coordinati del governo, forniti di eguale dignità; ciascuno di essi è egualmente supremo nell' esercizio delle proprie funzioni, e non può esser sottoposto, nè direttamente nè indirettamente, al sindacato o censura dell'altro, finchè opera nei limiti delle proprie attribuzioni, senza un' assunzione di potere non garentita nè concessa dalla costituzione. La costituzione conferisce i poteri del governo, ma non subordina alcuno dei dipartimenti all'altro allorchè esercita il compito a lui concesso.

Le Corti possono dichiarare incostituzionali e nulli gli atti legislativi in dati casi, ma non perchè il potere giudiziario è superiore in gradi e dignità alla Legislatura.

Ove loro si chiegga di dichiarare nelle cause loro sottoposte quale legge si debba appli-

care, esse devono dar forza alla costituzione come legge prevalente, qualora un atto legislativo venga in conflitto con essa. Ma le Corti non siedono per rivedere o rifare l'azione legislativa;ed è solo quando trovano, che il potere legislativo è uscito dai limiti costituzionali, che sono libere di non ottemperare ai suoi atti; e, facendo ciò, esse non fanno se non quello,che può praticare qualsiasi privato cittadino di fronte ai mandati delle corti, quando il giudice si arroga di emettere sentenze o decreti senza giurisdizione. « Nello esercitare un' autorità tanto immensa, i giudici stessi non reclamano una supremazia giudiziaria, non sono se non gli amministratori della pubblica volontà. Se un atto della Legislatura è ritenuto invalido, non è già perchè i giudici hanno alcun sindacato sul potere legislativo, ma perchè l' atto è vietato dalla costituzione, e perchè la volontà popolare, ch' è espressa in essa, eccede quella de'suoi rappresentanti manifestata in qualche legge » (1).

Da questi principî segue, che il magistrato non potrebbe dichiarar incostituzionale e nullo

(1) Lindsay v. *Commissioners* 2. Bay 61.

un atto legislativo per la ragione che l'atto sarebbe ingiusto e oppressivo, o contrario ai principî del governo repubblicano, o perchè viola i diritti naturali, sociali o politici dei cittadini, finchè non si dimostri, che una tale ingiustizia, o che tali diritti sono garentiti e protetti dalla Costituzione. Onde osserva:

Dal momento in cui una Corte si avventura a sostituire il proprio giudizio a quello della Legislatura, in alcuno dei casi, nei quali la costituzione ha investita questa del potere di emetter provvidenze, essa penetra in un campo, in cui è impossibile il segnar limiti alla sua autorità, e in cui la sola sua discrezione può misurare la estensione della sua ingerenza.

« Se una legislatura infatti, dice il Rogers, emette una legge con linguaggio chiaro e non equivoco, nei limiti del suo potere costituzionale, non conosco autorità alcuna in questo governo capace di dichiarare nullo l'atto, sol perchè, secondo l' opinione de' tribunali, sarebbe contrario ai principî della giustizia naturale; imperocchè questo potere investirebbe le Corti di un' autorità discrezionale, che potrebb'essere abusata e guiderebbe necessaria-

mente a collisioni tra il potere legislativo e il giudiziario, pericolose pel benessere della società, e per lo meno non in armonia coll'indole delle nostre idee sul governo ».

E lo Stuart: « Tutte le Corti possono imbattersi in statuti odiosi ; ma la loro arditezza nella interpetrazione dev'essere repressa. Tale è la imperfezione delle migliori istituzioni umane, che, per quanto si voglia, conviene pure lasciare una certa discrezione in un punto qualunque. La migliore, e in molti casi la sola sicurezza, è riposta nella saviezza de' funzionarii pubblici, e nella loro identificazione col popolo. Non è possibile un governo senza affidare poteri con fiducia e confidenza ».

Il senatore Verplanck disse :

« È difficile in principio generale di limitare la onnipotenza del potere sovrano legislativo con interposizione giudiziaria, eccetto che per quanto la parola espressa di una costituzione scritta conceda tale autorità.

« Vi sono infatti molti *dicta* e molte grandi autorità, che ritengono che gli atti contrarî ai principî fondamentali del diritto sono nulli. Il principio è indubitabilmente sano , come regola direttiva della Legislatura in relazione

ai propri atti, e come regola di una prudente legislatura. Gli è del pari per le Corti una sana regola d'interpetrazione delle leggi, che ammettono una dubbia intelligenza, dovendosi presumere che la Legislatura non ha potuto consentire un' azione ineguale e ingiusta de' suoi statuti. Una tale interpetrazione non si deve mai dare al linguaggio legislativo, se è suscettivo di un'altra conforme a giustizia, ma se le parole sono positive e senza ambiguità, io non trovo autorità per una Corte di annullare o rivocare uno statuto su questo solo fondamento. Invece è solo in virtù di espressa disposizione della costituzione, limitante il potore legislativo, e controllante la volontà temporanea della maggioranza, con una legge permanente e preminente, stabilita dal senno della nazione, che io posso trovare una base e solida ragione fondamentale per l'autorità delle corti di giustizia di dichiarare nullo un atto legislativo. L'assunzione di un tale diritto fuori di questi limiti sarebbe nelle mani del potere giudiziario troppo grande e troppo indefinita o per la loro sicurezza o per la posizione dei diritti privati.

E dopo di aver parlato di varie limitazio-

ni aggiunge: « Reputando che noi dovessimo affidarci a questi e simili provvedimenti come alle migliori garentie dei nostri diritti, e più sana autorità per la direzione giudiziaria, non posso indurre me stesso ad approvare il potere delle Corti di annullare una legge solennemente emanata, o sull' assurdo motivo di essere contraria alla equità naturale, o per un'ardita, effrenata o vaga interpetrazione costituzionale fuori il suo senso naturale ed ovvio ».

Il Chief Justice Denio dichiarò: « Non siamo stati istituiti giudici dei motivi della Legislatura, e la Corte non deve usurpare l'ufficio d'inquirere sulla *bona fides* di tal corpo nello adempimento del suo ufficio. » E lo Skakland riassume, che, ove il potere giudiziario volesse involgersi in tale esame, commetterebbe un attacco diretto contro la indipendenza della legislatura e una usurpazione di poteri sovversiva della costituzione. »

Queste stesse teoriche sono state svolte dal Duer (1) e dal Rüttmann (2), onde su

(1) Duer. *A caurse of lectures on the const. Jurisp. of. the Unit. Stat.* 3ª Ed. Boston. 1856.

(2) Ivi p. 453.

di esse non può cader ormai ragionevole disputa.

La giureprudenza delle Corti ha fermata quindi la massima, che allo infuori di una chiara violazione della costituzione, di una chiara usurpazione di poteri vietati, nulla può autorizzare il potere giudiziario a dichiarare incostituzionale e invalido un atto del potere legislativo.

E il Cooley aggiunge:

La regola di diritto su questo punto appare esser questa: fuori del caso in cui la costituzione ha imposti limiti al potere legislativo, questo dev' esser considerato praticamente assoluto, o che operi secondo naturale giustizia o pur no, in un particolare caso. Le Corti non sono i custodi dei diritti del popolo nello Stato, eccetto che questi diritti siano garentiti da una disposizione costituzionale, che cade sotto la cognizione del giudice. La protezione contro una legislazione sconsigliata od oppressiva, nei limiti costituzionali, sta nello appello alla giustizia e patriottismo de' rappresentanti del popolo. Se questi vengono meno al loro dovere, il popolo può riparare al male colla sua potestà so-

vrana ; ma le Corti non possono arrogarsi questo suo diritto. Il potere giudiziario può solo arrestare la esecuzione di uno statuto, quando è in conflitto colla costituzione. Non può emettere una specie di opinione su punti di diritto, su ragioni ed espedienze in opposizione col potere legislativo.

« Un atto legislativo, che non invade i poteri conceduti ad un alto organo del governo, se valido *prima facie*, dev' essere eseguito, finchè non sono imposti limiti al potere legislativo dalla costituzione e che si dimostri essersi nel caso previsto.

« Un eminente giurista ha detto, che allorquando le Corti sono chiamate a pronunciarsi sulla invalidità di un atto di legislazione, compiuto con tutte le forme e solennità richieste per darvi forza di legge, esse devono affrontar la quistione con grande cautela, esaminarla sotto ogni possibile aspetto, e ponderarla quanto più lungamente si può, perchè la deliberazione e una paziente attenzione possano spargere nuova luce sul soggetto e non dichiarare mai nullo uno statuto, se non quando la nullità e invalidità dell' atto sono a loro

giudizio fuori di ogni ragionevole dubbio (1). Un ragionevole dubbio dev' essere risoluto a favore dell' azione legislativa, e l' atto deve essere mantenuto.

« La quistione del se una legge fosse nulla per la sua contraddizione colla costituzione, è in ogni tempo una quistione molto delicata, che dev' essere di rado, se mai, decisa per l' affermativa in un caso dubbio. Allorchè la Corte è costretta dal suo ufficio a rendere un tale giudizio, sarebbe indegna della sua posizione, ove non ponderasse l' obbligazione solenne, che una tal posizione impone; ma non è lecito ritenere a base di non lodevole implicazione e vaghe congetture, che la Legislatura ha trasceso dai suoi poteri, e che i suoi atti si devono considerare come nulli. La opposizione tra la costituzione e la legge dev' esser tale, che il giudice senta una chiara e rigorosa convinzione della loro incompatibilità (2) ».

Washington Ch. Justice sostiene che nel dubbio si debba essere di avviso per la costituzionalità. Ed aggiunge:

(1) Wngtellion. *Petitioners.*

(2) Fletcher v. Peck. 6. ranch, 128 sur *Marshall. Ch.* J.

« La presunzione di validità della legge, finchè la violazione della costituzione per parte di essa non è provata senza alcun ragionevole dubbio, non è se non un rispetto convenevole dovuto al sapere, alla integrità ed al patriottismo del corpo legislativo ».

E il Cooley insegna: Si presume che la legislatura abbia essa per prima esaminata la quistione di costituzionalità, e che i dubbî sulla costituzionalità sieno stati ponderati e risoluti a favore, in modo che il potere giudiziario può riposare sulla soluzione da essa data. E conchiude che la Corte, *ove sia possibile,* deve dare allo statuto tale interpretazione da renderlo suscettivo di efficacia giuridica.

Conformemente a questi principii la Corte Suprema dell'Illinois ebbe a dichiarare, che « quando un atto della legislatura può essere interpetrato ed applicato in modo da evitare il conflitto colla costituzione e dargli forza di legge, le Corti devono adottare questa interpetrazione. E quindi, ove si tratti di atti della legislatura, in termini retrospettivi, che interpetrati letteralmente, invaliderebbero diritti acquisiti, essi sono eseguiti dando loro efficacia solo per l'avvenire; perocchè appli-

cati ed operanti su fatti e transazioni future, sono regole di proprietà, sotto il cui imperio i cittadini acquistano diritti patrimoniali, e non sono soggetti a limitazioni costituzionali; ma come retroattive, inficiano e distruggono diritti *esistenti*, e come tali, malgrado il volere della Legislatura, non meritano ascolto e sanzione giudiziaria. Per tal via gli atti del potere legislativo, avendo elementi di limitazione, potendo essere in tal modo applicati e attuati, benchè le parole sieno abbastanza estranee, e prese alla lettera scuoterebbero i diritti, vengono interpetrati in modo da ricevere limiti e rimedio; dappoichè come tali sono validi, ma come armi distruttrici de' diritti sono nulli; tal forza solo deve darsi agli atti, quali la Legislatura poteva dar loro ».

La Corte Suprema di Wert Hampshire riconobbe esser suo obbligo « interpetrare siffattamente ogni atto, da renderlo conciliabile, se possibile, colle disposizioni della costituzione », senza soffermarsi alla nuda parola.

Harris, esprimendo l'opinione della maggioranza della Corte Suprema di New-York

disse: « Un atto legislativo non dev'esser dichiarato nullo a base di un semplice conflitto d'interpetrazione tra il potere legislativo e il giudiziario. Prima di pronunziarsi con una sentenza la nullità di un atto, che parte dal potere di far le leggi, deve apparir chiaro che l'atto non può esser sorretto da un ragionevole intendimento, e presunzione ammessibile ». E questo suo diritto, dice il Cooley, non è se non l'applicazione della regola comune, che nella esposizione di uno statuto è ufficio delle Corti di accertare e manifestare la mente della Legislatura ne' suoi provvedimenti, e di dare pieno effetto a tale mente; ed esse devono interpetrare lo statuto, se ciò è possibile, in modo da darvi forza e validità, piuttosto che evaderli, o renderli inefficaci.

13. Un'altra determinazione, anche importante dei limiti, nei quali è stata circoscritta la funzione del potere giudiziario, è questa che la sua risoluzione sulla costituzionalità delle leggi non fa stato se non pel caso singolo deciso, e fuori di esso niun potere dello Stato è vincolato dal giudizio dato dal magistrato sulla intelligenza spettante alla costituzione ed alla legge ritenute il conflitto tra loro. Questo

lato della quistione è stato largamente svolto dallo Chambrun in un suo elaborato studio sul potere esecutivo in America, nel quale riassume le vicende storiche della teoria (1). Egli ricorda che l' antico partito repubblicano di Jefferson, divenuto democratico sotto il Presidente Jackson, non avea cessato un momento solo di protestare contro la pretesa del potere giudiziario di elevare a prerogativa costituzionale la decisione definitiva per tutti i poteri della interpetrazione della costituzione.

La quistione sürse a proposito della Banca degli Stati Uniti. La Corte Suprema aveva deciso, che l'atto incorporante le banche era costituzionale. Il Presidente invece mise il veto all'atto rinnovante i suoi statuti. Gli avvocati della Banca protestarono, reclamarono, ma il Presidente tenne duro. Egli rispose che ogni potere avea diritto ad interpetrare secondo la propria coscienza la costituzione, e che ciascuno giurava eseguirla secondo il proprio,

(1) Chambrun. *Le ponvoir executif aux Etas Unis.* Lancaster Paris, 1874. In America se n' è fatta una traduzione inglese con prefazione del Garfield, il quale dice che l' opera è degna continuazione di quella del Tocqueville.

non l'altrui intendimento; la opinione della Corte non aver maggior valore su quella del Congresso, di quello che avesse la opinione del Congresso sulla Corte, e l'una e l'altra su quella del Presidente. E quindi disse, che la Corte non avea potestà di sindacare il Congresso e il potere esecutivo, quando agiscono nella sfera delle loro rispettive attribuzioni.

La parte Whig aderì alla teoria federale, e Webser la difese con ogni forza, ma le parole prevalenti della discussione furon dette dal White : « Quante volte un affare è iniziato e proseguito nelle Corti degli Stati Uniti, sul quale esse hanno giurisdizione, e la controversia viene decisa dalla Corte Suprema, poichè questa è Corte di ultima istanza, la sua decisione è terminativa e irrevocabile tra le parti che come autorità, non può vincolare nè il Congresso nè il Presidente degli Stati Uniti...

« Quando si desse una diversa interpetrazione alla costituzione dagli altri poteri dello Stato, spetta al popolo e non ad altri il dirimere il conflitto. Ciascuno dei dipartimenti è organo del popolo, operando secondo i poteri a lui conferiti, e se vi è disaccordo circa

i limiti di questi poteri, è il popolo che deve risolverlo mercè le urne » (1).

Questa fu la opinione di Jakson, cui aderì la maggioranza del popolo. Venticinque anni dopo il partito democratico ripudiò questa dottrina. Però una parte repubblicana, rannodandosi all'antica scuola federale sposò la teoria di Iackson. Onde nel 1859 con uno strano volta faccia i democratici si fecero discepoli di Hamilton, i repubblicani di Jefferson.

Ferveva la quistione della schiavitù. Surta la causa di Dred-Scott contro Stranford, indi divenuta celebre, essa fu portata in Corte Suprema. La decisione si fece attendere per gli anni 1855 e 1856 perchè doveasi procedere alla elezione presidenziale. Eletto Presidente Buchanan, a 4 marzo 1857, inaugurando il suo ufficio, sollevò col messaggio la quistione del se gli abitanti di un territorio erano autorizzati a decidere da loro la quistione della schiavitù. E dopo di aver ricordati i precedenti della disputa, dichiarò, che era dovere di ogni cittadino di sottoporsi fedelmente alla risoluzione, che avrebbe adottata la Corte Suprema.

(1) Martin van Buren — *Political parties in the Un. St.* p. 311 e seg.

Malgrado la opinione del Presidente, decisa la causa in quella sede, i repubblicani ostacolarono la obbligatorietà della risoluzione oltre il caso trattato.

Conseguentemente, eletto alla Presidenza Lincoln a 4 marzo 1861 dichiarò: « Le quistioni costituzionali devono esser decise dalla Corte Suprema; io non nego, che tale decisione debba essere obbligatoria per quelli, che fecero parte del giudizio e per l'oggetto in esso dedotto, e che essa meriti rispetto e considerazione in casi simili per parte di tutti gli altri dipartimenti del governo. Nel tempo stesso ogni cittadino onesto deve confessare, che se la politica del governo su quistioni vitali risguardanti l'intero popolo, dovess' esser fissata irrevocabilmente dalla decisione della Corte Suprema; nel momento in cui questa decisione venisse emessa per azioni personali in una lite ordinaria, il popolo avrebbe cessato di essere il regolatore di sè stesso, perchè si troverebbe di avere praticamente rassegnato il proprio governo nelle mani di questo Tribunale eminente » (1).

(1) Pherson *Hist. of the Rebillion*, p. 107.

E così la parte repubblicana tenne fermo a negare che fosse regola di condotta politica la opinione della Corte Suprema, la quale dichiarava incostituzionale la legislazione federale, che aboliva la schiavitù.

Lo Chambrun riassumendo la discussione dice: « I tre poteri sono coordinati ed indipendenti. Ognuno di essi nello adempimento delle proprie funzioni, deve decidere da sè sulla costituzionalità della legge. Il Congresso determina la quistione. Così fa il Presidente quantevolte gli sono presentati i bills per la sua firma. Così deve comportarsi la suprema Corte nei casi di sua giurisdizione originale o appellata. Il giudizio di quest' ultima sul se la legge emanata è di accordo colla costituzione è certamente definitivo per le parti, tra le quali è intervenuto; ma gli altri rami del governo non sono vincolati da esso, o dalle dottrine enunciate nella opinione ragionata della Corte. Per tal guisa l' azione de' Tribunali giudiziarii è confinata in limiti opportuni e salutari. Incaricati della protezione de' diritti individuali, sono investiti di un' autorità, la cui importanza difficilmente può essere esagerata.

Procedendo sulle istanze, è loro dovere, d'interpetrare gli atti che sono applicabili alla materia in quistione, solo però per decidere se sono in conflitto colla costituzione, e in tal caso, di dare ad essa suprema autorità.

Questo mezzo garentisce quasi tutti i diritti individuali de'cittadini, e se sono attaccati da atti tirannici sia del potere legislativo sia dell'esecutivo, la Suprema Corte può quasi sempre fornire la sua arma protettrice in sua difesa ».

E questa è la teorica prevalsa anche tra gli scrittori di diritto pubblico circa i limiti della potestà giudiziaria.

Il Rüttmann (1) avverte acutamente, che questo limite nasce dalla natura stessa della funzione giudiziaria, la quale non può esplicarsi per norme generali, ma per casi singoli. Onde non sarebbe lecito adire il potere giudiziario per averne una dichiarazione astratta e generale d'incostituzionalità di una legge. E ricorda che mentre la prima Banca fu stabilita nel passato secolo, e la seconda nel 1816, solo nel 1819 presentatasi la quistione in

(1) Ivi I p. 344 e seg.

un caso singolo, la Corte Suprema potè decidere sulla legalità dell'atto, che la istituiva (1).

14. Ciò che compie da ultimo lo svolgimento storico della quistione negli Stati Uniti di America è la trasformazione profonda, che ha subìto la sua costituzione dopo la guerra di secessione, per effetto della quale si è venuto a concentrare nel Congresso federale una vera potestà costituente, che ha una necessaria ripercussione nella determinazione de' confini entro i quali la Suprema Corte di giustizia può decidere la quistione di costituzionalità delle leggi. La cosa è così grave e nuova, che non mi attenterei di dirla se non l'avesse affermata recisamente il Gladstone nel suo studio più volte citato. Egli scrive:

« Nella formazione del governo federale, sembra che si possano scorgere tre fasi di svolgimento successivo. Da prima la formazione della Confederazione in seguito alla guerra d'Indipendenza. Dopo la costituzione che ha posto il governo federale in relazione definite e dirette coi cittadini che abitano i diversi Stati. Da ultimo la lotta col Sud, in seguito alla quale è stato deciso per la prima

(1) Kent. *Commp.* 250.

volta in una maniera definitiva, che la decisione di tutte le quistioni non risolute da disposizioni formali della costituzione sarebbe riservata all' Unione rappresentata dal Governo Federale e non ai governi degli Stati particolari.

« Il grande *arcanum imperî* che presso noi appartiene alle tre branche della legislatura, e che è espresso dalla forma consacrata della onnipotenza del Parlamento, è divenuta per tal via la proprietà riconosciuta dei tre rami della legislatura federale; e le vecchie e rispettabili dottrine dell' indipendenza degli Stati non sono più se non una specie di reliquia archeologica e di antichità storica. Le attribuzioni attuali delle autorità degli Stati comprendono non per tanto la parte più estesa dell' azione governativa; ed in grazia di questa divisione di lavoro e di autorità, il problema che consiste nello assegnare alla nazione un centro politico di gravità perde una gran parte delle sue difficoltà e dei suoi pericoli in proporzione dei limiti imposti alla sfera dell' azione » (1).

(1) *Quest. const.* nello studio: I nostri cugini di oltre l'Oceano, p. 271. Egli avverte in nota, che non è riso-

Ad onta di tutte queste limitazioni, e quello ch' è più della necessità costituzionale, che l' ordine giudiziario americano, per la coesistenza di più legislature di fronte al Congresso, emetta il suo giudizio sulla legalità delle leggi in caso di conflitto tra loro e colla costituzione, essa ha tale portata, che impienseriva, come dissi già, lo stesso de Tocqueville. E a dimostrare a quali gravi conseguenze possa portare, mettendo da banda fatti non recenti ed anche quello gravissimo della dichiarata illegalità della istituzione delle banche di emissione, che travolse interessi commerciali di grave momento, ricorderò il caso recentissimo della decisione sulla costituzionalità delle leggi in ordine alla garentia dei marchi di fabbrica, caso d'interesse non solo americano, ma internazionale.

luto a rinunziare alla sua opinione, per le critiche inconsistenti mossegli, essendo stata in lui prodotta da ponderato studio della storia.

Confr. Holst. *Verfassung und Demokratie der Vereinigten Staaten von Amerika.* La 1.ª parte *(Staatensouvränität und Sklaverei)* fu pubblicata nel 1873 in Berlino. Della 2.ª dal titolo: *Verfassungsgeschichte der Vereinigten Staaten v. Am. seit der Administration Iackson's,* è venuto fuori nel 1879 il 1° vol. sull'amministrazione di Iackson fino all'annessione del Texas.

Il fatto, per chi nol sappia, è questo.

Il Congresso con due leggi, l'una degli 8 luglio 1870, l'altra del 14 agosto 1876, accordò protezione ai marchi di commercio, e fabbrica (trade — marks), punendo i contraffattori. E sulla base di queste leggi sono stati stipulati varii trattati internazionali. Ora una sentenza della Corte suprema degli Stati Uniti del 18 novembre 1879 ha dichiarate incostituzionali quelle leggi. « Di fronte a tale decisione, dice il Clunet (1), viva è stata l'emozione del mondo commerciale e giudiziario dell'uno e dell'altro lato dell'Atlantico, ma essa è ben lungi dall'esser calmata. E per fermo è risaputo esser notevole nei fatti di diritto inglese l'autorità della giureprudenza, ed essere una fonte di diritto che uguaglia in valore la stessa legge. Di tal che è mestieri tener per assodato che la legge federale sui marchi di commercio è oramai destituita di valore negli Stati Uniti. Ebbene, dopo pro-

(1) *De l'état actuel des relations internationals avec les États Unis en matiere de marques de commerce.* Paris. Marchal 1880.

Il Clunet è il dotto ed operosissimo redattore in capo del *Journal de droit international privé.*

mulgata la legge del 1870, 8000 marchi vennero depositati a Washington, giusta le prescrizioni da essa sancite, e parecchie centinaia di dimande di deposito sono tuttora pendenti. Il commercio europeo è forse ormai per esser messo in balìa dei contraffattori americani ?

« Affinchè s' intenda bene il valore della sentenza della Corte suprema degli Stati Uniti, conviene tracciare brevemente le circostanze di fatto e di diritto nelle quali venne emessa.

« Un Francese, negoziante di vini di Sciampagna, si ebbe da un Americano falsificato il suo marchio di commercio. Il Francese compulsè il suo falsificatore innanzi al magistrato competente in base del trattato del 1869 conchiuso tra la Francia e gli Stati Uniti, e agli articoli 493, 494 dei *Revised Statutes*, val quanto dire alla legge federale del 1870, che ha dettate le regole di protezione, il cui principio venne fissato dalla convenzione diplomatica, e da ultimo alla legge federale del 14 agosto 1876, che punisce con l' ammenda e col carcere l'uso fraudolento, la messa in vendita e la falsificazione dei

marchi di commercio registrati in conformità delle leggi degli Stati Uniti. Il convenuto sostenne di non poter esser sottoposto a giudizio, nè in forza della legge del 1870, nè in forza di quella del 1876, che ne è il compimento, per essere *incostituzionali* le leggi votate dal Congresso.

« La Corte suprema diè ragione al convenuto e proclamò la incostituzionalità della legge del 1870 (e conseguentemente di quella del 1876), perchè: 1.° la materia che ne è oggetto rientra nella competenza delle legislature di ciascuno Stato, e non va compresa nelle disposizioni della costituzione, che permette al potere federale di legisferare in prò degli autori od inventori, dei loro scritti o delle loro scoverte; 2.° perchè la clausola 3.ª della sezione 8.ª della Costituzione, la quale dispone che il Congresso ha il potere di regolare il commercio con le nazioni straniere, non conferisce per nulla al Congresso un diritto di controllo sopra ogni proprietà commerciale; 3.° perchè la legge in quistione non si riferisce soltanto ai fatti compiuti tra i cittadini di due Stati dell' Unione ovvero da due stranieri, ma bensì a quelli,

interceduti tra due cittadini del medesimo Stato, il che costituisce un eccesso di potere costituzionale del Congresso ».

E così una decisione, che, come dice il Clunet, mette bruscamente fuori del Digesto delle leggi federali degli Stati Uniti una legge in vigore da otto anni, in un momento solo travolge, trattati e interessi internazionali.

Da tutte le cose fin qui discorse si può agevolmente vedere con quanta ponderazione si debba affrontare la quistione di affidare al potere giudiziario il giudizio sulla costituzionalità delle leggi, e come lo esempio della costituzione americana è citato dagli amatori di novità politiche senza alcun sentimento di prudenza politica e con poco o niuno studio della quistione.

15. Ma, oltre al lato materiale del giudizio di costituzionalità delle leggi, io dicevo, può esservi il lato formale. Escluso il diritto di pronunziare sulla conformità del contenuto delle leggi con quello della costituzione, sarà lecito al potere giudiziario esaminare la legittimità formale delle leggi stesse ?

In un governo rappresentativo non può esser negato al potere giudiziario lo esame della

competenza di chi emana la legge, e della osservanza delle forme esterne. Se il potere esecutivo promulgasse, come legge, un comando non emanato nei modi segnati dalla costituzione, col concorso del potere legislativo, la legge non sarebbe legge, ma un atto arbitrario del potere esecutivo. In tal caso il potere giudiziario rifiuta ossequio alla legge, e ciò facendo non nega già la competenza del potere legislativo, nè la invade o ne censura gli atti, ma riconosce che quello che manca è proprio la legge, e ch'esso si trova di fronte ad un atto arbitrario, ad un eccesso di potere, non ad una legge. Così del pari, se una legge non fosse promulgata nei modi determinati dalle leggi generali dello Stato, il magistrato non l'applicherà, perchè non è ancor legge, e con ciò, lungi dal violar la competenza altrui, fa atto di propria competenza, perchè è dell' essenza del potere giudiziario il rispettar le leggi fondamentali dello Stato, e quelle che a norma di esse sono emesse dai poteri costituiti, e secondo i modi coi quali devono svolger le loro funzioni (1).

(1) Dice il Tocqueville esser questo il *diritto naturale*

La quistione è stata ampiamente svolta dai pubblicisti moderni tedeschi; formò oggetto di un tema speciale del terzo Congresso giuridico tedesco, tenuto nel 1863 e di uno studio ad esso presentato dal professore Gneist (1). Pel diritto allo esame della costituzionalità formale si sono pronunziati Wächter (2) Jordan (3), E. S. Zachariae (4) Klüber, Feuerbach, Martin, Pfeiffer, Puchta, Vangarow, Bescler, Reyscher, Heffter, Von, Mohl, H. A. Zachariae, Bluntschli, Rönne, Gerber, Schulze, Förster, Seuffert ed altri (5).

Scrissero in vece in senso contrario Linde, Stahl, Zöpfl, Held, Bischof (6).

Il Congresso quasi ad unanimità adottò il principio che « le ordinanze e gli atti del

del magistrato. Si possono consultare su tal punto le cose che dettò il Romagnosi sulla *ubbidienza ragionevole* alle leggi ed agli ordini pubblici. Il Romagnosi però era dominato da le idee della rivoluzione francese. *Scienza delle Cost.* I. 422. seg.

(1) Quello più su citato: *Soll der Richter* etc.

(2) *Würtemb. Privatrecht.* II. § 7.

(3) *Archiv für Civilist. Prax.* VIII. 214.

(4) *Archiv. f. civ. Pr.* XVI.

(5) Citati dal Gneist e da Schulze.

(6) Stockmar. *Zeitsch. für Civilz. u. Process. Neue Folge* B. X. 1853.

Sovrano o del Governo, che potevano essere emanati solo in forma di legge coll'approvazione delle Camere, non hanno alcuna forza obbligatoria pei giudici ».

Il Wächter ragionò nel modo seguente: il giudice come tale deve applicare unicamente il diritto esistente, quale è contenuto nelle sue fonti e secondo la sua convinzione coscienziosa; è servo delle leggi, ma naturalmente servo di una legge *valida*. Egli deve perciò non riconoscere la esistenza ed obbligatorietà del diritto consuetudinario, ma è anche in diritto ed in dovere, quando si tratta di applicare una disposizione che gli si annunzia come legge, o che materialmente invade il campo della legislazione, secondo i principii del dritto costituzionale esistente, di ricercare se essa sia *effettivamente una legge*, val dire se ha i requisiti formali di una legge. Egli ha inoltre il dovere di non considerare il suo contenuto come legge e di non applicarla quando ad essa manca uno di questi requisiti: p. e. l'approvazione delle Camere. Egli deve specialmente considerare come non esistente una disposizione messa in una legge promulgata e debitamente pubblicata, se non

era effettivamente emanata, o se contiene una determinazione diversa da quella, che la Camera emanava.

Il Gneist adotta queste considerazioni. Il Gerber, poi osserva: « in questo esame l'attestazione di legalità, che parte dal Sovrano e dal Ministro responsabile, merita prima di tutto autorità e rispetto. Il giudice riceve la legge mercè l'ordine del Monarca; questi gli manifesta colla formola della pubblicazione, che vi è stato il concorso delle Camere a norma della costituzione; che siasi verificato il caso di una legge straordinaria, o di una ordinanza reale; il giudice deve preliminarmente tener presente la dichiarazione del capo supremo dello Stato. Ma vi sono dei limiti alla efficacia di quella dichiarazione. Quando l' assemblea nazionale fa valere che la sua cooperazione non ha avuto luogo o che non ha avuto luogo secondo i pubblici ordinamenti, ovvero se contrasta che l'ordinanza avesse potuto rilasciarsi senza la sua approvazione, l'autorità di comando della dichiarazione sovrana è eliminata rispetto al giudice dalla contraria autorità di un altro organo dello Stato ed egli deve ricorrere alla propria critica. Non

è già che, fosse sempre mestieri di una contraria autorità delle Camere per togliere forza a quella dichiarazione di legalità. Ove il giudice trova che essa sia in contraddizione di fatti notorii e decisivi o di principii di diritto incontrovertibili, si verifica il caso di un esame autonomo, al quale non solo è autorizzato, ma è obbligato in grazia della sua responsabilità.

Lo Schulze aggiunge: « Come conseguenza necessaria degli ordinamenti costituzionali, non che dei principii fondamentali della costituzione tedesca il giudice ha un diritto di esame di tutte le norme, che deve applicare. Egli non deve accontentarsi dei requisiti esterni della pubblicazione, ma deve ancora ricercare, ove insorga alcun dubbio, se una tale norma è stata emessa in conformità della costituzione. Al certo questo diritto non può mai estendersi fino al giudizio sulla opportunità e ragionevolezza o necessità della legge. Il giudice è servo, non domino della legge, però della vera legge non di una legge apparente. Gli è del pari un non senso il dire, che il giudice con un tale esame della promulgazione si faccia padrone della podestà legislati-

va, o, come altri assumono, che un tale diritto di esame contraddica all' art. 57 dell'Alleanza di Vienna ed al principio monarchico. Il giudice non pone menomamente in dubbio che egli debba applicare la legge effettiva, quando anche il suo contenuto possa parere a lui inopportuno o irragionevole. Ciò che egli si rifiuta di applicare è soltanto la legge apparente, la quale non è venuta fuori per le vie tracciate dalla costituzione, e che quindi non è nè obbligatoria nè esistente. Così operando egli non fa altro che difendere il volere obbiettivo del vero legislatore, che si manifesta coll'azione simultanea dei varii organi, contro l'arbitrio subbiettivo, che vuol travalicare i confini messigli dalla costituzione » (1).

I sostenitori della contraria dottrina, tra i quali si è schierato il Laband, hanno opposto,che questo diritto di esame rompe la eguaglianza di tutti di fronte alla legge, alla quale debbono ossequio così i cittadini e le autorità amministrative, come i giudici. Esso inoltre importerebbe che il magistrato fosse autorizzato ad indagare anche se i deputati fu-

(1) Op. cit. II. p. 242.

rono legalmente eletti, se l'approvazione della legge seguì colla dovuta maggioranza e simili cose, entrando in un campo senza confini. Il Gneist ha risposto su questo punto che non sarebbe mai consentito una tale indagine, trattandosi di cose che riguardano gl'*interna* del Parlamento, su cui ha esclusiva giurisdizione ciascuna Camera. Ma il Laband ha ripigliato che non si tratta di forme puramente regolamentari, ma di regole determinate dalla costituzione, onde ammesso nel giudice il diritto di esame sul modo come la legge si è prodotta, ne seguirebbe il diritto a quella indagine, ed accusa il Gneist d' indietreggiare d'innanzi alle conseguenze pratiche. Conchiude sostenendo la teorica che secondo la costituzione germanica il giudizio di costituzionalità formale spetta all' Imperatore, prima di promulgare la legge, e che promulgata, non possa più agitarsi.

Lasciando da parte questo punto della quistione, che riguarda esclusivamente la costituzione tedesca, a me pare, che quello che dice il Laband sia vero solo delle forme speciali allo esplicamento della funzione costituente, quando la costituzione ne prescriva,

per render più solenne il provvedimento di mutazione delle sue norme, e che pel di più reggano le osservazioni del Wächter, del Gneist e dello Schulze più su riferite.

Circoscritto nei confini da questi pubblicisti tracciati, il giudizio di costituzionalità *esterno* o *formale*, sarà una legittima esplicazione della funzione costituzionale del potere giudiziario, e lungi dall' essere un pericolo pei pubblici ordinamenti sarà una garentia delle cittadine libertà e del rispetto stesso delle leggi.

Più delicata ed anche più pratica per verità si presenta la questione, quando la costituzione pur riconoscendo nel Parlamento la potestà costituente, avrà determinate certe forme speciali di esercizio di esse, come la riunione delle due Camere in unico Congresso, (cost. francese vigente art. 8), o una necessaria maggioranza superiore alla normale, o altre simili forme, (art. 131 costituzione belga) (1). Potrebbe accadere, che il Par-

(1) Art. 131. Cost. belga. « Il potere legislativo ha il diritto di dichiarare che vi è luogo alla revisione di una disposizione costituzionale ch' esso indica.

« Dopo questa dichiarazione le due camere sono sciolte di pieno diritto.

lamento emanasse come semplice legge una legge, che al potere giudiziario potrebbe pa-

« Ne saranno convocate due nuove in conformità dell'art. 71.

« Queste camere *statuiscono di comune accordo* col re sui punti sottomessi alla revisione.

« In tal caso le camere non potranno deliberare se non siano presenti almeno due terzi dei membri, che compongono ciascuna di esse; e nessuna modificazione verrà adottata, se non ottiene almeno due terzi di voti ».

Art. 8 Const. fran. « Le Camere avranno il diritto, con deliberazioni separate, prese in ciascuna alla maggiorità assoluta di voti, sia spontaneamente, sia sulla domanda del Presidente della Repubblica, di dichiarare che vi ha luogo di rivedere le leggi costituzionali.

« Dopo che ciascuna delle due Camere avrà presa questa risoluzione, esse si riuniranno in assemblea nazionale per procedere alla revisione. Le deliberazioni che importano revisione delle leggi costituzionali, in tutto o in parte dovranno essere prese alla maggiorità assoluta dei membri componenti l'assemblea nazionale.

« Tuttavia ~~durante~~ la durata dei poteri conferiti dalla legge del 20 novembre 1873 al marasciallo Mac-Mahon, questa revisione non potrà aver luogo che sulla proposta del Presidente della Repubblica ».

Le Costituzioni monarchiche in generale avversano le revisioni, specialmente le non parziali.

Per la costituzione greca non vi può esser revisione di essa per intero. La legge fondamentale della Norvegia dichiara, « che nessun mutamento dev'essere contrario ai principii della legge fondamentale. Essa non

rere costituzionale. La mancanza di rispetto delle forme prescritte dalla costituzione potrebbe determinare il giudizio di costituzionalità ?

Poichè la quistione sarebbe involuta nell' altra di definire la natura di queste leggi secondo il contenuto di esse, per vedere se modificano o pur no disposizioni della costituzione, o ne sieno semplicemente una esplicazione, pei principii svolti intorno alla competenza del Parlamento e per le ragioni di prudenza politica ricordate, sul giudizio di costituzionalità materiale, sarei di avviso, che neppure in tal caso si dovesse dar luogo a giudizio di costituzionalità per parte del potere giudiziario, e che convenisse riconoscere il principio, che spetta al Parlamento e non ad altro potere, il giudicare del

può esser modificata se non in qualche disposizione particolare, che non altera lo spirito della Costituzione. » Per l'art. 107 della Cost. prussiana, la costituzione può esser modificata per la via ordinaria. Ma il voto deve riunire la maggioranza assoluta, se vi sono due votazioni esse debbono essere separate da un intervallo almeno di 21 giorni. Bard e Robriquet. *La Const. franc. del 1875, étudiée dans ses rapports avec les Const. étrangéres.* 2ª Ed. Paris 1878, p. 374 e seg.

metodo a tenere nello esplicamento delle sue funzioni, valutando la natura e la importanza delle disposizioni legislative, che emette. Questa è la sola via di evitare conflitti, che non conferirebbero al vero interesse pubblico e al cammino normale della vita dello Stato (1).

(1) È questa la soluzione prevalsa fra gli scrittori tedeschi, anche favorevoli al giudizio di costituzionalità formale.

CAPITOLO IV.

Relazioni del Potere giudiziario col Parlamento.

(*Continuazione*)

16. La seconda delle relazioni costituzionali, che si pone tra il potere giudiziario ed il Parlamento, è quella che risulta dalle rispettive competenze in ordine alla verificazione dei poteri dei membri delle due Camere. Per la nostra costituzione, ciascuna di esse ha competenza esclusiva a decidere in tale materia. In essa all'art. 60 è detto:

« Ognuna delle Camere è sola competente per giudicare della validità dei titoli di ammissione dei proprii membri ».

È questo un principio fermato da tutte le costituzioni moderne, salvo i limiti posti dalla legge del 1868 in Inghilterra.

In Francia prima la costituzione del 1791 (T. III, c. 1, s. 5, 2) dispose:

« Essi (i rappresentanti della Nazione) si costituiranno provvisoriamente in assemblea,

sotto la presidenza dei decani d'età, per verificare i poteri dei rappresentanti presenti ».

Le costituzioni posteriori tacquero di questo diritto, ammettendolo come un presupposto. Solo nelle Istruzioni degli 8 marzo 1848 all' articolo 44 si legge:

« L' assemblea nazionale statuirà sulla verificazione dei poteri dei suoi membri nonchè sulle opzioni, le dimissioni e altri punti, che toccano alla sua costituzione complementare e definitiva ».

Ed ultima la legge del 16 e 18 luglio 1875 sui rapporti dei pubblici poteri all' art. 10 dispose:

« Ciascuna delle Camere è giudice dell' eleggibilità dei suoi membri e della regolarità della loro elezione; essa sola può ricevere la loro dimissione ».

Nel Belgio l'art. 34 della costituzione prescrisse: « Ogni camera verifica i poteri dei suoi membri, e giudica le contestazioni, che si sollevano su tale oggetto ».

La cosa andò in egual modo in tutti gli Stati della Germania, se ne togli qualche rara e non lodevole eccezione (1).

(1) Mohl, *Staatsrecht. V. u. Politik* nello studio *Ueber Untersuchung bestrittener Wahlen.* Vol. I.

Nel continente e nell' America sulla base delle tradizioni inglesi fu accettato quale principio incontrovertibile di libertà politica, che la Rappresentanza popolare avesse, come principal suo privilegio e come condizione di pubblica libertà, piena ed assoluta giurisdizione nella verificazione delle elezioni (1). Nella Costituzione Americana fu stabilito:

« Ciascuna Camera sarà giudice delle elezioni, della loro regolarità e dei titoli dei suoi membri » (art. 1, s. 5).

Il principio, che spetti esclusivamente ai corpi politici il giudizio sulla capacità dei loro membri e sulla regolarità del procedimento, e che in tal materia essi abbiano giurisdizione sovrana, è affermato da tutti i pubblicisti più eminenti.

« È necessario, scrive lo Story, che qualcuno sia giudice delle elezioni, dei diritti e dei titoli degli eletti; altrimenti non vi sarebbe certezza sulla legalità della scelta dei membri della Legislatura; uomini intriganti potrebbero insinuarsi fraudolentemente nelle assemblee e compromettere i diritti e la libertà del popolo,

(1) Mohl, op. cit.

La sola quistione, che si può elevare, è di sapere a chi si debba confidare il potere di controllo. Se lo si dà non al Corpo legislativo ma ad un altro, la *indipendenza e la sua azione potranno essere distrutte o messe in pericolo.* Niun' altro ha come lui interesse a conservare e difendere le proprie attribuzioni, niun altro sarà più vigilante a reprimere le violazioni de' suoi privilegi, ed a sostenere la libera scelta de' suoi mandanti. Gli è per questo che è uso conforme in Inghilterra e in America di dare alle legislature il potere di verificare la validità delle elezioni » (1).

Il Thonissen nel suo commento alla costituzione belga vi dice:

« Le camere legislative debbono avere il diritto esclusivo di verificare, in ultima istanza, i poteri dei loro membri. Esse soltanto sono competenti a giudicare se le persone, che si presentano come eletti dei corpi elettorali posseggono realmente questa qualità. È la prima condizione della loro indipendenza e della loro dignità.

« La giurisdizione parlamentare nell'esame

(1) *Comm. sur la Const. Am.* Paris. 1846. Ch. 12. Lib. 3. p. 427.

delle operazioni elettorali è dell'essenza del governo rappresentativo » (1).

Il Woolsey scrive nella sua *Political Science*:

« Non è solo necessario che ogni legislatura sia giudice esclusivo dei diritti, che ciascun membro può avere al seggio, ma che l' intero procedimento interno e i regolamenti degli affari appartengano ad essa. È indispensabile che la legislatura possegga quei poteri e quei privilegi, che sono necessarii a proteggere sè stessa e la propria dignità, curando però che tale potere non addivenga alla sua volontà aggressivo » (2).

E il Cooley nella su citata opera ha insegnato:

« Vi sono certe materie, che ciascuna Camera regola da sè, e rispetto alle quali le proprie risoluzioni sono definitive. Essa sceglie i proprî Ufficiali, eccetto i casi sui quali è altrimenti provveduto dalla costituzione o dagli Statuti; essa determina le proprie regole di procedimento e decide sulla elezione e qualità dei propri membri.

(1) *La Const. Belge* § 183. p, 137.
(2) *Political Science* § 34 p. 185.

« È ovvio che questi poteri debbano appartenere al corpo immediatamente interessato, come essenziali, a renderlo capace ad immettersi e procedere nelle funzioni legislative senza dar luogo a interruzione o confusione.

« Decidendo quistioni concernenti i seggi contestati, la Camera esercita funzione giudiziaria, però in generale, in armonia di una pratica, ch' è il risultato dei precedenti in simili casi, e non è lecito ad altra autorità ingerirsi della cosa » (1).

Da ultimo il Roberto von Mohl non ha esitato a dire, che il silenzio stesso delle costituzioni su tal punto deriva da ciò, che la cosa è tanto conforme alla natura della sovranità della rappresentanza popolare, che non v' è più necessità di una espressa dichiarazione per riconoscerne la incontestata giurisdizione (2).

La giurisdizione delle Camere elettive fu specialmente una revindicazione della Camera dei Comuni inglese delle sue prerogative contro la Corona, e una guarentigia di libertà.

(1) *Const. Limitations.* p. 168.
(2) *Staatsrecht. V. u. Politik,* studio citato.

L'Eskine May ha tratteggiato maestrevolmente questo punto della storia costituzionale dell'Inghilterra.

Però col trionfo della prerogativa parlamentare, non tardò a manifestarsi un deplorevole sconcio, che compromise gravemente i risultati del nuovo sistema. Lo spirito di parte si fè strada anche nel giudizio di verificazione delle elezioni, e giunse ad un punto, che ogni coscienza onesta si ribellava alle enormi ingiustizie commesse da prepotenti maggioranze. Dice il May:

« Per quanto scandalosi fossero gli abusi « elettorali permessi un tempo dalla legge e « dalla consuetudine, la condotta della Ca- « mera dei Comuni, nell' esame delle peti- « zioni in materia elettorale, era ancor più « scandalosa. Si compravano e vendevano i « borghi; si corrompevano apertamente gli « elettori in grosso ed alla minuta; i *returning* « *officers* erano parziali e corrotti. Ma con- « tro ogni giustizia e decenza, la maggioranza « della Camera dei Comuni annuiva a queste « pratiche, quando eran fatte dal suo partito, « e le condannava quando erano in causa i « suoi avversarii politici. *Dat veniam cor-* « *vis — vexat censura columbas.*

« La camera dei comuni si era riservata, « nell' interesse della propria indipendenza, « una giurisdizione esclusiva in materia elet- « torale, e non sentiva vergogna di prosti- « tuire la sua autorità a causa del partito. » Essa era depositaria di una carica impor- « tante e ne abusava. S'avea attribuita una « funzione giudiziaria e la disonorava. Que- « sta deplorevole perversione della giustizia « s' era ingrandita con gli abusi elettorali, « che una onesta magistratura avrebbe cer- « cato correggere; essa giunse ai suoi più « grandi eccessi sotto il regno di Giorgio II « e sotto quello di Giorgio III (1) ».

A porre un freno a questi scandali surse il Granville proponendo una riforma nel metodo di verificazione dei poteri, che trionfò coll'atto detto da lui il *Granville-act* del 1770. Il sistema in esso consacrato tolse alla Camera il giudizio sulle elezioni contestate, e lo attribuì ad una commissione di tredici membri, scelti con diritto di ricusa, su di una lista di quarantanove membri tirati a sorte, commissione a cui ciascun membro aggiun-

(1) May. *Hist. const. de l'Angl.* Paris 1866, p. 354.

geva un suo delegato per vegliare ai suoi interessi. Così non la prepotenza della maggioranza, ma un tribunale speciale giurato venne a decidere sulle contese elettorali.

I frutti dell' atto di Grenville furono salutari, ma non troncarono il male dalle radici. Onde il Parlamento inglese procedendo sempre cauto, e *provando e riprovando* cercò modificare in più modi il sistema di verificazione dei poteri nella Camera dei Comuni. Ma in fine dopo varî studî, coll' atto del 1868, si affidò ai giudici del Banco della Regina il giudizio sulle elezioni contestate. Secondo il sistema sanzionato da quest' atto anche in via di sperimento, ma che tuttora perdura, una petizione contestante una elezione o per incapacità dello eletto o per illegalità della elezione per corruzioni o per altre manovre fraudolenti, crea una vera contestazione giudiziaria. Un giudice dell'Alta Corte si reca nel collegio elettorale, istruisce, e poi rimette alla Camera un rapporto, in cui conchiude per la validità o nullità della elezione, e che è definitivo e decisivo per tutte le parti, anche per la Camera. Il May dice: *is final to all intents and pourposes*, non altrimenti che

un tempo avveniva del rapporto del Comitato della Camera, e ciò è stato ritenuto anche nelle discussioni parlamentari del 1872 (1).

Però secondo gl' insegnamenti di questo scrittore, che fa autorità sulla materia, e per quel ch' egli riferisce per le risoluzioni della Camera dei Comuni posteriori all' atto del 1868, questa conserva la sua alta competenza giudiziaria pei casi, nei quali non si eleva alcun reclamo contro elezioni illegali, o le parti lo ritirano in mala fede dopo di averlo prodotto. In fatti il May dice :

« Poche parole basteranno per chiarire i procedimenti della Camera per quanto esercita ancora giurisdizione in materia di elezioni.

« Essendo stabilito dalla sez. 50 dell' Atto sulle Petizioni elettorali che niuna elezione o proclamazione al Parlamento può essere contestata fuori de' casi previsti dal detto atto » si sollevarono dei dubbii sul se questa disposizione avesse sospesa la giurisdizione propria della Camera a risolvere quistioni risguardanti la qualità de' proprî membri e che non

(1) *Treatise on law. privileg. etc. of the Parliament.* 8 Ed. 1879. Ch. 22.

fossero risultate dalle contestazioni elettorali. Egli era chiaro per verità che questa sezione va applicata esclusivamente alle quistioni di proclamazione in seguito a petizioni elettorali. Quando le elezioni contestate erano trattate da' comitati della Camera, un ordine sessionale richiedeva, che chiunque avesse inteso *contestare* una proclamazione doveva farlo tra quaranta giorni; e sotto quest' ordine le petizioni elettorali erano ricevute. E però secondo il linguaggio parlamentare *contestare* una proclamazione significava una controversia tra le parti interessate, non già il provvedere della Camera in ordine ad essa.

« Quando esisteva tale giurisdizione, la Camera non si attentò d' immischiarsi in materia di elezione contestata; ma spirato il termine per ricevere le petizioni elettorali, essa si reputò sempre non solo libera, ma legalmente obbligata di determinare tutte le quistioni riguardanti il *seggio* de' suoi membri, siccome ci attestano numerosi precedenti.

« Quando la proclamazione veniva contestata con petizione la cosa era determinata dal Tribunale statutario: in ogni altro caso la Camera esercitava conformemente la sua giurisdizione

costituzionale. *E tale continua ad essere la posizione della Camera dopo che le attribuzioni de' suoi comitati di elezione sono state trasferite ne' giudici* ».

E dopo di aver ricordati alcuni casi, conchiude: « Così la quistione perfettamente iden« tica che su di una petizione avrebbe po« tuto esser risoluta da un giudice di elezione, « venne decisa dalla stessa Camera. Infatti « la Camera è tenuta a prender conto di ogni « incapacità legale, che colpisca i suoi mem« bri, e ad emettere i *writs* in luogo de' mem« bri giudicati incapaci di sedere (1) ».

E questo è ragionevole, imperocchè il silenzio degli elettori non potrebbe sanzionare evidenti illegalità, e creare nello eletto una capacità, ch' egli non ha.

Il bisogno di sottrarre il giudizio sulle elezioni contestate alle passioni di parte, e forse piú lo esempio grave dell'Inghilterra, ha fatto sollevare in Italia due autorevoli pubblicisti contro il sistema, che attribuisce alla Camera il giudizio sulle elezioni contestate. Il Luzzatti in un suo splendido studio pubblicato

(1) May. *Treatise on law* etc.. Ch. 22.

anche nella *Nuova Antologia* (ott. 1877) (1) e il Palma nel suo Corso di Diritto costituzionale hanno propugnata una riforma simile alla inglese. Il Bonghi nel luglio di questo anno formolò una mozione nello stesso senso (2).

A me è parso che gravi ragioni giuridiche, la impossibilità di ricostruire l'ordinamento giudiziario nelle condizioni in cui trovasi l' alta magistratura inglese , e la repugnanza della pubblica opinione, più che l'ostacolo costituzionale dell' art. 60 del nostro statuto sconsigliassero la grave riforma. Mi sia lecito riferire qui alcune delle osservazioni, che ho svolte in un breve studio sulla quistione (3).

Di fronte alla esigenza politica che vuol tutelata la indipendenza dell' Assemblea rap-

(1) *Il Giudizio in Inghilterra e in Italia sulle elezioni politiche contestate.* Nuova Antologia. 1877. p. 353. e s.

(2) V. nel giornale l'*Opinione* del 16 luglio 1880. Egli vorrebbe , che la Cassazione di Roma decidesse sulle elezioni contestate.

(3) *La verificazione dei poteri. nella Camera dei Deputati e il giudizio sulle elezioni contestate.* Napoli. Editore Vallardi. 1881.

presentativa nella verificazione dei suoi poteri, se ne pone un' altra giuridica e politica ad un tempo, ed è quella più su accennata, che la potestà di validare o annullare le elezioni non divenga arma di maggioranze dispotiche, che sostituendo lo spirito e gl' interessi partigiani al rispetto della legge, riescano a corrompere gli ordinamenti costituzionali, e far si che la Camera crei le elezioni, non queste la Camera.

Ma ammessa la necessità di soddisfare a questa esigenza, non pare a me la via da seguire quella di spogliare l' Assemblea elettiva del diritto di verificare i suoi poteri, investendone l' ordine giudiziario. Dirò invece fin da ora il mio pensiero: io credo che la soluzione del problema proposto sia da cercare in queste tre cose: 1° nella determinazione delle norme secondo le quali si deve disciplinare la funzione giudiziaria della Camera; 2° nella retta determinazione dei limiti di questa potestà e di quella che è propria del Potere giudiziario; 3° nella educazione politica, che deve cominciare dalla Camera e diffondersi sul popolo.

In tutte le istituzioni umane, e principal-

mente nelle politiche, è vano andare in traccia di un ideale assoluto. Qualunque essa sia, presenterà sempre un lato scoverto agli attacchi, e quel che ragionevolmente si può attendere dal senno politico del legislatore è questo, che dia al popolo istituzioni che sieno conformi alle sue tradizioni e ai suoi bisogni, e che fortifichino e fecondino lo svolgimento degli elementi vitali e sani, che in esso si contengono.

È dell' essenza del potere giudiziario, che sia chiamato ad esser l' organo di applicazione della legge ne' casi singoli, ne' quali vengono in conflitto i diritti privati o nei quali il malvolere individuale l' infrange, turbando l' ordine sociale. La particolarità dei suoi provvedimenti, e la necessità di un' azione che lo metta in movimento sono conseguentemente condizioni del suo ordinamento e della esplicazione delle sue funzioni. Nel costituirsi per tal via vigile custode delle leggi e de' diritti individuali, il potere giudiziario è posto necessariamente a guardia de' limiti degli altri poteri dello Stato e a giudice de' loro eccessi. Ma ciò, che ne forma la grande dignità ed importanza, è appunto

questo, che dinanzi ad esso non v'è altra autorità, che la legge, e tutti devono riconoscere ne' suoi pronunziati la parola stessa del legislatore. Adempiendo a questa sua missione, il potere giudiziario compie una funzione eminentemente costituzionale; perocchè nella difesa delle leggi e de' limiti de' varii poteri dello Stato sta la tutela migliore della costituzione. Or mettete questo augusto potere fuori de' suoi limiti costituzionali, gittatelo nell'arena delle lotte politiche, sia pure costituendolo giudice delle passioni, che si agitano nello Stato, e non tarderà ad esser travolto da quel turbine, che lo avvolgerà d'ogni lato e che sarà impotente a frenare e guidare.

Il giudizio sulla validità delle elezioni non è giudizio puramente giuridico, ma è ancor di più sostanzialmente politico, dappoichè la elezione non è un fatto soltanto giuridico, ma è precipuamente un fatto politico. Nella elezione v'è il momento giuridico, in quanto il diritto elettorale spetta a quelli, cui la costituzione dello Stato dà la potestà di creare la rappresentanza popolare, e questo diritto deve esercitarsi nelle forme determinate dalle leggi, ed in quanto l'eletto deve aver capacità

giuridica a rappresentare il popolo ; ma v'è il lato politico, che sta in ciò, che la elezione deve rappresentare il governo di se stesso, che il popolo esercita con coscienza politica, la quale organizza una rappresentanza viva e reale.

Ora il giudizio sulla validità e legalità delle elezioni deve comprendere questi due momenti; dev' essere giudizio non solo giuridico, ma benanche politico. E però se il giudizio, che riguarda direttamente e immediatamente il corso giuridico del procedimento, deve rimanere al potere giudiziario, il giudizio sull'elemento politico spetta essenzialmente a quell' organo dello Stato, ch'è chiamato a rappresentarne la coscienza politica, ossia alla stessa rappresentanza popolare (1).

Questo che può forse parere non abbastanza chiaro, sarà più manifesto quando dirò dei limiti tra le attribuzioni della Camera e quelle dell' ordine giudiziario. Ma fin da ora giovi avvertire, come ciò, che enuncio, non incontrerà difficoltà quando si ponga mente

(1) Per la capacità dello eletto tutte le Assemblee si sono però riserbate il diritto d giudicarne. V. in prosieguo la ragione di tal fatto.

a questo, che nella lotta de' partiti, da cui trae alimento la vita costituzionale dello Stato retto a forme rappresentative, il procedimento normale delle elezioni può essere offeso da fatti, che non costituiscono vere e proprie infrazioni de'diritti individuali, e che sfuggono quindi per necessità all' azione del potere giudiziario. Non ogni indebita ingerenza del governo nelle elezioni può dar materia ad un procedimento penale, massime dove manchi una legge sulla responsabitità ministeriale. Non ogni esorbitanza di partiti nella lotta elettorale può rientrare in una dura ipotesi di legge repressiva. Nonpertanto vi sono ingerenze del potere esecutivo, e maneggi elettorali che possono falsare completamente i risultati de' comizii popolari.

Vi sono del pari irregolarità di procedimento, che possono intervenire in tutta buona fede e per ignoranza della legge.

A chi spetterà il giudicare di questi fatti, se non alla stessa rappresentanza politica del popolo, mancando una vera infrazione alle leggi, che il potere giudiziario può solo reprimere? Nè è tutto. Il giudizio sulle condizioni di elegibilità dei deputati deve esplicarsi

anche nel silenzio di ogni contraddizione, perchè non può seder rappresentante del popolo chi non ha la capacità richiesta dalla legge; e però spetta principalmente alla Camera il verificare, se chi riuscì vittorioso dalla prova delle urne ha *qualità* a sedere in essa (1). E il giudizio sull' eleggibilità è parte sostanziale del procedimento di verificazione dei poteri.

Se dunque la elezione è un fatto essenzialmente politico, perchè è funzione politica e immediata del popolo, il giudice naturale della rettitudine di esso è quell' organo dello Stato, che rappresenta la coscienza politica della nazione, o la stessa rappresentanza.

Inoltre, spogliando la Camera della sua alta giurisdizione di giudicare delle elezioni, e investendone il potere giudiziario, si dà a questo tale potestà da ridurre nelle sue mani tutta la vita politica dello Stato, potendo divenire per via indiretta arbitro della rappresentanza della nazione, annullando o convalidando le elezioni a seconda delle tendenze politiche, da cui può esser dominato. Rotta

(1) Vedremo che ciò è ammesso in Inghilterra anche dopo la riforma del 1868.

così l'armonia tra i varii poteri dello Stato, la Camera elettiva è messa in balìa della Magistratura, e se questa trae le sue origini dal potere esecutivo, e da esso prende impulso e movimento, le forme rappresentative saran presto ridotte a simulacri di libertà.

La storia dei Parlamenti di Francia ci ammaestra come la facoltà di negare la registrazione dei decreti regii e di esercitare un sindacato sull' amministrazione pubblica bastò a trasformarli in corpi politici (1).

Nè meno fondato è il pericolo che a questa grave perturbazione dell'ordinamento dei pubblici poteri non segua il corrompimento del potere giudiziario stesso. Trascinato fuori della sua orbita naturale, coinvolto nelle acri lotte dei partiti, perderà quella serenità ed imparzialità di giudizio, che sono precipui fattori della sua dignità e potenza. La forza delle cose è maggiore di quella degli uomini.

Chiamando il potere giudiziario a sentenziare non più sui fatti, pei quali la ferrea mano della legge lo tiene al di sopra dei privati interessi, non tarderà a perdere quella infles-

(1) Dareste. *Hist. de l'Admin. en France, et des progres du Pouvoir royal.* Paris 1848. V. in prosieguo cap. 6°.

sibilità di giudizio, ch'è condizione della giustizia, ma non può esser negazione della politica.

E valgami di conforto una grande autorità, quella del primo Magistrato d'Inghilterra, il quale fu chiamato a pronunziarsi sulla quistione, che ci occupa, quando in quel paese preparavasi la riforma inaugurata dall'atto del 1868 sulle petizioni elettorali, e la Camera dei Comuni annunziava la volontà di spogliarsi delle sue prerogative per investirne i giudici del Regno. Il *Lord Chief Justice* scrivea in una sua lettera al Primier. « Ho consultato i giu-
« dici e sono incaricato da loro individual-
« mente e collegialmente di far manifesto il
« loro forte e unanime senso di ripugnanza
« inesorabile per assumere quest'ufficio nuo-
« vo e disputabile. Noi siamo unanimamente
« concordi nella opinione che l'effetto inevita-
« bile di costringere i giudici a decidere sulle
« elezioni contestate sarebbe quello di abbas-
« sare e degradare l' ufficio giudiziario e ad
« ogni modo di distruggere o di diminuire ef-
« fettivamente la imparzialità assoluta e l' au-
« torità inflessibile dei giudici quando, nel cor-
« so dei loro uffici naturali, dovessero per in-
« cidenza occuparsi di materie politiche ».

Ogni parola di questo documento è di una gravità tale, che non può non far severamente meditare chiunque voglia affrontare il grave problema. Ed io rileggendole più e più volte, non ho potuto difendermi dal vivo desiderio di ritornare al tempo stesso su quello, che su di esso scrisse l'insigne nostro Luzzati, dal cui aureo studio io ho rilevato quelle parole, per vedere se vincessero la profonda impressione, che sull'animo mio avean prodotte. (1)

« La controversia, egli disse, per chi ben la consideri, acquista una straordinaria grandezza costituzionale. È una lotta di fiducia tra due poteri, che gareggiano di delicatezza; la Camera dei Comuni è lieta di rinunziare al suo privilegio, quando l'accettino i Giudici Supremi; i Supremi Giudici non lo vorrebbero pigliare in eredità, perchè si sentono uomini capaci di passioni politiche, nè superiori ad ogni sospetto, quali li crede la Camera dei Comuni. Giammai le costituzioni in quei paesi, che hanno una storia perpetua di attriti e di sospetti politici, offrono lo

(1) *Il giudizio in Inghilterra* etc.

spettacolo di una somigliante gara di fiducia.»

Io mi fermo volentieri riverente dinanzi a questa splendida pagina costituzionale dell'Inghilterra, ma ho il debito di chiedere: era forse soverchio sentimento di modestia, che induceva la magistratura inglese a respingere come funesto al suo avvenire il dono, che la Camera dei Comuni volea farle, o quelle parole del suo capo restano pur sempre come un solenne ammaestramento? E devo necessariamente aggiungere: troveremo noi nel continente la via di creare una così potente e rispettata magistratura, quale possiede avventurosamente l' Inghilterra? E fino a quando non si sará conseguito ciò, non sarà più provvido consiglio, sopra tutto per noi Italiani, rimanere nel terreno della costituzione e studiare quelle riforme, che senza turbare gli ordinamenti esistenti, ne rendono migliore lo esplicamento, in armonia ancora della coscienza politica delle classi medie?

Movendo da queste considerazioni io sono stato di avviso, che noi dovessimo trovare una soluzione del problema di conciliare la competenza dei corpi politici a giudicare delle elezioni dei loro membri, per tre vie: 1ª dan-

do un assetto più giuridico e normale al metodo di verificazione dei poteri, per quanto si attiene alla composizione della Giunta della Camera e delle sue funzioni; 2ª determinando esattamente i confini delle attribuzioni del potere giudiziario e di quelle della Camera; 3ª curando la educazione politica sia della Camera stessa sia del corpo elettorale. E poichè di queste tre cose, solo la seconda rientra nel tema del presente studio, io riprodurrò qui fedelmente ciò che su tal punto ho scritto nell' altro.

La elezione come fatto giuridico-politico si risolve in tre elementi: gli elettori — gli eleggibili — il procedimento elettorale.

Il giudizio sul primo di questi fattori, ossia sulla capacità giuridica degli elettori e sulla legalità delle liste elettorali spetta esclusivamente al Potere giudiziario, quando su di essa si sollevano dispute in via di azione, esaurito il procedimento amministrativo.

La Camera non può mai, giudicando delle elezioni, risalire fino al giudizio sulla regolarità delle liste e sulla capacità degli elettori.

« Le Camere, ha detto il Thonissen (1),

(1) *La Const. belge*, p. 142.

sono incontestabilmente i giudici in ultima istanza di tutte le contestazioni, che sorgono in occasione delle operazioni elettorali per la scelta dei loro membri; ma questa alta giurisdizione non può e non deve estendersi fino ad accordare loro la facoltà di derogare in un caso particolare alle prescrizioni formali delle leggi in vigore al giorno delle elezioni. Le Camere non hanno il diritto di arrogarsi dei poteri, che nè la costituzione, nè le leggi conferiscono loro; esse non possono, soprattutto, impossessarsi delle attribuzioni, che la legislazione esistente assegna ad altre autorità. Applicando questi principii al caso che ci occupa, risulta evidente che le Camere non hanno il potere di modificare le liste elettorali, allorchè queste sono state definitivamente stabilite. La legge elettorale ha demandata ad altre autorità la cura di risolvere le difficoltà che sorgono in tale materia. I consigli comunali formano le liste; le deputazioni permanenti dei consigli provinciali decidono i reclami. L'appello si porta innanzi la Corte di Appello, e le parti in causa possono ricorrere in Cassazione. Inoltre avendo la legge desi-

gnate chiaramente le autorità chiamate a conoscere della regolarità delle liste elettorali, è evidente che le Camere non possono arrogarsi tale missione senza commettere un abuso di potere.

« È uopo considerare inoltre che questa interpetrazione è interamente conforme al testo. Ai sensi dell'art. 214 del Codice elettorale, le Camere giudicano sulla validità delle operazioni elettorali. Or queste operazioni sono affatto indipendenti dalla iscrizione sulle liste elettorali. « Per ciò che riguarda le ope« razioni elettorali , la legge ha istituito la « Camera giudice unico. Per le liste elet« torali essa ha stabilito più gradi di giurisdi« zioni: il consiglio comunale, la deputazione « permanente del consiglio provinciale, e la « Corte di Cassazione (1) ». Ecco le attribuzioni di ciascun potere chiaramente determinate dalla legge.... È vero che la Camera può intervenire se le autorità incaricate dalla legge della formazione delle liste hanno, per errore, iscritte o non annullate su queste liste persone , che mancavano della qualità per

(1) « Oggi bisogna aggiungere la Corte di Appello ».

l' iscrizione: questa è una conseguenza del diritto d'inchiesta, ma non è una ragione per riconoscere in lei il diritto di distruggere l'opera fatta legalmente da questa autorità. La lista legalmente stabilita non può essere modificata da chicchessia in tutto il tempo della sua durata (1) ».

Ma su tal punto sorge un grave disaccordo tra gli ordinamenti politici e i giuridici.

Possono alle elezioni aver participati elettori, e iscritti a cui in definitivo il potere giudiziario viene a negare la capacità elettorale. Intanto le elezioni si sono compiute, e l'eletto può esser l'eletto dei *non qualificati*, o dei non elettori, che per lo stato di possesso di un' apparente capacità trovavansi nelle liste. Cosa fare? Negli ordini giuridici la sentenza definitiva del magistrato opera la reintegrazione delle cose secondo la legge, restaura i diritti offesi dalla sentenza revocata. Nell'ordine politico invece si fa prevalere il fatto compiuto, e quantunque, avvenuta la elezione, si acquisti la certezza legale che ad essa presero parte quelli che non aveano ve-

(1) Conte de Theuse in Thonissen loc. cit.

ste giuridica e che crearono una maggioranza fittizia, pure la elezione resta salda.

« Le Camere, dice il Bivort, nel verificare i poteri dei membri eletti, non pronunziano che sulla validità delle operazioni delle assemblee elettorali (art. 40 della legge elettorale del 3 marzo 1831).

« Quanto alle liste degli elettori, che sono formate dalle amministrazioni comunali, e giudicate, in caso di reclamo, dalla deputazione del consiglio provinciale, spetta alla Corte di Cassazione poi il decidere se esse sono state redatte conformemente alla legge (art. 14 della stessa legge) : di qui è nata la quistione di sapere, se, allorquando la validità di una elezione era portata davanti ad una delle Camere prima che la Corte di Cassazione abbia statuito su un ricorso in Cassazione, questo gravame avesse un effetto sospensivo che dovesse fare differire la decisione della Camera.

« Senza dubbio è stato nell'intenzione del legislatore, che la Corte giudicando sommariamente, statuisse prima della Camera, ma non ha attribuito alcun effetto sospensivo al gravame che n'è sprovvisto di sua natura. I due poteri possono d'altronde giudicare di-

versamente senza che vi fosse contrarietà di giudicati. Le Camere decidono come alto giurì la quistione di buona fede : esse sono onnipotenti a questo riguardo , e la loro risoluzione è principalmente fondata infatti su ciò, che non esiste frode. La Corte di Cassazione, al contrario , non giudica che una quistione di diritto : la legge è stata violata? ecco il solo punto che entra nelle sue attribuzioni. (Vedi le deliberazioni della camera dei rappresentanti dei 27 novembre e 7 decembre 1832. *Monit. belge* , 19 novembre e 9 dicembre) » (1).

E il Thonissen: « Contro le sentenze delle Corti di appello pronunziate in materia elettorale è ammesso il ricorso in Cassazione (2) ». Di qui la quistione se le Camere, chiamate a pronunziare sulla validità d'un'elezione, prima che la Corte Suprema abbia deciso sui diritti elettorali di qualche cittadino che vi abbia preso parte, debbano differire la loro decisione.

« Secondo i principii generali, il ricorso in

(1) Sull'art. 34, *Const. belg.* p. 21.

(2) Articoli 52 e seg. del codice elettorale del 26 maggio 1872; art. 57 e seg. delle leggi elettorali comunali.

Cassazione non è sospensivo, e le leggi elettorali non contengono alcuna disposizione che deroghi a questa regola. Stantechè il codice elettorale dispone che la Corte di Cassazione, non appena giunta la dichiarazione di ricorso, giudichi sommariamente ed in via d'urgenza, è senza dubbio nei voti del legislatore che la Corte pronunzi prima della Camera; ma, quantunque si manifesta tale intenzione, non ne è rimasto modificato il carattere del ricorso che, di sua natura, è non sospensivo. D'altra parte le Camere e la Corte possono, in alcuni casi, risolvere la questione in senso opposto, senza che vi sia necessariamente contraddizione fra i due pronunziati. La Corte di Cassazione è chiamata a giudicare la quistione di diritto, laddove le Camere debbono occuparsi, indipendentemente dal diritto, della moralità delle operazioni, del fatto » (1).

(1) « Vi è su questo punto un precedente parlamentare. Nella elezione fatta a Liegi nel 1832 era stato presentato un reclamo, perchè diciotto cittadini, che non si erano fatti iscrivere in tempo utile sulla lista elettorale, erano stati ammessi a votare sulla semplice presentazione di una decisione della Deputazione permanente del consiglio provinciale. Gli oppositori avevan prodotto ricorso

A questo stato di cose serve di base il giudizio che si suol dire di *buona fede*. Il corpo politico o amministrativo, che giudica delle elezioni, esamina la legalità formale del procedimento, e quando trova che votarono quelli che erano in possesso del diritto di voto, perchè iscritti nelle liste, e che non concorse nè frode nè altro fatto illecito, convalida la elezione, e il giudizio è irrevocabile, qualunque potesse essere il definitivo pronunziato del

in Cassazione, e la Corte non aveva ancora giudicata al momento della verificazione dei poteri alla Camera dei rappresentanti.

« L'elezione poteva dunque dipendere dalla validità dei « voti di questi elettori.

« Dopo il Lebeau, che fece osservare non esser sospensivo il ricorso, il Devause citò l'art. 34 della Costituzione. « Allorchè un'elezione è fatta ed è giunta fino a « voi, egli diceva, non si tratta più di consiglio provin- « ciale e di tribunale: è la Camera sola che è giudice, « giudice sovrano. Le decisioni della Corte di Cassazio- « ne hanno effetto sino all'elezione; ma esse non pos- « sono produrne alcuno su voi; ed io dico che voi po- « tete risolvere la quistione in una maniera del tutto « contraria a quella della Corte di Cassazione ».

Bisogna da ultimo evitare gl' inconvenienti d'una dilazione, che avrebbe esposto un distretto a non essere rappresentato, ed a maggioranza di 39 voti contro 29 fu deciso di passarsi oltre all'esame della validita dell'elezione (Monitore del 17 novembre 1832) ».

giudice competente sulla sussistenza legale di quel diritto.

La ragione di questa soluzione è tutta politica. *Interest Reipublicae* che non s'ingeneri un grave perturbamento nella vita politica e amministrava dello Stato, scuotendo la validità di tante elezioni compiute sotto la persecuzione della legalità, e chiamando nuovamente alle urne i cittadini. È il principio, che fè prevalere la sapienza dei Romani Giureconsulti quando, scovertosi che il Pretore *Barbarius Filippus* era schiavo, si sollevò il dubbio, se tutte le sentenze da lui rendute durante il suo ufficio, dovessero ritenersi come non avvenute (1).

(1) Barbarius Philippus, cum servus esset, Roma praeturam petit, et praetor designatus est, sed nihil ei servitutem obstetisse ait Pomponius, quasi praetor non fuerit. Atquin verum est, praetura eum functum et tamen videamus si servus, quamdiu latuit (in) dignitate praetoria functus sit : quid dicemus quae decrevit, nullius fore momenti ? an fore propter utilitatem eorum, qui apud eum egerunt vel lege, vel quo alio iure? et verum puto, nihil eorum reprobari. Hoc enim humanius est : cum etiam potuit populus Romanus servo decernere hanc potestatem. Sed et si scisset servum esse liberum effecisset. Quod ius multo magis in Imperatore observandum est.

Però non vuolsi dissimulare che questa soluzione, dettata dalla necessità politica di non gettare il paese in nuove lotte ed agitazioni elettorali, spesso lascia una grave impressione nella coscienza del popolo, e ne scuote il sentimento morale; imperocchè il giudicato, che toglie di dosso agl'inscritti la veste di elettori, è accolto con sorriso ironico, come ogni soccorso che è impotente a riparare ad un danno già irrevocabilmente compiuto. Le urne hanno servito a far trionfare una parte estranea al corpo elettorale, o di cui almeno non rappresentavano la maggioranza. E in tal guisa vien meno la fede nelle istituzioni e gli onesti si ritraggono da un campo, in cui la legge non assiste il buon diritto.

Per ovviare a questo grave sconcio e conciliare le opposte necessità non si presentano se non due vie. O conviene sospendere le elezioni fin quando le liste non sieno irretrattabilmente approvate, o fa d'uopo stabilire che le elezioni non si possano compiere se non sopra liste definitive.

A questo secondo provvedimento si atteneva un progetto di riforma della legge elettorale elaborato dal Crispi, quando era mini-

stro dello Interno, colla collaborazione dell'on. Della Rocca, suo segretario generale. L'art. proposto era così formulato:

« La votazione si farà sopra le liste ir-
« retrattabilmente approvate, ed, in man-
« canza di queste, sulle liste immediatamente
« precedenti che siano irrevocabilmente ap-
« provate ».

Di questi due espedienti il primo presenterebbe il grave sconcio di arrestare, quasi per paralisi, in tutto o in parte il corso normale delle elezioni, e potrebbe facilmente degenerare in arma di partiti, ai quali sarebbe piana la via di elevare contestazioni di capacità per impedire lo esplicamento della funzione elettorale. E quindi va senz' altro respinto.

L'altro mezzo è più politico ed attuabile; esso non presenta se non l'inconveniente che i nuovi iscritti sono privati del voto forse per infondati e partigiani reclami contro la loro iscrizione. Ma al pericolo può ben soccorrere la legge, disponendo con provvida cura i termini utili alla formazione delle liste, quelli per le contestazioni e per le risoluzioni giudiziarie in modo, che al momento delle ele-

zioni le liste si trovino irrevocabilmente approvate.

All' uopo si può disporre dalla legge, che la Corte di Appello decida con procedimento sommariissimo, e che la Corte di Cassazione pronunzii sul ricorso in termini straordinarii e brevi, onde le controversie sulla capacità si potessero trovare irrevocabilmente decise prima non solo del giudizio della Camera, ma della stessa azione.

Per tal via potrebbe trovarsi una conciliazione per esigenze politiche e giuridiche egualmente degne di considerazione.

In ordine al secondo dei fattori della elezione — gli eleggibili — la Camera è giudice esclusivo e sovrano delle quistioni, che si possono sollevare intorno alla loro capacità giuridica e politica, alla nazionalità, all' età, alla condizione morale etc. L' art. 20 del regolamento, che oggi governa la nostra Assemblea affida alla Giunta dell' elezioni lo esame delle condizioni dell' eleggibilità richieste dall' art. 40 dello statuto e dalla legge elettorale politica, indipendentemente da qualunque protesta o reclamo degli elettori, e ragionevolmente, imperocchè il volere o il si-

lenzio degli elettori non può creare la capacità dello eletto. Ricordo che l'art. 16 della legge costituzionale francese del 16 luglio 1875 con esattezza di forma lodata dal Thonissen dice: « Ciascuna delle Camere è giudice del- « l'eleggibilità dei suoi membri e della rego- « larità della loro elezione ». Per l'Inghilterra vedemmo come le quistioni di eleggibilità possono ben essere promosse dagli elettori in via di contestazione dell' elezione, ed in tale caso il giudice vi decide col suo rapporto.

Ma se non esiste reclamo, o se la petizione è ritirata, la Camera può impossessarsi della quistione e deciderla. Di ciò ho già detto quello che ne ha scritto il May. Su tal punto adunque non fa d'uopo intrattenermi di più.

In ordine, da ultimo, alla regolarità della elezione, o al procedimento elettorale io penso, che le nostre leggi aprano la via ad una retta applicazione delle rispettive competenze della Camera e del Potere giudiziario, attuando in parte il principio che ispirò la riforma inglese.

La elezione può esser viziata per manovre fraudolenti, per brogli, o per violenze; ovve-

ro per irregolarità commesse in buona fede o per fatti che non assumono la forma spiccata di un reato.

Quando la Camera si trova in presenza di simili fatti, ove non ne creda abbastanza costatata la sussistenza, suole ordinare una inchiesta parlamentare o giudiziaria. Anche la Giunta può eleggere nel suo seno un comitato inquirente composto di tre membri. Or io dico: quando i fatti denunziati alla Camera costituiscono reato, essa dovrebbe soprassedere da qualsiasi indagine, e come in Inghilterra, lasciar libero corso al potere giudiziario, ed attenderne il verdetto. Potrà la sentenza del magistrato non avere influenza sulla risoluzione definitiva della Camera, quando questa trovi che il fatto di violenza, di corruzione, di falso non ha avuto effetti sul corso o sul risultato della elezione. E può d' altro canto annullare questa, anche quando il magistrato abbia assolto per difetto di prove gli autori del reato. Ma decidere sulla validità o nullità della elezione, prima ancora che il giudice naturale del reato abbia pronunziato su di esso, è aprire il varco a flagranti contraddizioni tra i due grandi poteri dello Stato.

L'art. 183 del vigente codice penale vieta ogni procedimento contro i pubblici ufficiali o impiegati e ministri di culti tollerati, che hanno cercato vincolare i suffragi degli elettori con fraudolenti maneggi non connessi con reati comuni, finchè le operazioni elettorali non sieno compiute colla chiusura del relativo processo verbale. Dopo di questa l'azione penale si svolge da sè indipendente, come indipendente rimane il giudizio della Camera. Or questa reciproca indipendenza ha una ragione di essere nelle rispettive attribuzioni, ma la ragione politica dovrebbe consigliare ad attendere che le indagini giudiziarie si svolgano libere e non pregiudicate da inchieste parlamentari, che ne potrebbero turbare la serenità, e quindi decidere sulla elezione. Per tal via il giudizio della Camera riuscirebbe più illuminato e sereno, e verrebbe evitato il danno di una convalidazione precipitata di elezione, che il solenne giudizio della Magistratura dimostra poi opera di corruzione o di altri fraudolenti maneggi.

Però vi sono fatti, che sfuggono alla definizione aspra di reato, e che non possono esser giudicati dal potere ordinario, com'è degli

atti che risalgono sino al Ministro. In tutti questi casi il giudizio sulla regolarità della elezione è giudizio politico, non giuridico, e in esso la sola Camera può esser competente, perchè soltanto essa, che rappresenta la coscienza politica del paese, può esser giudice della sfera nella quale si debbono legittimamente svolgere le forze e l'azione dei partiti.

Ove da ultimo la regolarità della elezione venisse contestata per irritualità compiute in buona fede o per ignoranza per parte dei seggi elettorali, come nel caso d'indebita esclusione od ammissione di elettori, di erroneo computo di voti, ancor questa parte della procedura elettorale rientra nella competenza esclusiva della Camera, perchè si rannoda direttamente al giudizio sulla sincerità del risultato delle urne, come fatto politico, e darne l'esame alla magistratura sarebbe derogare espressamente all' art. 60 dello statuto, e trarre quella fuori del terreno proprio delle particolari contese sui diritti politici e civili.

17. La terza delle relazioni, che nel governo rappresentativo si pone costituzionalmente tra il potere giudiziario e il Parlamento, dissi es-

ser quella che nasce dal giudizio rispettivo ai privilegi ed alle prerogative dei membri delle due Camere.

Il May nell'opera su citata sulle leggi, privilegi, procedimenti parlamentari inglesi, non esita ad affermare, che questa è la materia più intricata del diritto costituzionale.

Infatti egli scrive « Il determinare con esattezza la giurisdizione delle Corti di legge in materia di privilegi è una delle più difficili quistioni di diritto costituzionale, che si sieno mai sollevate. Su tal punto i precedenti del Parlamento sono contraddittorii, le opinioni e decisioni dei giudici sono scisse, e gli uomini più colti e sperimentati dei nostri dì non sono di accordo. Sarebbe quindi pretenzione il definire la giurisdizione delle Corti o i limiti dei privilegi parlamentari, ma non può riuscire inopportuno esplicare i principii involti nella quistione, citare le principali autorità additare, i principali casi, che possono essere di guida » (1).

La cagione delle difficoltà, che s' incontrano nel tracciare i limiti della competenza

(1) E May. *Treatise.* Ch. IV. e V.

del potere giudiziario in quistione di privilegi parlamentari nasce da ciò, che da una parte si vuol consentire al Parlamento la giurisdizione di decidere sulla esistenza ed estensione dei suoi privilegi; e dall'altra dev' essere rispettata la naturale competenza del potere giudiziario a non esser arrestato nella sua azione se non da leggi costituzionalmente emanate. La quistione è stata più intricata di difficoltà in Inghilterra , per la ragione , che il Parlamento non solo ha rivendicato a sè la potestà di giudicar sovranamente sulle quistioni sollevate circa i proprii privilegi , ma ha voluto reprimere ogni ostacolo opposto alla sua azione , e quello ch'è più, ogni atto che era o poteva parere negazione di quella potestà, traviando egli stesso in gravi eccessi.

Riserbandomi di dire in prosieguo della disputa, mi basterà esporre qui i concetti principali , che dominano la quistione.

I privilegi attribuiti dalla costituzione o dalle consuetudini del Parlamento a ciascuna delle sue Camere, non sono nè possono essere privilegi personali dei suoi membri, che offendano il principio di eguaglianza dei cittadini

dinanzi la legge, ma condizioni determinate per la retta esplicazione delle funzioni spettanti a quel corpo politico. *Cui jurisdictio data est*, disse il giureconsulto Giavoleno, alla leg. 2 Dig. *de jurisd.*, *ea quoque concessa esse videntur*, *sine quibus jurisdictio explicari non potest.* Di qui la necessaria competenza del Parlamento a determinare i privilegi e la estensione di essi in quanto sieno condizioni necessarie allo esplicamento delle sue funzioni.

Questa determinazione però trova un limite costituzionale nella competenza degli altri poteri dello Stato, in quanto questa è nettamente posta dalla costituzione stessa o dalle leggi, le quali una volta emanate, hanno imperio su tutti, ed è debito del Parlamento, che le fece, dare al popolo lo esempio del più illimitato rispetto di esse.

E il limite si trae da due dati: il primo è questo, che il privilegio parlamentare in quanto esce dalla sfera interna di azione del corpo politico, deve avere una consacrazione nella legge perchè costituisca diritto di fronte a tutti gli altri poteri, sui quali non può imperare se non la sola legge, e non

un atto particolare ad una delle Camere legislative. Il secondo è riposto in ciò, che ove il privilegio venga in conflitto coi diritti individuali, poichè la tutela di essi spetta al potere giudiziario, questo non potrebbe arrestarsi dinanzi all'azione del Parlamento, senza abdicare all'alta funzione, che gli è attribuita dalla costituzione, e senza rinnegare la propria competenza. Fuori di questo limite non v'è che un conflitto insolubile tra due poteri egualmente indipendenti, o la soggezione di uno di essi all' altra, ossia uno stato di cose fuori la costituzione.

Il Brougham nel suo studio sulla costituzione inglese (1) riferisce con lode la risoluzione adottata dalla Camera dei Lords nel 1701 nel caso di Aylesbury, e così concepita : « Nessuna Camera del Parlamento ha alcun potere con un voto o dichiarazione di creare a se stessa nuovi privilegi, che non possono esser garentiti da leggi o consuetudini conosciute del Parlamento; che i comuni, colla loro facilità di perseguitare certe persone, perchè aveano intentata un' azione di

(1) *Britsh Const. its structure and working.* 3 ed. London 1869 cap. 16.°

legge, sotto il pretesto che ciò fosse una violazione dei loro privilegi, hanno assunto a loro un potere legislativo, pretendendo attribuire forza di legge alle loro risoluzioni ed hanno per ciò, per quanto era in loro, sottoposti i diritti degl'Inglesi e la libertà delle loro persone, ai voti arbitrarii della Camera dei Comuni ».

Ma poichè ogni corpo politico è portato da naturale tendenza a dilargare i confini dei proprii poteri i conflitti sono inevitabili.

Il citato May scrive:

« È stato già dimostrato in altro luogo, che ciascuna Camera del Parlamento reclama essere solo ed esclusivo giudice de' proprii privilegi, e che le Corti hanno ripetutamente riconosciuto il diritto di ciascuna Camera di dichiarare quale sia la infrazione del privilegio, e di perseguire l'offensore, come per accusa; ma abbenchè le Corti non debbano ostacolare il Parlamento nella sua azione repressiva contro gli offensori, nè assumere il diritto generale di dichiarare e limitare i privilegi del Parlamento, pure sono obbligate ad applicare le leggi dello Stato, e giudicare, quando si porti reclamo ad esse,

delle violazioni di tali leggi. Per tal guisa la giurisdizione del Parlamento e quella delle Corti possono venire in conflitto fra di loro. La Camera dei Lords e quella dei Comuni possono dichiarare, che un dato atto è stato giustificato dai loro ordini, ed essere in armonia colla legge del Parlamento, mentre le Corti possono rifiutarsi a riconoscere il diritto di una delle Camere a sospendere, colla sola sua autorità, una legge fatta col consentimento, o che esiste coll' acquiescenza di tutti i rami del potere legislativo. Gli è vero, che in un senso generale la legge del Parlamento, è legge del paese, ma se una legge si pone in opposizione di un'altra, come devono esser conciliate? Deve la dichiarazione di una parte del Parlamento avere autorità di legge; o per lo invece la legalità della dichiarazione e la giurisdizione della Camera dev'esser misurata alla stregua della legge generale del paese? In queste quistioni si racchiudono le difficoltà, onde è irta la materia del conflitto di giurisdizione tra il Parlamento e le Corti.

« Da una parte si sostiene, che nel determinare le materie di privilegi, le Corti de-

vono agire ministerialmente più che giudiziariamente, e devono giudicare a norma della legge del Parlamento, quale è dichiarata da ciascuna Camera; mentre d'altra parte si afferma che, quantunque non possa esser messa in controversia la dichiarazione di ciascuna Camera del Parlamento in materia di privilegi nei limiti della loro propria immediata giurisdizione, i loro ordini e la loro autorità non possono essere estesi fuori la loro giurisdizione, nè possono influire sulla decisione delle Corti, nel procedimento delle cause legalmente portate a loro conoscenza. Da questo punto opposto di vista segue naturalmente, che nel dichiarare i proprii privilegi, il Parlamento può pretendere di allargare i proprii privilegi, e le Corti possono avere occasione di porre in questione e limitare la sua sfera di giurisdizione » (1).

(1) Il May fa seguire una larga enunciazione di opinioni favorevoli e contrarie alle pretese parlamentari. Eccone le principali.

Favorevoli all'assoluto privilegio:

1.° Il Lord Chief Justice *Fortscue* rispose in nome di tutte le Corti nel caso di Thomas Thiese, Speaker dei Comuni, arrestato per sentenza della Corte dello Schacchiere: « Che esse non doveano dare alcuna risposta, non

All'uopo riferisce le risoluzioni del Comitato della Camera bassa del 1837, nominato per studiare i precedenti, e così concepite:

essendo stato mai costume pel passato, che le Corti avessero dato qualsiasi parere sui privilegi dell'alta Corte del Parlamento; perchè essa è così elevata e grandiosa nella sua natura, che può far la legge e tramutar in non legge quello che è legge.

Così opinò pure Ellenborough su tal caso. Ma il May osserva, che non si trattava di una quistione legalmente proposta dinanzi la Corte, la quale era stata interpellata sulla quistione come assistente la Corte dei Lords; che si era in tema di vero privilegio; e che la ultima enunciazione era vera solo dell'intero Parlamento, non di una sola Camera.

2.° *Coke:* « Ogni qualvolta si sollevano quistioni risguardanti una delle Camere del Parlamento, devono esser trattate e decise in quella Camera, alla quale si riferiscono. I giudici non debbono emettere opinioni in materia di privilegi, perchè questi non vanno decisi a norma del diritto comune, ma *secundum leges et consuetudinem Parlimenti* » (Inst. 14-15).

3.° *Lord Clarendon* definisce così la giurisdizione della Camera dei Comuni. « Essa è giudice esclusivo dei suoi privilegi delle infrazioni di tali privilegi, e delle pene, che ad esse spettano. Però non vi è privilegio, di cui non si debba trovar fondamento nella legge (Stor. delle Ribell, V. II lib. 4 p. 195).

4.° Lord Chief Just. *North.* « Non vede altra via per evitare le conseguenze derogatorie dei privilegi e dell'onore del Parlamento, che rigettare ogni azione, riferen-

« Che secondo la legge ed il privilegio del Parlamento , questa Camera ha la sola ed esclusiva giurisdizione di determinare la esi-

dosi sia ai procedimenti, sia ai privilegi del Parlamento, siccome hanno praticato i nostri predecessori. Per ammettere generali rimedii in materia riguardanti il Parlamento, dovremmo stabilire i confini fin dove essi si potessero spingere, il che è pericoloso. I giudici e i giurati debbono esaminare soltanto cosa doveano fare il Presidente e i *sargents at arms* secondo i loro uffizii. (Caso Bardarniston 1674).

5.° Wr. Just. *Powel.* « Questa Corte può giudicare dei privilegi, ma non contrariamente al giudizio della Camera dei Comuni. La Corte del Parlamento è una Corte Suprema, e quantunque il Banco della Regina abbia la potestà di prevenire gli eccessi di potere delle altre Corti, pure non può prevenire gli eccessi del Parlamento, perchè questa è Corte Suprema, e niuna proibizione fu mai mossa al Parlamento » (Caso. dei cittadini di Aylesbuy).

6.° M. Just. *Blackstone*: nel caso di Crosby si spinse fino a dire: « È nostro dovere presumere, che le risoluzioni della Camera dei Comuni e la esecuzione di esse siano conformi alle leggi. » Così pure *Hawkins.*

7.° Lord Ch. Just. baron *Comy*, seguendo Coke insegnò, che in cose che riguardano i Pari e i Comuni, si devono seguire gli usi e le consuetudini del Parlamento, e le regole di diritto e di giustizia.

Opinioni per la giurisdizione delle Corti :

1.° *Sir Orlando Bridgam*: « Con tutto il rispetto delle Camere noi possiamo, anzi dobbiamo giudicare secondo che, giusta il giuramento da noi prestato, intendiamo la

stenza e l'estensione dei suoi privilegi ; e che lo istituire o proseguire qualunque azione lite od altro procedimento allo scopo di discu-

legge, quand'anche questa nostra opinione possa contraddire alle risoluzioni o voti di una delle Camere » (Caso di Benyon V. *Evelyn*).

2.° Lord Ch. J. *Willes*. « Io per me dichiaro che non mi crederò mai vincolato da una risoluzione della Camera dei Comuni escludente un'azione di diritto comune per proclamazione (elettorale) erronea o doppia ; e la parte potrà procedere nella Corte di Westminster malgrado qualunque ordine della Camera ».

3.° Lord *Mansfield*: « Dobbiamo fare una grande differenza tra le generali dichiarazioni di diritto, e la decisione particolare, che può esser fatta da una delle Camere colla sua capacità giurisdizionale in un caso, che venga regolarmente al suo esame, e che sia materia propria della sua giurisdizione. » (Nota il May: p. e. in materia elettorale e dice grande l'autorità del Mansfield).

4.° Lord *Denman*: « Il solo ordine della Camera non giustifica un atto illegale, e la semplice dichiarazione, che l'ordine è emanato in esercizio del privilegio non prova il privilegio: non esito a ritenere il mio diritto di decidere, se il privilegio viene dalla legge. Se la ragione dell'attore è fondata, come cittadino inglese ha diritto di vedere garentiti da noi i suoi diritti ». (Caso importante di Stockdale). E Mr. *J. Littledale* nello stesso procedimento: « Si dice che la Camera dei Comuni è il solo giudice dei suoi privilegi. Io lo ammetto per quanto riguarda i procedimenti della Camera e materie simili. Ma non stimo, che da ciò segua, che essa abbia il di-

tere o decidere intorno ad essi dinanzi ad una Corte o Tribunale qualsiasi che non sia il Parlamento è una grave infrazione del privi-

ritto di dichiarare quali sono i suoi privilegi, fino al punto di pretendere la indagine di vedere se ciò che dichiara fa parte dei suoi privilegi.

« L'Attorney generale ammette, ch'essa può creare nuovi privilegi, ma dice che questo (la pubblicazione delle stampe) sia un suo privilegio. Però noi non possiamo sapere se è parte dei suoi privilegi, senza versare su questa indagine dei privilegi, quando tal privilegio non si è dichiarato prima. Noi dunque dobbiamo essere autorizzati a indagare se la cosa fa parte o pur no di tal privilegio. »

(Osserva il May: si può obbiettare, se è un privilegio la Camera deve vedere s\ è nuovo o pur no).

5.° Il Mr. *J. Patteson* dice nettamente, che come l'ordine del padrone non scusa il servo, se l'ordine è illegale, così deve decidersi per chi opera per ordine del magistrato. Lo stesso deve valere per la Camera dei Comuni. L'ordine non scusa l'atto, se questo è illegale, donde la necessità di giustificare il diritto della Camera di dare l'ordine. E per la quistione giurisdizionale dice: « Ogni Corte dinanzi a cui è inoltrata una azione su di un oggetto, che in generale e *prima facie* è di sua competenza, ed in cui nel caso del procedimento vengono in quistione il potere, il privilegio, e le attribuzioni di un'altra Corte, deve necessariamente vedere fin dove si estendono questi poteri, privilegi ed attribuzioni, e la decisione di questa Corte, sui poteri, privilegi, etc. della quale si controverte, sono autorità,

legio stesso, e rende tutte le parti, che vi si sono ingerite passibili della sua giusta dispiacenza e della conseguente punizione.

per così dire prove di diritto (evidenti in loro) sull' oggetto, ma non giudicati ».

6.° Mr. *J. Coleridge*: « La causa è portata dinanzi a noi. Noi abbiamo giurato di deciderla seconde le nostre nozioni di diritto; non siamo stati noi che l' abbiamo portata dinanzi a noi; ed essendoci, dobbiamo necessariamente deciderla. Questo giudizio non può esserci dettato da alcun potere al mondo; possiamo ingannarci, ma non possiamo essere soggetti ad accusa di sorta se decideremo secondo che ci detta la nostra coscienza ». — « È sufficiente il dire che la legge è al di sopra della Camera dei Comuni e della stessa Corona. Se essa travalica i confini segnati dalla legge, sarà irresponsabile per ragioni soddisfacentissime; ma la legge chiederà conto degli atti di qualsiasi persona e dei suoi agenti, e questi ne risponderanno civilmente e penalmente secondo la natura della illegalità ».

Il May chiude il riassunto di queste contrarie opinioni, rilevando come il conflitto è grave ed intricato, e tale che solo una legge potrà darne la vera soluzione. Se le Corti ammettono il privilegio, da esse si può appellare alla Corte dei Lords, e così una Camera è giudice dell' altra. Se lo negano, la Camera dei Comuni non ha altro rimedio legale, che appellarsene alla stessa Camera Alta. Onde non è a meravigliare, dice egli, che abbia preferito dichiarare, che ogni procedimento legale contro le sue risoluzioni—era una violazione dei suoi privilegi e giudicare e punire da sè. Da questo stato anormale e di

« Che è in contraddizione della legge del Parlamento ed una violazione ed attentato ai suoi privilegi la pretesa di qualunque Corte o Tribunale di decidere sopra materie di privilegi in opposizione alla determinazione di una delle Camere del Parlamento (92 Com. I. 418) ».

Gli è vero che il Comitato si riferiva specialmente alla prerogativa di pubblicare nello interesse generale i proprii rapporti, voti e procedimenti, che dichiarava un momento necessario delle funzioni costituzionali del Parlamento, sopra tutto della Camera dei Comuni, come la parte rappresentativa di essa; ma non per ciò i principii assunti non si son fatti valere meno in casi ben diversi.

abusi non si può uscire se non con una nuova legge, che definisca nettamente i privilegi, e vieti le azioni contro di esse obbligatoriamente non solo pei privati, ma anche per le Corti (come si è fatto pel diritto di pubblicar per le stampe le discussioni e gli atti parlamentari). Solo per tal via si potrà ottenere che il Parlamento non perda un privilegio essenziale alla sua dignità ed all' esercizio della propria autorità, quello di giudicare dei suoi privilegi, e che d'altra parte questi non sieno dilargati. (Opinione anche di lord Jeffrey — Cockburn II. 353).

18. Or le principali prerogative riconosciute dal nostro ordinamento politico, e che possono dar luogo a conflitti per parte dell'autorità giudiziaria, sono: l'assoluta libertà di parola e di voto nelle discussioni parlamentari, a cui è di conseguenza l'altra prerogativa di pubblicare i resoconti di tali discussioni; la giurisdizione speciale del Senato di giudicare dei reati commessi dai suoi membri; il divieto di arrestare e di procedere contro i deputati, fuori i casi di vera e propria flaganza, per reati loro attribuiti, e durante la sessione parlamentare.

In ordine alla prima prerogativa, è facile comprendere ch'essa è condizione necessaria dell'alta funzione politica e di sindacato su tutta l'amministrazione dello Stato affidata ai membri del Parlamento. « Le loro opinioni ed i loro voti, insegna l'Haus, non danno luogo nè ad azione pubblica nè ad azione civile, anche quando hanno arrecato offesa all'onore od alla considerazione di una persona, ed anche quando la offesa fosse estranea all'oggetto sul quale l'autore era chiamato a dare la sua opinione. Le loro trasmodanze non possono essere represse se non dalle misure

disciplinari autorizzate dai regolamenti delle assemblee legislative. L'immunità parlamentare assicura ai mandatarii della Nazione tutta la libertà e tutta la sicurtà, di cui essi hanno bisogno nel compimento della loro missione. D'altronde il potere legislativo cesserebbe di essere indipendente se le opinioni ed i voti fossero sottoposti al sindacato degli altri poteri; se quelli che li hanno emessi nello esercizio delle loro funzioni, potessero essere persequiti per tale causa dagli agenti del potere esecutivo, e forzati a rispondere innanzi l'autorità giudiziaria » (1).

Questa prerogativa fu nobile conquista del Parlamento inglese, che dovè lottare lungamente contro la Corona, la quale si vendicava aspramente delle opposizioni che le si muovevano (2).

(1) Haus. *Princip. gén. d. Droit. pen. belg.* I. § 199 p. 110.

(2) May. *Treatise* Ch. IV. Il deputato Haxey fu condannato come traditore dallo stesso Parlamento e per opera di Riccardo II. per aver presentato un bill per ridurre le eccessive spese della Casa reale. Ma salito al trono Enrico IV il giudizio fu annullato dal re col consenso dei Lords su petizione del condannato, perchè

« I Comuni definirono meglio il loro privilegio nel 1621, affermando » che ogni membro ha libertà da ogni accusa (*impeachment*) prigionia o molestia, tranne che dalla censura della Camera stessa, per ogni bill, discorso, ragionamento o dichiarazione in ogni materia concernente il Parlamento o gli affari parlamentari. E poichè la franchigia era stata spesso violata, fu confermata e perfezionata nell' art. 9 del Bill dei diritti, secondo il quale « la libertà di parola, i dibattimenti e i procedimenti nel Parlamento non debbono essere accusati o messi in quistione in qualsiasi corte e luogo fuori del parlamento » (1).

Questo gran principio della irresponsabilità legale, dice il Thonissen, che era lentamente ed a stento penetrato nel diritto costituzionale inglese, fu bruscamente proclamato in Francia sulla proposta di Mirabeau, nella celebre seduta dell'Assemblea costituente del 23 giugno 1789. La Costituzione 1791 all'art. 7.° tit. III c. 1. s. 5, dichiarò. « I rappresentanti della Nazione non potranno essere perse-

contrario alla legge ed alla consuetudine del Parlamento.

(1) Palma. *Corso di Dr. Cost.* II. 343.

guiti, nè accusati, nè giudicati in nessun tempo per ciò, che non avranno detto, scritto, o fatto nello esercizio delle loro funzioni di rappresentanti ». La stessa regola passò nella Costituzione del 1793 (art. 43) dell' anno III, (art. 110)nella Costituzione belga art. 44, e leggesi nell'art. 51 dello Statuto italiano.

Il Thonissen su citato ritiene che la immunità è connessa alle funzioni ovunque sieno esercitate. « Basta, egli dice, che i membri delle Camere abbiano parlato o votato nello esercizio delle loro funzioni. Essi potrebbero incontestabilmente invocare la immunità parlamentare per parole pronunziate fuori il recinto della Camera, in qualità di membri di una commissione d' inchiesta (1). Conseguenza legittima di questi privilegi è la libertà di pubblicazione dei resoconti parlamentari per parte di ciascuno oratore; imperocchè la pubblicazione per fatto delle Camere stesse, più che una prerogativa è un dovere di pubblicità verso la Nazione, la quale deve esercitare colla pubblica opinione un sindacato sul Parlamento, e d' altra parte dalle discussioni

(1) Sull' art. 44 p. 161.

parlamentari trae una scuola di educazione politica (1).

Dovrei ora dire della immunità giurisdizionale dei senatori. Ma poichè questa materia si attiene più strettamente a quella delle giurisdizioni eccezionali anzi che alle relazioni del Parlamento col potere giudiziario, ne dirò nell' ultimo capitolo di questo studio.

Passo quindi ad esaminare i privilegi di cui godono i deputati di fronte alla giurisdizione per reati loro attribuiti.

19. Gli art. 45 e 46 del nostro Statuto, conformemente a tutte le altre carte costituzionali moderne, dispongono quanto segue:

Art. 45 « Nessun deputato può essere arrestato, fuori del caso di flagrante delitto, nel tempo della sessione, nè tradotto in giudizio in materia criminale senza il previo consenso della Camera ».

Art. 46. « Non può eseguirsi alcun mandato di cattura per debiti contro di un deputato durante la sessione della Camera, come neppure nelle tre settimane precedenti, e susseguenti alla medesima ».

(1) Bagehot. *La Cost. Ingl.* VI. trad. fr. Paris. 1869.

Di quest' ultimo articolo torna inutile occuparsi, non avendo più importanza pratica, dopo l' abolizione dell' arresto personale per obbligazioni civili. In ordine all' art. 45, non può essere disconosciuto, che esso non crea un privilegio di persona, ma una garentia di libertà ed indipendenza per lo esercizio delle alte funzioni politiche (1).

Certo che la persona del deputato è messa in una condizione di privilegio di fronte agli altri cittadini. Ma, poichè la prerogativa è data non *intuitu personae sed officii*, non vi è offesa al principio di eguaglianza innanzi la legge. Insegna l' Haus :

« In virtù della Costituzione, nessun membro dell'una o dell'altra Camera può, per la durata della sessione, esser perseguito o arrestato, in materia di repressione, che con l'autorizzazione della Camera, di cui egli fa parte; salvo i casi di flagrante delitto, ai quali non si possono assimilare qui i casi reputati flagranti delitti dal Codice d' istruzione criminale (2).

(1) Trattasi, dice l' Hélie, non già di un privilegio personale, ma solo di una guarentigia politica data alla funzione. » (*Instr. crim.* II 439).

(2) « Art. 45. Parag° 1.° della Costituzione art. 41. C.

Il flagrante delitto, di cui si tratta in questa materia, è il delitto che si commette attualmente o che si è poco prima commesso, purchè il fatto sia di natura tale da apportare una pena criminale, cioè ch'egli costituisca un flagrante *crimine*, che autorizza il Procuratore del Re ai primi atti d'istruzione ed a fare arrestare l'imputato presente o a spiccare un mandato di comparizione innanzi a lui, se egli è assente (1). La prerogativa accordata ai membri delle due Camere è meno un favore personale che una guarentigia costituzionale, che ha per fine di assicurare la libertà dei mandatari della nazione e il compimento del loro mandato.

« Questa prerogativa appartiene anche ai membri, i poteri dei quali non sono stati ancora verificati. In fatti, l' elezione è il solo titolo del rappresentante o del senatore. Senza dubbio questo titolo deve verificarsi e se

el. Art. 158 C. P. Vedere su questo articolo del Codice penale l'esposto dei motivi di Haus e il rapporto del sig. d'Anethan, Legislazione criminale del Belgio t. II, pag. 96, N.° 27 in fine, e p. 133, N,° 17 ».

(1) « Art. 41. Combinato cogli art. 32 e 40 Codice criminale ».

la Camera riconosce che è irregolare l'elezione è annullata. Ma finchè non è annullata essa sussiste e deve, per conseguenza, produrre i suoi effetti. Ciò è tanto vero che dopo uno scioglimento delle Camere tutt' i rappresentanti e senatori, quantunque non convalidati, prendono parte a tutti gli atti che tendono alla costituzione della Camera » (1).

A questi principî s'inspirò il Mancini nella sua erudita e splendida relazione, presentata alla Camera italiana ai 30 luglio 1870, come membro di una commissione nominata col mandato, di ricercare l'intelligenza dello art. 45 dello Statuto costituzionale, proporre alla Camera la risoluzione dei più notevoli dubbii e controversie elevate intorno alla durata, al-

(1) « Il mandato, come ogni altro contratto, quando è il risultato dell' errore, della frode o della violenza è solamente soggetto a rescissione. Se dunque il titolo dev'essere convalidato, il procedimento gli è dovuto fin a che i vizii, di cui l'elezione sarà infetta, siano constatati. In senso contrario pronunziò la Cassazione francese il 10 aprile 1847. Ma questo arresto stabilisce una distinzione che non può giustificarsi. Helie teorica del Codice d'istruzione criminale N.° 1152 «.

Haus. *Pr. Dr. pen.* II. § 1083. p. 346 ».

l'estensione ed agli effetti delle prerogative in esso stabilite;

« Indicare i mezzi dei quali un ramo del Parlamento possa costituzionalmente far uso per l'integrità e preservazione delle prerogative medesime, allorchè vengono da altri poteri sconosciuti ed offese ».

Ed il Borsari scrisse:

« L'inviolabilità della persona del deputato è stabilita nell'interesse della cosa pubblica, onde qualche imputazione temeraria non venga a colpirlo, e quasi a strapparlo improvvisamente dal Seggio per farlo entrare in una prigione. Un ordine arrischiato, (non mancano esempii), al quale non furono estranei rispetti politici, minaccia il deputato e ricopre una vendetta, e simula il mezzo di allontanare una discussione pericolosa, o tende a far cadere nel disonore un'influenza temuta. La Camera deve esaminare quest'ordine di arresto; il consenso che da lei si richiede è una protezione, non è però un privilegio, ed oggettivamente non è un favore personale » (1).

Tra le varie quistioni sollevate sulla intel-

(1) *Azion penale* § 336.

ligenza dell'art. 45, importante può dirsi quella di sapere se la prerogativa, tanto per lo arresto, quanto pel giudizio, comprende tutto il periodo della legislatura, o solo quello delle sessioni; e l'altra del se essa si estenda anche al caso di deputati eletti quando già erano sotto giudizio o in stato di arresto.

Che il privilegio di non esser arrestato debba limitarsi al periodo della sessione e non dalla intera legislatura, contraddisse il Garelli, ma non ragionevolmente. È da accettare invece la interpetrazione più ristrettiva sostenuta dal Palma (1), ed accettata dallo stesso Mancini nella relazione del 30 luglio 1870, che pure fu inspirata al pensiero di allargare e rinvigorire le prerogative parlamentari sancite dall'art. 45 dello Statuto.

Per quel che riguarda però la sottoposizione a giudizio è prevalsa in quella relazione la interpetrazione più larga nel senso, che la prerogativa si estenda a tutta la legislatura, fondando essa principalmente sulla diversità di dettato della nostra costituzione di

(1) *Corso di D. cost.* II p. 257.

quella belga (1). E la commissione parlamentare conchiuse così:

« Considerando appartenere costituzionalmente a ciascuno delle Assemblee legislative la competenza di decidere, con prevalenza di giudizio sulle altre Autorità dello Stato, tutte le quistioni, che insorgono sull'applicabilità e sulla estensione delle garentie di inviolabilità attribuite dallo Statuto ai loro membri;

« Dichiara: Che in virtù dell'art. 45 dello Statuto stesso, la sola immunità dell'*arresto* pei deputati è limitata al tempo dall'apertura alla chiusura della sessione del Parlamento salvo i casi di arresto in vero stato di flagranza; il loro diritto di non essere *sottoposti ad accusa o a giudizio senza la preventiva autorizazzione della Camera*, è ad essi attribuito senza distinzione e limitazione di tempo, e perciò finchè durano in essi il mandato e la qualità di rappresentante della nazione.

« Che gli atti e provvedimenti di ogni spe-

(1) L'art. 45 della costituzione belga si esprime così: « Nessun membro dell' una o dell'altra Camera può *durante la sessione* (pendant la durée de la session) etc. ».

cie delle autorità giudiziarie contro le persone dei deputati, senza la preventiva autorizzazione della Camera nei casi in cui questa sia necessariamente abusiva di eccessi di potere, senza giuridico effetto e non suscettiva di qualsiasi legale esecuzione, per assoluta mancanza di giurisdizione, e per eminenti nullità di ordine pubblico;

« Che perciò nè tali atti o provvedimenti, nè altre cause di qualunque natura, possono impedire all'Assemblea di esercitare o rivendicare le proprie prerogative. usando di tutti i suoi mezzi di azione costituzionalmente legittimi; e specialmente assoggettando a responsabilità il potere esecutivo, se cooperi in qualunque modo, o non opponga impedimento, con tutt'i mezzi che ha dalle leggi, all'atto offensivo della prerogativa parlamentare, e lo faccia mettere ad esecuzione.

« Invita finalmente il Ministero a comprendere nel progetto del nuovo Codice Penale italiano una sanzione analoga a quella dell'art. 127 del Codice penale francese, ma con penalità piu serie ed efficaci (1) ».

(1) Palma. II. p. 359. Quanto fosse inconsulto l' invito fatto al Ministro di trapiantare nel progetto del codice

Queste conchiusioni non furono discusse dalla Camera, ma costituiscono al certo un importante precedente parlamentare. Il Palma ha sostenuto la opinione più severa e restrittiva, la quale anche a me pare più in armonia con lo spirito, colla parola dell'art. 45 (1).

In ordine al deputato eletto nel tempo, in cui è detenuto o sottoposto a giudizio, è prevalsa la teorica, che il benefizio della immunità si estenda anche a lui. Costituiscono su tal punto irrecusabili precedenti parlamentari; le deliberazioni della Camera piemontese degli 11 dicembre 1848 pel deputato Pellegrini, e l'altra presa nel 1855 pel deputato

penale l'art. 127 del codice francese, parrà chiaro da quello che dirò al capitolo 6.°

(1) Questo scrittore avverte che la quistione è stata diversamente risoluta dalle varie costituzioni e che « in Inghilterra invece è consuetudine costante ed opinione generale che il privilegio si estende 40 giorni dopo la proroga e la chiusura delle sessioni ; ma è invalsa la pratica di prorogarla per più di 80 giorni, sicchè il privilegio nasce perpetuo, però nei casi o nei limiti nei quali colà è ammesso. fuori cioè dei casi di fellonia, di tradimento, di rottura della pace, dei reati disciplinari , e dei militari pei reati militari Blackstone. v. 1. p. 289— May: Treatise ecc. Ch. V.—Broglio: Delle forme parlamentari. 1. 1, e 9, p. 145 » .

Buttini, pel quale la magistratura avea giudicato in senso contrario, avendo la Corte di Cassazione ritenuta la sua competenza a risolvere la quistione, ed indi respinto il ricorso con sentenze degli 8 giugno 1854 e 7 febbraio 1855 (1). Il Mancini, colla relazione su citata, sostenne validamente la stessa teorica pel principio che il giudicabile è sempre eleggibile, ed eletto, deve godere delle prerogative annesse al mandato politico. E la magistratura è ormai pacifica in questa intelligenza dell'art. 45.

Non ha dato luogo a serie dispute la interpetrazione delle parole: *materia criminale*, nel senso che s'intenda parlare di materia penale, come opposta alla civile; nè l'altra che per *flagranza* si debba intendere la vera e propria flagranza, e non la quasi flagranza (2); e neppure l'altra che la prerogativa non cessi colla dimissione finchè non è accettata

(1) Di questo caso mi occuperò in prosieguo sotto altro punto di vista.

(2) V. Macarel. *Elem. de droit pub.* p. 64. Bivort. p. 25. Thonissen p. 164. Palma II 361. Questi scrittori escludono la prerogativa nel caso di flagranza, perchè essa si presenta « con tutti i caratteri dell'evidenza. »

dalla Camera, nè si possa rinunziare dal deputato, perchè non stabilita come favore personale, ma come garentia della funzione e in un pubblico interesse (1).

20. Quistioni che riguardano più direttamente le relazioni del potere giudiziario col Parlamento son queste:

1.° in quali limiti deve esser contenuta la potestà della Camera di accordare o di negare l'autorizzazione a procedere;

2.° quali atti può compiere il potere giudiziario quando non ancora si è ottenuta o quando si è rifiutata l'autorizzazione a procedere;

3.° quale è la soluzione costituzionale da dare al conflitto, che può sorgere tra la sentenza del magistrato e la risoluzione della Camera intorno alla estensione ed all'applicazione delle prerogative parlamentari.

In ordine alla prima quistione è manifesto, che la ragione giuridica e politica, che serve di base alla prerogativa, detta le norme che

(1) Palma II 362. Jefferson. *Manuale di diritto parlamentare* p. 18. Corte di Parigi 28 giugno 1843 (causa *Delaire*) di Besanzone 10 aprile 1843 (causa *Grammont*).

ne tracciano i confini. La Camera non deve trasformare una garentia di funzione in impunità, nè deve arrogarsi le attribuzioni del potere giudiziario colla pretesa di voler giudicare a fondo della sufficienza, o della insufficienza delle prove. Ogni qualvolta è eliminato il sospetto che la persecuzione giudiziaria fosse arma di ire partigiane, o di sopraffazione del potere esecutivo, dev' essere lasciato libero corso alla giustizia. E d'altro canto, la Camera ha per certo il diritto ed il dovere, prima di decidere, d'illuminarsi consultando gli atti processuali. Però ciò deve fare non per vedere se l'incolpato sia raggiunto da prove sufficienti, ma al solo oggetto più su designato, di mettersi in condizioni di giudicare se l' accusa e il procedimento sono spinti innanzi in buona fede. Così solo la sua funzione politica potrà esser contenuta in giusti limiti e non degenerare in usurpazione delle attribuzioni. (1) A questi principii si uniformò la Commissione parlamentare nominata nel 1873 per riferire sulla do-

(1) V. pure discussione parlamentare del 21 dic, 1872 per l'autorizzazione a procedere contro il deputato Morelli, e il discorso del Pisanelli. Il Palma, che riferisce i

manda di autorizzazione a procedere contro il deputato Cavallotti, escludendo la opinione che « per decidere sull' autorizzazione a procedere faccia uopo spingere l'esame nella sostanza delle quistioni giuridiche, che possono scaturire dalla natura del promosso giudizio; solo ammettendo che debba farsi una moderata deliberazione degli atti, ad oggetto di accertare che frivola o affatto evidentemente infondata sia l' accusa, di maniera che possa prevedersi con certezza di non errare che il giudizio penale riuscirebbe a non altro, che ad una vessazione dell' accusato; distraendolo dalle gravi cure del suo nobile uf-

punti più notevoli di questa discussione, riporta le seguenti belle parole di questo esimio e compianto giureconsulto:

« Riconosco volentieri che nell'art. 45 è sancita un' altra guarentigia per l'indipendenza e la libertà del deputato, ma ciò non scema il concetto che quello articolo sancisce un privilegio ; e noi , o Signori , noi che rappresentiamo il popolo , ricaviamo dal diritto comune la nostra forza; il diritto comune deve essere la nostra divisa e la nostra bandiera... Noi primi dobbiamo sentire il gran beneficio del trionfo del diritto comune, della eguaglianza civile; noi primi dobbiamo dare l' esempio di non impedire, di non turbare il libero corso della giustizia, noi primi dobbiamo mostrare confidenza nei magistrati del nostro paese. »

ficio, senza nessun vantaggio nè del pubblico nè del privato interesse. »

In ordine alla 2.ª quistione l'Haus ha colla sua solita precisione designati i confini della competenza del magistrato nel caso di mancanza o di rifiuto di autorizzazione a procedere (1). Egli scrive :

« La qualità di rappresentante o di senatore non sospende gli atti, che tendono a constatare l'imputazione, ed a raccogliere le prove, come i processi verbali d'informazione, la udizione de' testimoni le verificazioni e le perizie; ma essa arresta la persecuzione personale.

« In conseguenza l'imputato non può essere sottomesso ad un interrogatorio nè ad una visita domiciliare; niun mandato può essere spiccato contro di lui e non può essere tradotto davanti la giurisdizione repressiva senza una precedente autorizzazione. La domanda di autorizzazione è indirizzata sia dal Pubblico Ministero, cioè dal Procuratore Generale presso la Corte d'Appello, sia dalla parte lesa al Presidente della Camera , di cui

(1) Ivi. § 1084 p. 347.

l' imputato fa parte. Il rifiuto di autorizzazione non ha altro effetto che di sospendere l'azione per la durata della sessione legislativa.

« La garentia Costituzionale di cui si tratta, non protegge i mandatarii della nazione che durante questo intervallo: essi possono dunque essere perseguitati ed arrestati , senza autorizzazione precedente prima dell'apertura, e dopo la chiusura della sessione, ed anche per la durata di essa in casi di flagrante delitto. Perciò la detenzione di un membro dell' una o dell' altra Camera è sospesa durante la sessione, e per tutta la sua durata, se la Camera lo richiegga (1) ».

A questi principii si uniformarono il Mancini nella relazione già ricordata, il Mantellini nella relazione del 21 marzo 1872 (domanda di autorizzazione a procedere contro il deputato Marzucchi) , ed il senatore de Falco, guardasigilli nella ricordata discussione del 21 dic. 1872, il quale opportunamente invocò per analogia le disposizioni che gli art. 105 e 106 della precedura penale detta-

(1) « Art. 45 pa. 3.° della Costituzione. Questa disposizione è applicabile alle tre ipotesi di sopra indicate ».

vano pei casi di autorizzazione governativa a procedere contro i prefetti, sotto prefetti, sindaci e loro che ne fanno le veci.

21. Vengo all'ultima delle quistioni ricordate.

Secondo la nostra costituzione il Parlamento non può rivocare nè annullare le sentenze del potere giudiziario, che fossero in contraddizione delle proprie risoluzioni, sulla intelligenza degli effetti da dare alle prerogative parlamentari, e tanto meno potrebbe chiamare innanzi a sè i giudici per rispondere di quelle, che si dicono violazioni dei privilegi. L'assoluta indipendenza del potere giudiziario nei limiti delle proprie attribuzioni lo rende irresponsabile di fronte a qualunque altro potere del modo come interpetra le leggi dello Stato, tra le quali son quelle che determinano i limiti e gli effetti delle prerogative parlamentari, ogni qualvolta abbia proceduto in buona fede. Nato il conflitto tra questo potere ed una Camera, non v' è altra via possibile di soluzione allo infuori di queste: 1ª che la Camera si crei giudice della violazione del privilegio e punisca il magistrato. È questa la soluzione che ci addita la storia parlamentare inglese, ma che è la negazione

di ogni giustizia, come sarà detto in prosieguo.

La 2ª soluzione è quella adottata dal codice penale francese coi suoi art. 127 e 128, che reprime le così dette usurpazioni delle autorità amministrative e giudiziarie. Ma essa non solo contrasta coi principii costituzionali d' indipendenza del potere giudiziario, di cui specialmente mi occuperò nel capitolo 7°, ma praticamente può non essere una vera soluzione. E per fermo il potere giudiziario, chiamato a giudicare un suo membro per pretesa violazione del privilegio parlamentare, può eliminare qualsiasi repressione, sia perchè reputi legale e corretto l' operato del giudice contro cui si procede, sia anche perchè potrebb' esser dominato dallo spirito di corpo.

Non rimane quindi se non un' ultima soluzione possibile. Poichè la esecuzione delle sentenze spetta al potere esecutivo, toccherà al Gabinetto, sotto la sua responsabilità politica e giuridica, il curare che le prerogative parlamentari non sieno violate colla esecuzione delle sentenze, che vi contraddicono. È fu questa la soluzione data alla quistione nel Piemonte nel caso occorso nel 1854 pel deputato Buttini, e riferito dal Palma.

La Camera infatti nominata una commis-

sione di cui fu relatore il Cadorna, adottò la seguente risoluzione:

« Considerando che la Camera è *essa sola* competente a decidere *tutte le quistioni* che insorgano sull'*applicabilità* e sulla *estensione delle guarentigie* d'inviolabilità dei di lei membri, sancite dall'art. 45 dello Statuto;

« Che le sentenze della Corte di Cassazione dell' 8 Giugno 1854 e 9 Febbraio 1855, relative al deputato Buttini, hanno in opposizione al diritto competente alla Camera, sancito al citato art.° 45 dello Statuto, pronunciato in merito dell' applicabilità e della estensibilità al medesimo deputato della guarentigia;

« Che la Camera debba mantenere intatte ed illese le proprie prerogative, usando dei mezzi che le sono proprii, a termini dello Statuto;

« Invita il Ministero a non dare, per quanto da lui dipenda, esecuzione in avvenire alla detta sentenza ».

« Il Governo, ricorda il Palma, non istimò di affrontare la discussione di tali conclusioni alla Camera, ed assunse la responsabilità di considerare la condanna come non

avvenuta e la sentenza non fu eseguita ».

22. Non mi rimane a dire se non dell'assoluta esclusione della competenza del Parlamento a giudicare in via penale contro coloro, che presumesse aver violati i privilegi spettanti ai suoi membri. Una simile giurisdizione eccezionale non segna la pagina più bella della storia parlamentare inglese.

Gli scrittori più liberali ed eminenti sono stati unanimi nel riprovare gli arbitrii e gli eccessi compiuti in tal materia, e basterà ricordare quello che ha scritto Lord Brougham.

« Niuna Corte dalla più alta alla più bassa può esistere per un oggetto utile se i suoi procedimenti possono essere interrotti da una plebe senza freni, arbitraria e tumultuosa, o se i loro membri possono essere impunemente impediti sullo esercizio delle loro funzioni, ed è assolutamente necessario che una condotta così illegale debba esser seguita da immediata punizione ». Affermato ciò il Brougham passa a dire però che le Camere hanno preteso ben altro, procedendo arbitrariamente anche in tempi a noi vicini. E prosegue: È impossibile negare che questo potere assoluto delle Camere del Parlamento e spe-

cialmente abusato dalla Camera stessa, è un' infranzione a tutti i principii della costituzione ed una grande violazione di tutte le regole ordinarie, che debbono presiedere all'amministrazione della giustizia.

« In 1.° la parte offesa, o che si querela per l'ingiuria, non solo istituisce il giudizio senza l' intervento del gran giurì, ma assume essere il solo giudice della impretazione, di trovare i colpevoli e di applicare la loro punizione.

« 2.° Il procedimento è del genere più odioso alle nostre leggi, imperocchè la parte è costretta a confessare o negare l' accusa, e se ricusa d'incriminar sè stessa, è trattata come colpevole. In 3.° luogo e principalmente essa è giudicata non in forza di una legge promulgata antecedentemente, e quindi ben nota a colui, il cui dovere è di obbedirla, ma secondo una legge emessa *ex post facto*, una risoluzione presa dal suo accusatore, dichiarante la criminalità dell'atto dopo che è stato compiuto. Questo appare essere assolutamente intollerabile. Una legge, comunque fatta, provvede perchè sia fatta con calma, e prima che accada lo evento che abbraccia, on-

d'è molto preferibile ad una legge promulgata per la 1.ª volta ad occasione del fatto, quando le passioni sono riscaldate dalla offesa patita o allegata. Se qualsiasi Corte di giustizia, o una legislatura, dovesse fare una legge, secondo cui la difesa dovesse ad un tempo esser definita, e l'accusato convinto, il peso di una tale giustizia anormale sarebbe intollerabile. Ma quanto incomparabilmente peggiore è la giustizia del querelante, che fa da sè la legge, secondo la quale dev'essere giudicato il suo avversario, e pronunzia la regola, e il verdetto, e la punizione ad una volta?

« È vano negare l'origine della pretesa e il motivo di preferirla. Esse (le Camere) non osano affidarsi all'amministrazione ordinaria della giustizia penale; non ardiscono comparire dinanzi ad un giudice imparziale e ad un giurì indifferente; temono le conseguenze del libero corso della legge; e però sono costrette a prender questa nelle loro proprie mani, e far sè stesse parte accusatrice, gran giurì, piccolo giurì, giudice, ed al caso legislatore; formare con una stessa sentenza la legge, promulgando questa, accusare per a violazione di essa, dichiarare colpevole

l'accusato a norma della stessa, poichè questi è il loro avversario, e sentenziare da ultimo che egli deve subire una pena per la offesa fatta, o che si allega aver egli commessa contro di loro medesime » (1).

23. L'ultima delle relazioni, che mi rimane ad esaminare, tra il potere giudiziario e il Parlamento, è quella che si pone col diritto di sindacato di questo sull'amministrazione della giustizia.

Questa potestà di sindacato si fonda sulla natura delle funzioni spettanti al Parlamento. Questo corpo politico non è soltanto organo di formazione delle leggi, ma rappresentanza per la cura di tutti i còmpiti dello Stato, di tutti gl'interessi del popolo. E però a lui spetta una suprema sorveglianza sopra ogni ramo di pubblica amministrazione, per modo che esso ha diritto ad essere informato di qualsiasi perturbamento avvenga negli ordinamenti giuridici o politici dello Stato. « È stato dichiarato, dice il Todd, che la grande funzione del Parlamento è la tutela e conservazione della legge e la riparazione dei torti. In un rapporto ufficia-

(1) Brougham. *British Const.* Ch. 17.°

le, opera di Edoardo Burke, questo eminente statista e filosofo reclama per la Camera dei Comuni della Gran Brettagna assembrata in Parlamento, come uno dei suoi principali ufficii e funzioni il diritto di sorvegliare le Corti di giustizia, e di prender la dovuta cura, che nessuna di esse, dalle più basse alle più alte, segua procedimenti nuovi ignoti alle leggi e costituzione di questo Regno, o all'equità, alla sana politica, alla legale e sostanziale giustizia (1). « Il potere espresso, che è dato alle due Camere del Parlamento dagli atti 12 e 13 di Guglielmo III c. 2 e 1 di Giorgio III c. 23, di rivolgere indirizzi alla Corona per la rimozione di giudici dall'ufficio, che d'altra parte sono stati dichiarati inamovibili, si fonda in egual maniera sul dovere, che incombe al Parlamento di vegliare sul corso dell'amministrazione della giustizia (2). Secondo le parole di Sir Roberto Peel, il Parlamento non ha solo il diritto di rivolgere un indirizzo alla Corona per la rimozione di un particolare giudice, ma in caso di cattiva con-

(1) *Reports on Lords Procedings on Mr. Hasting Journal.* V. 49, 517.

(2) Smith, *Parliament. Rememb.* 1768, p. 232.

dotta, ha il diritto di esercitare un sindacato supremo sul modo, con cui adempie ai suoi doveri e d'istituire a tal fine relative inchieste (1).

Nel 1784 la Camera dei Comuni risolse, in conformità di un rapporto di un Comitato eletto per studiare i precedenti della quistione, che è conforme alla costituzione ed alla consuetudine il diritto della Camera dei Comuni di dichiarare il proprio sentimento ed opinione sullo esercizio di qualsiasi potere discretivo, di cui è investito per pubblico servigio, sia con atto del Parlamento, sia per altra via, qualunque corpo dello Stato.

Gneist osserva su questo diritto di sindacato, ch'esso è una reminiscenza delle funzioni accusatorie della Camera dei Comuni. Ed avverte che il sindacato delle funzioni giudiziarie è dato specialmente alla Camera dei Lords, come corpo permanente, mentre alla Camera bassa spetta il sindacato economico coll'approvazione per parte di quella. Ed ag-

(1) Hans, *Debat.* Vol.67, p. 10006. Discussione sul Chief Justice Lefroy e sulla sua attitudine al novantesimo anno di continuare nell'ufficio di Presidenza della Corte del Banco della Regina in Irlanda.

giunge esser questa la relazione che si continua in tutti i rami dell'amministrazione dei Circuiti e comunale; e nei rapporti dell'organo nominato del Self-government e dei consigli elettivi ed amministrativi della vita comunale : relazione fondamentale che dà principalmente la base giuridica alla costituzione parlamentare (1).

Pur ammettendo la esattezza di queste vedute dell'illustre scrittore, non si può disconvenire però che la Camera dei Comuni esercita un sindacato sull'amministrazione della giustizia, che si discosta dall'antica forma accusatoria, e che può dirsi vero sindacato amministrativo (2). Non conviene però credere, che questo sindacato concesso al Parlamento si risolva in diretta ingerenza nello esercizio delle funzioni giudiziarie, imperocchè in tal caso riuscirebbe alla negazione della indipendenza del potere giudiziario. Come questi non ha verso il Parlamento, circa le quistioni di costituzionalità delle leggi, se non un diritto di esame della legalità esterna di esse, onde

(1) Gneist. *Vervaltung, Verfassung und Rechtsweg.* p. 544.

(2) V. Todd, II, cap. IV.

potrebbe negare forza di legge ad una risoluzione non adottata costituzionalmente da tutti i rami del Parlamento, così questo non può nè deve arrogarsi il diritto di promuovere indagini sul merito delle sentenze. Esso non può esercitare se non una sorveglianza sul corso formale della giustizia, deve curare cioè, che l'azione della giustizia sia costante, che non sia negata a nessuno, che si svolga secondo le leggi, che devono presiedere allo svolgimento delle sue funzioni. Se in una città o in una Provincia intera la persecuzione de' reati fosse rilasciata e tale che la pace pubblica ne fosse turbata; se per tempo indefinito fossero chiuse le Corti di Assise; se le indagini istruttorie procedessero lente, o dessero costantemente risultati negativi; se ad un tribunale o ad una corte piacesse procedere di regola in segreto o giudicare sulle carte processuali; se le sentenze fossero emanate dopo mesi e mesi, e così di seguito, tutto ciò costituirebbe un profondo perturbamento del corso della giustizia, che dovrebbe necessariamente richiamare l'attenzione del Parlamento, ed in particolare della Camera dei deputati, cui è affidata

la rappresentanza di tutti gl' interessi del popolo. Non perchè gli accusati o i litiganti si chiudono in un colpevole silenzio e non propongono i legittimi gravami, è interdetto a ciascun membro del Parlamento elevare la sua voce per richiamare all' osservanza delle leggi quel tribunale che se ne allontana. Lasciato in assoluta balìa di sè, il potere giudiziario, da custode delle leggi, potrebbe trasformarsi in conculcatore di esse, e tutta la vita dello Stato ne sarebbe compromessa. Avvertii già nel capitolo 2.° che la essenza del Governo rappresentativo non sta nell' assoluta separazione e indipendenza dei poteri, ma nella loro mutua censura e nella coesistenza armonica.

Da quello che fin qui dissi si trae ancora il concetto del limite di quella potestà di sindacato del Parlamento. Scrive il citato Todd: « I giudici del paese operano sotto la legge della responsabilità, ed è lecito inquirere su di essi, quando dessero prova di cattiva condotta, e possono essere richiamati dall' una e dall' altra Camera del Parlamento. Però nello adempimento di queste alte funzioni inquisitorie il Parlamento ha imposto

a sè stesso certe regole e certi freni costituzionali, per cansare una indebita ingerenza a danno del potere giudiziario, il quale è una delle pietre fondamentali della libertà inglese. E spetta ai consiglieri della Corona, come a quelli, che sono particolarmente responsabili di ciò, che la giustizia resti pura ed inviolata, il curare che le influenze di partito non si facciano strada nei procedimenti parlamentari in materia risguardante l' amministrazione della giustizia ». Ed egli ricorda che lord Palmerston ebbe a dire « non esservi nulla di più ingiurioso per l' amministrazione della giustizia quanto questo, che la Camera dei Comuni debba attirar su di sè l'ufficio di una Corte di revisione dei procedimenti di una Corte ordinaria di diritto; essa deve intervenire soltanto in caso di così grave pervertimento della legge, o per dolo, concussione o incapacità, che renda necessaria la sua azione per poter esercitare la potestà, di cui è investita, di avvisare la Corona per la rimozione dei giudici » (1).

(1) Loc. cit. Hans, Ch, v. 140, p. 1561. *Discorso di Roberto Peel* sul caso del Barone Smith — *Mirror of Parliament.* 1834, pagina 132-312.

Da ultimo in ordine alla forma, sotto la quale si può esplicare il sindacato del Parlamento, secondo i nostri ordinamenti costituzionali, s'intende di leggieri, per le osservazioni fatte, ch'esso non può rivolgersi in via diretta sul potere giudiziario. Questo si può dir politicamente rappresentato di fronte al parlamento dal ministro Guardasigilli. Egli è responsabile dinanzi al Parlamento dell'amministrazione della giustizia, perchè, come vedemmo precedentemente, ha diretta sorveglianza sull' ordine giudiziario, ed è per suo mezzo che la Corona istituisce i giudici. E per la stessa ragione spetta a lui il difendere e tutelare la indipendenza e la dignità della Magistratura da ogni attacco partigiano o da una illecita o incostituzionale intromissione delle Camere nello esercizio delle funzioni giudiziarie; come al tempo stesso deve cercare che il Parlamento non usurpi le sue speciali attribuzioni e non si trasformi in potere esecutivo. All' uopo è utile leggere ciò che il Todd scrive in una materia strettamente connessa a questa, che ci occupa, e che assicura essere la opinione delle migliori autorità costituzionali. Egli dice:

« La vera responsabilità dei ministri dipende dalla loro libertà nell' esercizio dell'autorità legale della Corona. Senza libertà di azione non vi può essere genuina responsabilità. Ciò che la rende così essenziale all' azione efficace del governo parlamentare, si è che i ministri debbono essere sostenuti da un partito predominante nella legislatura, il quale sia preparato, su ragioni generali di pubblica polizia, ad approvare i loro atti , ed assumere una misura di responsabilità per la loro condotta in ufficio. De Lolme , prevedendo gli eventi che potrebbero distruggere il magnifico edifizio della costituzione inglese , giustamente osserva, che ove il corpo rappresentativo del popolo dovesse cominciare ad immischiarsi nell'autorità esecutiva, il governo sarebbe rovesciato.

« Dev' essere necessariamente attribuita molta importanza alle opinioni delle due Camere del Parlamento sui pubblici affari; ma, nelle circostanze ordinarie, queste opinioni sono espresse costituzionalmente col grado di appoggio, che consentono di dare a' ministri della Corona nella condotta del governo. Se i ministri della Regina godono la fidu-

cia del Parlamento, non è opportuno nè saggio, per regola generale, chieder conto delle loro decisioni circa i particolari dell' amministrazione, eccetto in casi di manifesta negligenza o cattiva condotta ».

Non voglio lasciare questo tema del sindacato parlamentare sulla magistratura senza accennare, che in Inghilterra si manifesta in una forma molto più diretta con un indirizzo del Parlamento alla Corona, perchè rimuova dall' ufficio il giudice, che se ne sia reso indegno. È principio costituzionale prevalso presso quel popolo, che la istituzione dei giudici a vita è fatta sotto la condizione della buona tenuta dell' ufficio, o della buona condotta « *good behaviour* ». Onde, quante volte il giudice vien meno a tale dovere, perde il diritto, che gli è conferito dalla istituzione. Però è invariabile pratica del Parlamento non dare adito ad accuse criminali contro chicchesia senza una base distinta e determinata. Non è consentito prestare ascolto a reclami contro i giudici o le Corti inoltrati con leggerezza, principalmente quando si tratti di materie civili o penali in via di procedimento o di decisione, e in ispecie ciò deve valere per la

Camera dei Lords, la quale, avendo giurisdizione sulle corti inferiori, verrebbe a pronunziarsi prematuramente e fuori i modi di legge sulla quistione. Quanto ai giudici poi ci vogliono accuse scritte , prove sicure e libertà di discolpa.

Ma, poichè di questo procedimento accusatorio verso i giudici dovrò occuparmi più specialmente quando sarò a parlare della inamovibilità della magistratura nel capitolo 7°, basti il fin qui detto per chiarire l'indole del sinda cato del Parlamento sull'amministrazione della giustizia e sull'ultima delle relazioni costituzionali tra questo corpo politico e il potere giudiziario.

CAPITOLO V.

Relazione del Potere giudiziario col Potere esecutivo come governo dello Stato.

24. Per la costituzione del nostro Stato il potere esecutivo va considerato come governo e come amministrazione, ossia come potere politico e come potere amministrativo. Debbo occuparmi quindi delle relazioni costituzionali, che esistono tra il potere giudiziario e il potere esecutivo sotto la doppia forma che assume.

Non è già che il potere esecutivo come governo dello Stato fosse distinto sostanzialmente dall' amministrazione. Si tratta invece di funzioni diverse dello stesso potere.

Questo, in quanto rappresenta e dirige la personalità politica dello Stato e ne regola la vita, tanto nei rapporti interni, quanto nelle relazioni internazionali di fronte agli altri Stati, dicesi governo. In quanto poi cura gl'interessi generali della convivenza sociale, assume forma di amministrazione.

L'organo centrale, da cui parte l'impulso

direttivo della vita politica ed amministrativa dello Stato, è il Gabinetto, il quale, mentre è il mezzo col quale la Corona esercita le sue prerogative, è al tempo stesso creazione indiretta della Camera elettiva, in cui risiede la rappresentanza integrale della nazione.

È merito de' pubblicisti inglesi moderni, e specialmente del Bagehot e del Gladstone, lo avere determinata la vera posizione ed importanza costituzionale del Gabinetto nella monarchia rappresentativa moderna.

L' uno lo ha detto il Comitato esecutivo della Camera; l' altro lo ha additato come un quarto potere, che partecipa della vitalità degli altri tre, di cui si compone il Parlamento, e che ha per scopo di stabilire l'armonia del loro cammino. « Non è già, scrive il Gladstone, che fosse un potere distinto formato di elementi ignoti a' tre altri, più che una sfera non contenga elementi diversi da quelli che si riferiscono agli elementi coordinati, che determinano la posizione di un punto qualunque nello spazio. Il quarto potere è rispetto agli altri un potere parassita : vive della loro vita, senza avere una esistenza separata. Una porzione di questo

potere forma parte integrante della Camera de' Lords, un' altra della Camera dei Comuni; ed entrambe, stabilite nella sfera d'azione della Corona, formano il consiglio interno della Corona stessa, di cui assumono l' intera responsabilità e di cui in conseguenza esercitano regolarmente i poteri. Il Gabinetto è il triplice legame che nella costituzione inglese unisce fra loro, per l' azione, il Re o la Regina, la Camera dei Lords e quella dei Comuni. È in esso che trovasi concentrata tutta la forza del Governo, ed è esso che di giorno in giorno tende a costituire il vero centro di gravità per lo esplicamento delle funzioni della macchina governativa, quantunque la superiorità di forza appartenga in ultima istanza alla Camera dei Comuni » (1).

Or, il potere esecutivo, in quanto rappresenta la personalità politica dello Stato e nei rapporti internazionali, può creare vincoli giuridici e politici sotto forma di trattati, nei rapporti interni può compiere atti di alta politica o di Governo, pe' quali possono essere modificati o negati del tutto i diritti parti-

(1) *Quest. Cons.*, ivi, p. 277.

colari dei cittadini. In quanto quei trattati o quegli atti non riguardano se non relazioni politiche o giuridiche assolutamente pubbliche, sia da Stato a Stato, sia nella vita interna del proprio Stato, il potere giudiziario non ha nulla a vedere, perchè non vi è possibilità di una contesa giuridica. Ma, se invece il trattato, o l'atto di governo spiega la sua azione anche nella sfera dei diritti individuali, può nascere il conflitto tra l'azione dello Stato e il diritto del cittadino; quindi la materia propria su cui si esercita la potestà giudiziaria. Sorgono così varî rapporti tra questa ed il potere esecutivo, e di essi devo occuparmi per quanto basti a delinearli sotto il punto di vista costituzionale.

Il trattato è quell'atto solenne di manifestazione di volontà dello Stato come personalità politica e giuridica, con cui si mette in rapporto con altri Stati.

Il contenuto di questi trattati è costituito dalla ricca varietà di relazioni che si stabiliscono tra Stati e Stati. Queste relazioni possono essere politiche o giuridiche; possono riferirsi alla esistenza di altri Stati, alla guerra, alla pace, e alla cura di tutti gli

svariati interessi dei rispettivi popoli, all'amministrazione della giustizia, al commercio, alle industrie, alla scienza, alle arti, all'igiene e via.

« Gli atti di volere dello Stato, insegna acutamente il Laband, possono compiersi non solo nella forma di legge, ma benanche in quella dei trattati internazionali.

« Non vi è alcuna limitazione tra il campo della legislazione e quello della stipulazione dei trattati per quel che riguarda gli oggetti che sono sottoposti all'azione della potestà *volitiva* dello Stato. Come la forma della legge non è limitata alla emanazione delle norme giuridiche, ma può aver luogo per ogni qualsiasi atto di volere dello Stato, così tutto ciò che lo Stato può in generale volere e fare, è capace di divenire oggetto di un trattato per parte dello Stato (1).

« Per tal ragione i principî giuridici che regolano i requisiti e gli effetti dei trattati pub-

(1) « Gli è per ciò inesatto il parlare di una potestà di stipulare trattati, e il metterla a lato alla potestà legislativa ed esecutiva. La capacità dello Stato di stipulare pubblici trattati, non è *parte* della potestà dello Stato distinta e separata da altre parti, non altrimenti che la capacità di una persona privata di contrattare non è parte della sua personalità ».

blici armonizzano con quelli che riguardano la legislazione, perchè altrimenti le norme, che reggono una di queste due forme di atti di volontà dello Stato, si renderebbero illusorie adoperando l'altra forma. Quest' armonia sussiste anche in fatto nella misura più completa, e pel riconoscimento teoretico di essa si richiede solo l'analisi dei preliminari giuridici e delle dichiarazioni di volontà, che si attuano colla conchiusione ed esecuzione dei pubblici trattati » (1).

Or, in quanto i trattati toccano relazioni, la cui determinazione o modificazione attiene alla potestà del Parlamento, non possono essere opera esclusiva o autonoma del potere esecutivo. Spetterà a questo la stipulazione del trattato, ma il contenuto di esso dev'essere dettato dal volere del Parlamento, o per lo meno dev'essere esplicitamente accettato, perchè possa avere valore giuridico. E ciò deve dirsi specialmente di quei trattati, che risguardano la esistenza stessa dello Stato, o gli interessi finanziarî, la cui tutela è affidata in particolare alla Camera rappresentativa, o che modificano l'ordinamento giuridico sta-

(1) *Staatsrecht*, II. § 63, p. 152.

bilito dalle leggi dello Stato. Sorge così la quistione di costituzionalità dei trattati, la quale può sollevarsi, in ordine alle relazioni politiche, nel Parlamento; e dinanzi al potere giudiziario, per quanto riflette le relazioni giuridiche in controversia portate al suo esame.

Secondo talune costituzioni politiche, il concorso di tutti i rami del Parlamento è necessario alla esistenza giuridica stessa del trattato, perchè questo deve manifestare il suo volere sovrano come atto di consenso al patto internazionale. Secondo altre costituzioni, il potere esecutivo ha potestà di conchiudere i trattati e loro imprime un carattere obbligatorio. La cooperazione delle Camere si limita all'accettazione o al rifiuto di essi. Se li accetta, il potere esecutivo li riveste della formola esecutiva; se li respinge, rimangono validi, ma non eseguibili.

Fra le prime costituzioni sono da annoverare la costituzione americana, quella della Prussia del 1850 (art. 48), quella dell'Austria del 21 dicembre 1867 (art. 6), quella dello Impero di Germania del 16 aprile 1871 (art. 11) (1).

(1) Sulla costituzione germanica è surta viva disputa tra gli scrittori, sostenendo alcuni, che per *gültigkeit* si

Fra le seconde sono la costituzione belga, art. 68 (1), e lo statuto italiano, art. 5 (2).

debba intendere efficacia del trattato, che gl'imprime l'assenso della Camera. Altri invece la esistenza giuridica del trattato stesso, sicchè, mancando quell'assenso, esso è *assolutamente nullo*. Sono della prima opinione Gneist, che dice la disposizione della costituzione germanica essersi presa dalla costituzione belga (Consultazione intitolata : *Gutachten über die Auslegung des art. 48 des Verfassung-Urkunde 1868* pubblicata da Maier, 1874 339); e il Laband II V. 64. Per la contraria opinione sono l'Unger, *(über die Gusleghrung des art. 48 von Staatssvrrägen. Zeitscift di Arünhut* W. B. p. 349) ; il Mohl (*das deutsche Reichsstaatsrecht* 1873 p. 1803) ; il Meier (*über den Abschluss von Staatsverlägen*, Leipzig 1874) e il Rönne nella 2ª edizione del suo *Staatsrechtdes deutsch: Reichs* 1877 p. 798, in cui ritrattò la precedente opinione contraria.

(1) Costituzione Belga del 7 febbraio 1831 art. 68. « Il Re comanda le forze di terra, e di mare, dichiara la guerra, fa i trattati di pace e di alleanza e di commercio. Egli ne dà conoscenza alle Camere tosto che l'interesse e la sicurezza dello Stato lo permettano, unendovi le comunicazioni opportune. I trattati di commercio e quelli che portano oneri allo Stato o *vincolano individualmente i Belgi* non hanno effetto se non dopo che avranno avuto l'assenso delle Camere. Non può aver luogo alcuna cessione, alcuno scambio, alcuna aggiunzione di territorio se non in virtù di una legge ». Confr. lo erudito studio del Clumet: *Le défaut de validité de plusieurs traités diplomatiques conclus par la France avec les Puissances étrangeres.* Paris. 2 ed. 1880.

(2) Art. 5.° « Al Re solo appartiene il potere esecutivo.

Quando l'assenso di tutti i rami del Parlamento è necessario alla validità giuridica del trattato, la mancanza di esso lo rende nullo. Quando invece è necessario, perchè il trattato abbia effetto, mancando quell'assenso, esso è valido, ma aspetta un'abilitazione, che può esser sempre data dalle Camere legislative. Però dal punto di vista pratico, e non puramente teoretico, le conseguenze son sempre le stesse. Il trattato non ha forza di legge, non vincola i cittadini e non può essere applicato dal potere giudiziario.

Nel caso di trattati, per la cui validità giuridica è necessario il consentimento del Parlamento, questa conseguenza è fuori ogni possibile controversia. Scrive il Wheaton: « Quando è necessaria una tale legislazione ausiliaria per effetto di talune limitazioni imposte alla potestà di far trattati dalle leggi

« Egli è il capo supremo dello Stato; comanda tutte le forze di terra e di mare; dichiara la guerra, fa i trattati di pace, d'alleanza, di commercio ed altri, dandone notizia alle Camere tostochè l'interesse e la sicurezza dello Stato il permettono, ed unendovi le comunicazioni opportune. I trattati che importassero un onere alle finanze, o variazione di territorio dello Stato, non avranno effetto se non dopo ottenuto l'assenso della Camera ».

fondamentali dello Stato, o necessariamente implicite per la distribuzione dei suoi poteri costituzionali... in tal caso il trattato può essere considerato imperfetto nella sua obbligazione, finchè non è dato il consentimento nazionale nella forma richiesta dalla legge municipale ». (1)

E lo Spear: « Niun trattato, senza questo concorso (dei due terzi del Senato), è per parte degli Stati Uniti una negoziazione completa e obbligatoria » (2). E l' Unger estende il principio dalle relazioni interne alle estere. Egli dice: « Se un trattato internazionale anche ratificato, non ha ottenuto l'assentimento delle Camere, necessario alla sua validità, *esso è nullo*, *inesistente*, *e senza*

(1) « *International law.* Ed. Boyd. London 1878 p. 319. « Alle volte, quando la corona ha il diritto di conchiudere trattati, il Parlamento si oppone alla loro esecuzione per via indiretta; il trattato in fatto non entra in vigore, imperocchè esso importa modificazioni alle leggi esistenti, ed il Parlamento ricusa di mutare la legge nazionale. Ciò è accaduto in Inghilterra pel trattato conchiuso colla Francia ad Utrecht nel 11 aprile 1713 (Wheaton, p. 320. Lord Mahon. *Hist. of. Engl. from. the peace of Utrecht.* I. p. 24) ».

(2) *The law of extradition.* Albany 1879, p. 18.

forza obbligatoria per tutte le parti, perchè la conseguenza logica e necessaria della non validità di un contratto è il suo assoluto difetto di efficacia per tutti. Un simile trattato è dunque caduco e senza forza obbligatoria, non solo dal punto di vista del diritto interno, ma anche del diritto internazionale. La sua validità è indivisibile; un trattato non può valere fuori di uno Stato, ed essere senza valore nell' interno di questo stesso Stato. Niun dubbio che, per regola generale, il capo dello Stato ha qualità per conchiudere trattati diplomatici. Ma nei casi nei quali il consenso dei rappresentanti della Nazione è necessario per la validità di certi trattati, la capacità (*handlungsfähigkeit*, *dispositionsfähinkeit*) del capo dello Stato è limitata, la sua qualità per agire è incompleta, essa ha bisogno di essere abilitata » (1).

Volgiamoci all'altra ipotesi. Nelle relazioni giuridiche private la conseguenza della ineseguibilità del trattato valido, ma che ha bisogno di abilitazione o di accettazione per

(1) *Zeitsschrift* di *Grünhut* VI, B. p. 355. Conforme opinione ha sostenuto il NEUMANN: *Grundriss des Völkerrechts*, ediz. 1877, p. 61.

parte delle Camere, è la stessa: esso non vincola punto i cittadini, non ne inficia i diritti, e se *non può avere effetto*, come dice lo Statuto italiano e belga; il potere giudiziario, ch'è chiamato ad applicare la costituzione e le leggi, non ne terrà conto alcuno. In effetti il trattato internazionale nei rapporti interni non crea di per sè diritti o doveri nei cittadini. Essi non vengono costituiti se non con un atto di sovranità emesso nella forma che, secondo la costituzione, può apportare modificazione allo stato giuridico delle persone o ai loro diritti. E però quando tutto ciò non si verifica, il trattato sarà pur valido nei rapporti da Stato a Stato, ma rispetto ai cittadini si avrà come non avvenuto. Ecco come questo punto di diritto pubblico è stato maestrevolmente svolto dal Laband:

« Il trattato si distingue a primo sguardo dalla legge per questo, che la legge è un *comando*, che la potestà dello Stato emette verso i suoi sudditi, mentre il trattato invece è una promessa che si fa ad un altro contraente del pari indipendente. Nel trattato lo Stato, o chi stipula per lui, si obbliga

a dare, o a fare o promettere qualche cosa. Or, mentre lo Stato costringe i cittadini ad eseguire il suo comando, non vi può essere alcuna coercizione pubblica per la esecuzione del trattato, imperocchè lo Stato non può costringere sè stesso; invece vi può essere semplicemente una costrizione internazionale di un contraente contro l'altro quando egli la reputi necessaria o utile. Il trattato non ha in sè e per sè effetti giuridici nello interno, (contro le autorità e i sudditi), ma semplicemente all'estero; i trattati sono negozii giuridici, coi quali i contraenti soltanto fondano pretese e obbligazioni. Colla stipulazione del trattato non è data in alcun modo una certezza di diritto o di fatto che esso effettivamente sarà adempiuto: non pochi trattati rimangono ineseguiti, alle volte per consenso tacito d'ambo i contraenti, altre perchè uno dei contraenti non può o non vuole costringer l'altro alla esecuzione. Non spetta ai sudditi o ai funzionarii pubblici il decidere se un trattato debba essere adempiuto, o se si debbano trarre le conseguenze internazionali dell'adempimento. Ciò spetta in ogni caso esclusivamente allo Stato come Stato, al gover-

no. Il trattato internazionale come tale non obbliga mai e sotto nessuna circostanza i sudditi e i funzionari, e questi in nessun caso sono autorizzati, nè in condizioni di adempiere al trattato. Solo lo Stato come tale, essendo l'unico soggetto dei doveri che promanano dal trattato, vi può adempire. Nella maggior parte dei casi però questo adempimento si verifica mercè un comando ai sudditi ed alle autorità. Allorchè p. e. si è stipulato un trattato di alleanza difensiva ed offensiva con un altra potenza, questo trattato non ha alcun effetto giuridico pei cittadini; essi obbediscono, nel caso che ne segua una guerra, agli ordini di chiamata sotto le armi o di marcia, alla legge che impone loro oneri finanziarii per menare innanzi la guerra etc.. e però gli effetti giuridici nei rapporti dei cittadini non sono la conseguenza degli accordi tra gli Stati; per lo invece in ciascuno di questi opera esclusivamente il comando, che parte dall'autorità pubblica. Senza un tale comando ogni singolo componente dello Stato non può adempiere all'alleanza prendendo a norma il proprio criterio. Lo stesso deve valere quando due Stati si mettono di accordo per amministrare ta-

luni affari con uniformità di principii, o per determinare in egual maniera certe istituzioni, o per prestarsi vicendevolmente alcuni servigi, e così di seguito. Un tale trattato non obbliga i funzionari dei singoli Stati ad eseguirlo ; essi non sono autorizzati a prenderlo a norma della loro azione amministrativa, finchè non ricevono il comando dalle autorità superiori, e quindi, in ultima istanza, dal governo centrale dello Stato, di operare in conformità del trattato; e questo perde per essi ogni valore, tosto che ricevono istruzioni di dover agire in difformità dello stesso. Anche quì dunque non è il trattato , ma il comando gerarchico della superiore autorità, l'ordinanza amministrativa, che crea nei rapporti interni dello Stato gli effetti giuridici.

« Or, quando un trattato ha un contenuto , che modifica o rivoca principii giuridici esistenti in uno o più Stati contraenti, o importa creazione di nuove regole di diritto, non è già il trattato che sarebbe capace di produrre queste norme giuridiche,ma esso produce solo l'obbligo degli Stati contraenti di emettere, ciascuno di essi nel proprio territorio, le regole di diritto concordate. Per far ciò è ne-

cessario un comando della potestà dello Stato, il quale impone che si seguano le regole giuridiche contenute nel trattato, e dà loro la forza di legge; è necessario cioè un comando legislativo.

« In conformità di questi principii la stipulazione di un trattato non produce mai norme di dritto o regole di amministrazione, ma fonda puramente e semplicemente l' obbligo nello Stato di emanarle. Colla emanazione di queste prescrizioni il trattato è adempiuto; le autorità e i cittadini, che adempiono a questi ordini amministrativi e regole giuridiche, non eseguono il trattato, ma il comando del loro Stato. Da ciò si origina sopratutto un risultato importantissimo. Un contratto può essere stipulato validamente e con pienezza di effetti, può produrre cioè obbligazioni internazionali tra i contraenti, e non per tanto può al tempo stesso essere considerato come giuridicamente non esistente nei rapporti dei funzionarii e cittadini; il che si verifica quando il comando dello Stato di uniformarsi al trattato non si è prodotto nella forma stabilita dalla costituzione. Frattanto il trattato non è adempiuto, il che costitui-

see per tutti i trattati di diritto internazionale, come di dritto privato, uno stadio possibile e giuridicamente del tutto ammessibile » (1).

La conseguenza di questi principii si è quella già accennata, che il potere giudiziario non deve riconoscere efficacia giuridica a quei trattati, che costituzionalmente *non possono avere effetto*. « I trattati conchiusi fra le nazioni, ha deciso la Corte di Cassazione di Francia (Sez. civ.) con arresto del 24 giugno 1839, non sono semplici atti amministrativi o di esecuzione; essi hanno il carattere di legge e non possono essere spiegati nè interpetrati che nelle forme e dalle autorità incaricate dell' applicazione di tutte le leggi nella sfera delle loro attribuzioni » (2).

Or, messe da canto le relazioni politiche, che non possono formar materia di contestazioni giudiziarie, oltre ai trattati, che importano variazione di territorio o un onere alla finanza, devono andar soggetti all' approvazione delle due Camere tutti quelli, che apportano modificazione allo stato giu-

(1) *Staatsrecht*, II, § 63, p. 153.
(2) Sirey, 1839, I, 577.

ridico delle persone, o ai loro diritti riconosciuti, sia dalla costituzione dello Stato, sia dalla legislazione particolare. E questa è deduzione necessaria dei principii svolti fin qui. Imperocchè, se spetta allo intero Parlamento e non al solo potere esecutivo la determinazione o modificazione delle norme giuridiche, che regolano quello stato o quei diritti, è manifesto, che un trattato non approvato dalle due Camere non potrebbe aver forza di legge nei rapporti individuali, perchè solo una novella legge e non un atto del potere esecutivo, in qualsiasi modo si manifesti, può modificare lo stato della legislazione.

Tutto ciò è stato riconosciuto dalle principali costituzioni degli Stati retti a forme libere (1).

(1) Legge fondamentale promulgata nei Paesi Bassi nel 1815 § VI Re. « Art. 7. Il Re fa e ratifica i trattati di pace ed altri trattati e convenzioni colle potenze straniere. Li comunica alle due Camere degli Stati generali tostochè sa che l'interesse e la sicurezza dello Stato lo permettono. I trattati che contengono sia la cessione, sia lo scambio di una parte del territorio del regno in Europa o nelle altre parti del mondo, ovvero *ogni altra disposizione o modificazione concernenti i dritti legali* non sono ratificati dal Re se non dopo che gli Stati Generali hanno approvata questa disposizione o modificazione ».

Deve forse seguirsi una teorica contraria nel nostro Stato di fronte all'art. 5 dello Statuto? In esso non si parla per verità se non

Portogallo. — La carta costituzionale del Regno del Portogallo e *Algarsses* del 29 aprile 1826, modificata dall'atto addizionale al 5 luglio 1852 dice: Art. 10. Tutti i trattati in corso e tutte le convenzioni che il Governo farà con le potenze estere, dovranno, avanti di ratificarsi, essere approvati dalle Cortès. — Rimasero così modificati e ampliati i paragrafi §§ 8 e 14 dell'art. 75 della Carta Costituzionale.

Austria. — La legge fondamentale dello Stato del 21 dicembre 1867 sullo esercizio del potere governativo ed esecutivo dice: Art. 6.° « L'imperatore conchiude i trattati politici. — I trattati di commercio e quei trattati politici che importano obbligazioni all'una delle parti, o dei privati devono, per la loro validità ottenere l'approvazione del Reichsrath.

Germania. — L'art. 2 della costituzione del 16 aprile 1871 dice: « L'imperatore rappresenta l'impero nelle relazioni internazionali, dichiara la guerra e fa la pace, in nome dell'impero, conclude le alleanze ed altre convenzioni con gli Stati esteri. Se poi i trattati con gli Stati esteri contengono delle materie, che, per l'art. 4.°, appartengono al dominio della legislazione dell'impero, è necessario, per conchiuderli, il consenso del consiglio federale, e per la validità l'approvazione del Reichstag ».

Francia. — Art. 8.° — « Il presidente della repubblica negozia e ratifica i trattati. E ne dà conoscenza alle Camere appena che l'interesse e la sicurezza dello Stato lo permettono. I trattati di pace, di commercio, i trattati che

di trattati, che apportano onere alle finanze o modificazione al territorio dello Stato; onde mentre è quasi fedele copia dell'art. 68 della costituzione belga, sopprime poi l'altra parte: « *o vincolare individualmente i Belgi* ».

Ma una interpetrazione veramente scientifica ed in armonia collo spirito della costituzione, non può riconoscere in quella formola dell'art. 5 la consacrazione di una teorica antiliberale e antigiuridica ad un tempo, per effetto della quale fosse lecito al potere esecutivo arrecare offesa ai diritti privati e modificare e rivocare implicitamente le leggi dello Stato per via di trattati. Il trattato, come disse il Laband, contiene la promessa di stabilire un dato ordine di norme giuridiche; ma la emanazione di queste deve seguire secondo le forme costituzionali, altrimenti nei rapporti internazionali il trattato resterà una promessa, e nei rapporti interni sarà un atto privo di efficacia giuridica. E il potere giudi-

aggravano le finanze dello Stato, quelli che sono relativi alle persone e al diritto di proprietà dei francesi verso lo straniero, non sono diffinitivi che dopo la votazione delle due Camere. Nessuna cessione, nessun cangiamento, nessun' annessione di territorio può aver luogo senza una legge ». — La Costituzione belga ha l'art. 68 già riportato.

ziario non dandovi effetto riuscirà a tutelare il rispetto delle leggi e i diritti dei cittadini. Qualunque trattato adunque assuma di apportare modificazioni allo stato giuridico delle persone, o che tocchi i diritti individuali di proprietà, non dovrà avere effetto nel nostro Stato se non dopo l' approvazione delle due Camere. Ed in ciò, come in tante altre relazioni, il potere giudiziario sarà chiamato a spiegare l' alta sua funzione costituzionale, di mantenere gli altri poteri nei limiti delle loro attribuzioni.

25. Una considerazione speciale per la importanza del tema richiede la determinazione delle attribuzioni del potere giudiziario stessso di fronte ai trattati che regolano il mantenimento dell' ordine giuridico nei rapporti penali e in quelli di diritto privato.

La coesistenza degli Stati nella moderna civiltà è coesistenza, che importa vicendevole riconoscimento della propria personalità etica e giuridica. Da questo riconoscimento deriva da un canto l' assoluta indipendenza di sovranità di ciascuno Stato nella sfera del proprio territorio, e dall'altra il principio, che gli Stati non debbono ostacolarsi nell' attua-

zione de' loro fini supremi, ma invece facilitarsi per quanto lo comportino le loro forze e la necessità di provvedere principalmente ai proprii bisogni (1). Conseguenza di questi dettami si è la massima, che ogni Stato non deve attraversare l'azione della giustizia, tanto civile quanto penale degli altri Stati, ma facilitarla in quanto però non contraddica alla coscienza giuridica del proprio popolo e al suo stato politico. Le condizioni e modalità di questo riconoscimento e di queste facilitazioni

(1) Mohl. *Staatsrecht Volkerrecht und Politik*, nello studio sulla teorica internazionale dello *Asilo* e nell'altro: *die Pflege der internat. Gemeinschaft als Aufgabe des Völ-Kerrecht*. I. p. 579 e 637 e seg.

A Confr. Clarke, *The law of extradition*. — Grotius et Pradier. — Foderé, *Le droit de la paix et de la guerre*, Liv. II, Ch. XXI, § 2 e 4. — Covarruvius, *Praticarum quaestionum*, C. XI. Vattel, *Droit des gens*, Liv. II, § 76. — Kent, *Commentaires*, I, p. 37. — Burlamaqui, *Droit des gens*, 4e part., Ch. III, § 9. — Bluntschli, *Dr. intern. codifié*, § 395 e seg. — Calvo, *Le droit int.*, Liv. IX. — Bonafos, *De l'extradition*, p. 32. — Pradier — Foderé, *Principes gén. de droit*, p. 548. — Mailfer, *De la démocratie dan ses rapports avec le droit international*, p. 258-59. — Fiore, *Droit pénal international*, 2e partie, Ch. IV (2e édit. Durand). Id. *Effetti internazionali delle sentenze e degli atti*. Idem. *Trat. di Diritto Internazionale Pubblico*, § 607, p. 465.

sono poste coi trattati internazionali, che regolano la estradizione dei colpevoli, la esecuzione delle sentenze straniere e i procedimenti per raccogliere le prove, o dar loro efficacia giuridica. Essendo ogni Stato autonomo, avente personalità a sè, solo il libero volere può fargli contrarre obblighi e doveri verso un altro Stato. Or il mezzo, con cui si attua questa reciproca soggezione, è la stipulazione de' trattati, i quali liberamente voluti ed accettati, dopo che lo furono, fanno legge tra gli Stati, come i patti tra i privati, finchè non sieno vicendevolmente disdetti. In quanto il potere esecutivo, come potere politico, stipula i trattati che regolano l'attuazione della giustizia civile e penale, è libero e indipendente da qualunque altro potere dello Stato, e però, sia pei casi di estradizione, sia per le forme e modalità di essa, sia per le condizioni di riconoscimento ed esecuzione dei giudicati stranieri, può fissare quei patti e quelle norme, che crederà corrispondere alla indipendenza del proprio popolo, e nei limiti tracciati dalle leggi. Ma stipulati i trattati, l'attuazione di essi non può dipendere illimitatamente dal solo beneplaci-

to dello Stato o dalla prudenza politica. Ond'è che tanto nella estradizione, quanto nella esecuzione degli atti e giudicati stranieri, v'ha un momento politico, ch'è riservato esclusivamente al potere esecutivo, e v'ha un momento giuridico, ch'è di spettanza del potere giudiziario. Per la giustizia civile, questo è generalmente consentito. Molteplici trattati hanno regolate le condizioni sotto le quali si possono riconoscere gli atti e giudicati stranieri, e questo riconoscimento avviene per opera esclusiva della magistratura (1). Al potere politico rimane la diretta comunicazione di Stato a Stato, non consentendosi d'ordinario che le magistrature dei vari Stati corrispondano direttamente tra loro. In alcuni Stati questa materia è regolata in modo stabile e generale dalla stessa legislazione comune, e in Italia il Codice di procedura civile fissa le condizioni del riconoscimento

(1) Nella Rivista *dell' istituto giuridico internazionale* pubblicata dal Baisini Milano 1879. Fasc. 1° sono riportate le disposizioni delle varie legislazioni e trattati di Europa, a cominciare dall' ordinanza francese del 15 gennaio 1629, che regolano la esecuzione degli atti e giudicati stranieri, le rogatorie ecc. con speciale riferenza all'Italia.

ed esecuzione degli atti e giudicati stranieri in un modo razionale ed eminentemente liberale. Imperocchè il magistrato nazionale è chiamato solo a fare questo esame in giudizio detto di delibazione: 1° se la sentenza sia stata pronunziata da un'autorità giudiziaria competente; 2.° se sia stata pronunciata, citate regolarmente le parti; 3.° se le parti siano state legalmente contumaci; 4.° se la sentenza contenga disposizioni contrarie all'ordine pubblico o al dritto pubblico interno del regno (art. 941 e seg, Proc. civ.). E tutto ciò in armonia dell'art. 12 delle disposizioni preliminari al Codice civile in cui è detto: « in nessun caso le leggi, gli atti e le sentenze di un paese straniero, e le private disposizioni convenzionali potranno derogare alle leggi proibitive del regno che concernono le persone, i beni o gli atti, nè alle leggi riguardanti in qualsiasi modo l'ordine pubblico e il buon costume ».

Maggiori difficoltà ha incontrato nella sua attuazione in materia di giustizia penale il principio, che la magistratura sia chiamata a far valere il momento giuridico della estradizione, e che questa non sia di attribuzione

esclusiva del potere politico. Essendosi fino a tempi a noi vicini reputata la estradizione un atto di pura compiacenza e di buon volere, essa si è fatta dipendere esclusivamente da ragioni di politica prudenza, in cui il potere giudiziario non avea nulla a vedere. Ma questo punto di vista, oltre che non risponde più al concetto, che della vicendevole coesistenza degli Stati ha il moderno diritto pubblico, non è poi assolutamente ammessibile quando si sono stipulati trattati internazionali, perchè il trattato non solo disciplina l'azione de' singoli Stati, ma col patto liberamente voluto fa la legge. Determinati i casi e le forme con cui dev' esser consentita la estradizione, spetterà al potere giudiziario il verificamento di queste condizioni. Esso non dovrà veder già la opportunità della consegna, ma la giustizia di essa, tenendo dinanzi, come legge, il patto internazionale. E quando non fosse consentita in alcun caso la estradizione del nazionale, siccome è fermato con tutti i trattati internazionali esistenti, spetterà al magistrato il decidere, sui reclami di colui che si vuole consegnare, intorno alla quistione di nazionalità, ch'è qui-

stione di stato. Così del pari, esclusa, com'è per generale consuetudine internazionale, la consegna anche per lo straniero per reati politici, spetterà al magistrato il determinare il punto di diritto di definire l'indole del reato pel quale si procede. Mentre in Francia la estradizione è un atto assolutamente ed esclusivamente politico,in Inghilterra e in America è un atto ancor giudiziario. Il Belgio ha seguita un via di mezzo, chiamando il potere giudiziario ad emettere il suo avviso, e accordandogli in varii casi un' azione decisiva di esame delle difese dei reclamanti (1).

In Italia la legislazione penale è incompiuta. Siamo più vicini alla Francia, che alle altre nazioni, perocchè la estradizione si accorda e si rifiuta sentito il Consiglio di Stato e previo *parere* della Sezione di Accusa , ma il governo non è vincolato da questi avvisi (2).

(1) Questo principio ho svolto ampiamente in due studi , l' uno intorno ad *Alcune quistioni di estradizione*, e l' altro sul tema 5° della sezione 3ª del Congresso internazionale penitenziario di Stocolma. (*Filangieri*. 1877 e *Rivista delle Discipline carcerarie* 18 8).

(2) V. Billot. *De la Extradition*. Paris 1874.

Ricordo sulla quistione un precedente di giurepruden-za, di cui mi occupai nel citato studio su *Alcune quistioni di estradizione*, e che può riassumersi nel modo seguente.

Però io confido, che in questa materia, come nelle altre, si finirà per riconoscere, che ovunque è un diritto politico o civile, o una libertà da tutelare, là è il posto dell'azione benefica del potere giudiziario. Segnare nettamente i confini della competenza del potere politico, e i limiti di quella del magistrato, sarà il compito di una nuova legge, la quale deve tracciare le norme giuridiche

Nel 1871 il governo russo chiese al nostro la estradizione di un tal Fabiani, nativo delle Puglie, per reato di abbandono di nave da lui commesso, assumendo che avesse perduta la nazionalità italiana e fosse divenuto suddito russo. Il Fabiani contestò il fatto, ma la Sezione di Accusa di Trani, avvisò per la consegna. Ricorso contro questo pronunziato. Io sostenni le ragioni del ricorrente dinanzi alla Corte di Cassazione di Napoli, ma questa con sentenza del 19 febbraio 1872 dichiarò inammessibile il gravame, partendo dal principio, che la Sezione di Accusa in materia di estradizione emette *pareri* e non sentenze, e che quindi contro di essi non competa ricorso. E così una quistione di Stato non trovò presso di noi il suo giudice: invano il cittadino reclamò di non aver perduta la nazionalità e la garentia che gli veniva dall'art. 11 del Codice penale. (V. il citato studio, in cui fu integralmente riportata la sentenza della Corte di Cassazione). Confr. Giovannis Giaquinto *Procedura dell'Estradizione Archivio Giuridico* 1877. Anch'egli sostenne la competenza del potere giudiziario e ricordò la sentenza nella causa *Fabiani*.

pel potere esecutivo nella stipulazione dei futuri trattati di estradizione. Una legislazione, che nel campo del diritto privato si è ispirata a dottrine nobili ed elevate di rispetto alla individualità degli altri Stati, non tarderà a mettersi in armonia coi sani principii di libertà sul terreno del diritto penale (1).

Avvertirò da ultimo, che le varie legislazioni speciali, e in difetto, i trattati internazionali regolano il procedimento a tenere per avere dagli Stati esteri quelle informazioni giudiziarie, o per raccogliere le pruove esistenti nel loro territorio, non occorrendo qui addentrarmi nei particolari.

(1) Anche la Francia ha inteso la necessità di dare un passo nella materia della estradizione, infrenando l' assoluta libertà del potere politico. Il Dufaure propose a 2 maggio 1878 un progetto di legge per regolare la stipulazione dei trattati di estradizione. Con esso si ammette l'interrogatorio anche pubblico del rifuggiato dinanzi alla Camera di accusa, e il debito di questo di emettere parere motivato sulla richiesta di estradizione (art. 11 e seg.) Il progetto fu approvato con lievi modificazioni dal Senato nella tornata del 4 aprile 1879, ma non ancora è legge. V. il testo di questo progetto Pascale *La estradizione dei delinquenti con raccolte dei trattati vigenti tra l' Italia e gli altri Stati.* Napoli. Ed. Vallardi 1880 p. 173.

26. Dai principî fin qui svolti si trae ancora che dai trattati possoro derivare non solo rapporti pubblici da Stato a Stato, ma rapporti di

Il Mancini in Italia propose nel suo progetto di codice penale all'art. 9 la seguente aggiunta:

« § 3.° L'estradizione non può essere nè offerta nè consentita se non per ordine del Governo del Re, ed in seguito a *conforme pronunzia della Sezione di Accusa* nel cui distretto lo straniero dimora.

« La pronunzia sarà emessa dopo che a cura del Pubblico Ministero sieno state notificate allo straniero le imputazioni per le quali si chiede la sua estradizione, accordandogli un termine non minore di giorni dieci, entro il quale può presentare memorie e documenti per dimostrare la domanda inammessibile. Tuttavia sopra una domanda di estradizione può ordinarsi in via provvisoria l'arresto dello straniero ».

Questo progetto costituisce certamente un notevole progresso di fronte allo stato della legislazione ora vigente. Però credo che la proposta sia troppo vaga, e potrebbe generare una confusione tra le attribuzioni del potere giudiziario e quelle del potere politico. La estradizione, si dice, non sarà conceduta se non sopra *conforme pronunzia* della Sezione di Accusa. La parola *pronunzia* può lasciare il dubbio, che si tratti ancora di pareri e non di vere sentenze, contro cui è aperta la via del ricorso in Corte di Cassazione. Ma quello ch'è più, non si definiscono i casi, nei quali la dimanda di estradizione può esser dichiarata inammessibile, onde il magistrato potrebbe entrare nel campo delle valutazioni delle opportunità politiche, e usurpare le attribuzioni del potere esecutivo. In tal caso, o sarà inevitabile un con-

diritto civile tra i cittadini ed il proprio Stato, di competenza naturale del potere giudiziario. Questo accade tanto pei trattati che riguardano relazioni commerciali, quanto anche pei trattati di pace.

In fatti il nostro Consiglio di Stato più volte ha dovuto pronunziarsi sulla quistione di sapere quali dritti nascono nei cittadini in forza di trattati internazionali. Sono notevoli le considerazioni svolte nel risolvere il *conflitto* Trevisani a 31 Dicembre 1872, in cui venivano in esame i trattati di Zurigo e di Vienna. Esso disse: « che le quistioni nascenti « da *trattati pubblici* » non appartengono ai

flitto di poteri, o il Governo dovrà piegare il capo malgrado la convenienza politica di consegnare il rifugiato. Occorreva dunque fare quello che si è prescritto per le materie civili: determinare nettamente i confini delle attribuzioni del potere giudiziario, e dichiarare, ch' esso deve limitare il suo esame alle quistioni di stato o di nazionalità, ed a quelle che possono sorgere sia per l'*applicabilità giuridica del trattato* (natura del reato, retroattività etc.) sia per la *regolarità della procedura*. E tutto ciò va meglio fatto con una legge speciale, a cui il Codice penale dovrebbe semplicemente rinviare, e che dovrebbe servire di base ai trattati.

(V. *Atti del Parlamento italiano* — Tornata 28 novembre 1877).

« tribunali ordinarî, in ciò che riguarda i rap-
« porti internazionali, ma ove si contenga in
« essi una disposizione che possa far nascere
« diritti civili in favore di cittadini d'uno Stato
« verso il proprio governo, possono questi
« sperimentarli *com'ogni altro diritto civile*
« derivante da legge, innanzi ai rispettivi tri-
« bunali; e che l'esaminare e il decidere se
« le domande del Trevisani si fondino sopra
« contratti regolarmente stipulati dall'ammi-
« nistrazione austriaca e per scopo di pub-
« blico interesse che si riferisca specialmente
« al paese ceduto, è discussione essenzial-
« mente di fatto, la quale, *allo stato delle*
« *cose*, non entra nella sfera delle quistioni
« *internazionali* e spetta di conseguenza al-
« l'autorità giudiziaria (1) ».

27. Il potere esecutivo, come governo dello Stato, può compiere atti di alta politica e di guerra. In quanto opera come rivestito di imperio, *jure imperii* e non *jure gestionis*; esso è sottratto a qualunque sindacato per parte del potere giudiziario, e spetta solo al potere legislativo provvedere in conformità degl'interessi dello Stato.

(1) MANTELLINI: *Conflitti di attribuzioni.* III. p. 205.

Questo principio trova applicazione nei rapporti interni in momenti di dittature, allorchè tutti i poteri della sovranità si concentrano in una sola persona, e in quei casi, in cui le esigenze della salvezza dello Stato richiedono provvedimenti urgenti ed eccezionali. Nel primo di questi casi il Dittatore fa la legge per la pienezza dei suoi poteri « *plenitudo potestatis* » come disse Pier delle Vigne, e il magistrato non può censurarne gli atti (1). Nel secondo l'organo del governo o il Ministero potrà esser chiamato a render conto dei suoi atti solo dinnanzi al Parlamento. Ond'è che una legge sulla responsabilità ministeriale è il corollario necessario dell'ordinamento dei rapporti posti dalla costituzione tra i varii poteri dello Stato.

(1) Il Consiglio di Stato ha applicato questa massima in tutti i conflitti sollevati nelle contese giudiziarie promosse sui Decreti dittatoriali di Garibaldi. Colla decisione del 4 luglio 1874, disse che « per la natura di questi atti, e le massime adottate, qualunque questione si muova sulla loro validità od efficacia, com'anche sulle loro convenienze, è sottratta al sindacato dei tribunali, e s' intende riservata al Governo, sia che possa provvedere da sè, o che debba invocare l'azione del potere legislativo. »

Così decise pure a 27 novembre 1875. Conflitto Morelli — Mantellini: *Conflitti di attribuzioni* III. p. 200.

Si è mossa disputa, e vi può ragionevolmente quistionare sulle competenze del potere giudiziario a giudicare della responsabilità puramente civile dei ministri per atti di governo indipendentemente da qualunque autorizzazione della Camera. Ma poichè questa è materia che dev'essere necessariamente regolata con legge e non si può far ricorso alle norme generali del Diritto Civile, (articolo 1151) che regola rapporti privati di eguaglianza, e non di diritto pubblico e di sovranità, dipenderà dal diritto positivo tracciare le norme, secondo le quali debbono essere regolate le attribuzioni del potere giudiziario (1).

(1) Il Bonasi ha cercato sostenere con molta vigoria di argomentazioni che in Italia la legislazione comune basti, salve poche aggiunte, a provvedere ai casi di responsabilità penale e civile dei ministri. Nel Belgio è noto che l'articolo 90 della costituzione, mentre dava alla Corte di Cassazione a camere riunite il diritto di giudicare i ministri accusati dalla Camera, riservò ad una legge speciale il determinare i casi e le norme pel giudizio di responsabilità civile.

Le difficolta inevitabili e gravi per la natura stessa della cosa fecero si che in Italia non esiste ancora la legge attesa sulla responsabilità ministeriale , e che il progetto Mancini fosse tuttora un germe infecondo.

Deve considerarsi anche come atto di governo la espulsione dello straniero dal territorio nazionale. La materia della espulsione è intimamente connessa a quella della estradizione ed attende, come questa, un' ordinamento più conforme ai principî del moderno diritto internazionale (1). Ma se trattandosi di stranieri l' atto di espulsione è di assoluta competenza del potere politico, ben potrebbe sorgere una contesa giuridica, qualora lo espulso reclamasse di avere acquistato diritto all' *incolato* secondo le leggi dello Stato, o di essere cittadino dello Stato che lo espelle, ovvero per avere acquistata la nazionalità, o per non averla mai perduta, a seconda dei varii casi.

Pel nostro diritto positivo manca il giudice innanzi a cui far valere questo diritto di reclamo. E pure chi non vede che si tratta di un diritto sacro del cittadino di non essere espulso dalla sua patria ? In Olanda la legge del 17 agosto 1849 (art. 20) accorda allo straniero, minacciato di espulsione,

(1) Confr. Fiore: *Del diritto di espellere lo straniero* nella *France judiciaire* 1.° marzo 1880, e la mia rivista critica nel *Filangieri* 1880. Vol. 1.° p. 243.

le stesse vie giuridiche concedute a quelli, di cui si chiede la estradizione; ossia ricorso alla Corte suprema che deve decidere, sentito il Procuratore Generale.

Conviene quindi augurarci che si colmi questa grave lacuna nella nostra legislazione provvedendo con legge tanto sulla materia della estradizione, quanto su quella della espulsione per stabilire il giudice competente a decidere sui diritti individuali offesi, o che si pretendono offesi dall' azione del potere esecutivo.

In quanto da ultimo il governo compie atti di guerra, può creare relazioni di pura sovranità che sfuggono alla competenza del magistrato, ed atti di gestione che, penetrando nel campo dei diritti privati, possono dar luogo ad azioni civili e quindi alla competenza dei giudici ordinari. Tali sono gli apparecchi di guerra con sacrifizio delle proprietà private, per le quali una giurisprudenza illuminata delle nostre Corti ha trovato ad applicare le norme della legge sulla espropriazione forzata, escludendo invece ogni pretesa privata, quando si fosse trattato di danni prodotti dalla conflagrazione delle armi

per caso di forza maggiore, siccome si è considerata la *vis bellica*.

E cogli stessi criteri si è deciso in ordine alle requisizioni militari fatte dalle armate belligeranti, distinguendosi sempre gli atti di gestione da quelli di forza maggiore o di violenze patite per opera dei nemici (1).

(1) Mantellini: Op. citata — 3.ª parte, p. 205. V. pure sentenze della C. di appello di Roma 17 febb. 1880. Sez. riunite. V. *Filangieri*. 1880. II p. 132 e nota critica dell' avv. E. Gianturco e Cort. di appello di Venezia. 15 marzo 1880. ivi p. 136.

CAPITOLO VI.

Relazioni del Potere giudiziario col Potere amministrativo

28. Uno de'problemi più delicati del moderno diritto pubblico è appunto quello di determinare i confini, nei quali dev'esser riconosciuta la competenza del potere giudiziario nelle materie che si rapportano all' amministrazione dello Stato. Ben può dirsi che essa travagli ancora le menti dei più eminenti pubblicisti, e che la diversa soluzione adottata presso le varie nazioni civili sia prova della loro attitudine a vivere con istituzioni veramente liberali.

A questo problema si rannoda l' istituto del contenzioso amministrativo, quello de' conflitti di giurisdizione e di attribuzioni, e de' reclami per abuso, e la questione de' limiti della validità giuridica delle Ordinanze o dei Regolamenti emanati dal potere esecutivo.

« La separazione esatta delle attribuzioni del potere giudiziario da quelle del potere

amministrativo, ha detto il Pellegrino Rossi, è una delle cose più difficili a realizzarsi in diritto pubblico pratico (1) ».

Può ben dirsi, che lo svolgimento della idea stessa dello stato moderno è intimamente connesso con quello delle relazioni tra il potere giudiziario e l'amministrativo. Nota il Maier che l'identità originaria della giustizia e dell'amministrazione è un principio del diritto europeo. Ogni organo dello Stato avea ad un tempo funzioni giudiziarie, finanziarie, di polizia e militari. Non v'era una costituzione giudiziaria distinta dalla costituzione politica, e solo l'attività giudiziaria, questa funzione elementare della vita dello Stato, avea un' assoluta prevalenza, ed assorbiva talmente la intera attività dello Stato, che il concetto fondamentale della potestà pubblica si poteva designare colla parola *jurisdictio*, e il singolo funzionario con quella di *iudex*. E però la costituzione politica era essenzialmente costituzione giudiziaria (2). La distinzione vi era

(1) *Cours de Dr. const.* IV. p. 345.

(2) Maier. *Das Verwaltungsrecht* nella *Encyclopädie der Rechtswissenschaft* di Holtzendotff 2.° Ed. Leipisig. 1873 p. 891.

ma negli organi secondarii, non nei centrali, in cui tutte le varie attribuzioni si confondevano unificandosi (1). Il Grimm dice: « Per *giudizio*, intendiamo noi oggi a preferenza: decisione della controversia di diritto o punizione dei delitti; ma in origine predominò l'immagine dell'assemblea popolare, in cui erano trattati tutti i pubblici affari della marca, del distretto e della provincia tutti gli atti di ostilità contro il diritto non controvertito, ed in fine erano anche giudicate le contese ed applicate le multe » (2). Ed il Waitz trova il principio dell'antica costituzione germanica nella riunione delle diverse attribuzioni in una mano. Non il diritto stesso, ma solo la sfera di azione e la estensione del dominio è divenuta diversa nelle alte e nelle basse autorità: come i Re stessi, questi doveano adoperare la loro attività in guerra e in pace nel giudizio e nell'amministrazione. Ma tenendo conto dell'altro aspetto della trattazione, il Waitz aggiunge: « Ma la base della loro potestà è di forma giudiziaria » (3).

(1) Conrad, Mauer. *Krit. Ueberschau.* II. p, 436.
(2) *Rechtsalterthümer* p. 755.
(3) Waitz: *Deutsche Rechtsgeschichte* II. p. 406.

A misura però che la progredita civiltà allargò la sfera di azione dello Stato, e cresciuti i suoi còmpiti e gl' interessi da tutelare, si andò organizzando un' amministrazione con gerarchia poscia distinta dalla giustizia, non solo le funzioni si distinsero, ma si misero in opposizione tra di loro, imperocchè all' autorità dello Stato parve necessario far piegare ogni azione o pretesa individuale, che arrestava o poneva ostacolo alla sua, che si spiegava per fini generali; e dall' altra parte il cittadino reclamava ai giudici per la difesa del suo diritto. Di qui inevitabili lotte, conflitti ed usurpazioni, generate dalla stessa necessità delle cose (1). È questo il periodo che si compie sino a tempi a noi vicini, imperocchè solo oggi si è iniziato negli Stati più civili il terzo momento di questo processo storico, la coordinazione e l' armonia delle funzioni e degli organi giudiziarii ed amministrativi. Così al primo periodo di confusione indistinta, succede la separazione e la opposizione, la quale deve risolversi in un terzo momento in una distin-

(1) Maier, ivi. p. 892.

zione armonica, perchè si assegua il vero ordinamento della potestà dello Stato in tutte le sue manifestazioni o funzioni. Ma questa è cosa talmente difficile che può dirsi il problema stesso, che deve risolvere l'ordinamento dello Stato moderno, sicchè il Gneist ha detto che si tratta del punto di Archimede di ogni costituzione : trovare il centro di gravità, che fa subordinare l' individuo al volere dello Stato, e impone d' altra parte alla potestà dello Stato il necessario rispetto della sfera dei diritti degl' individui. E ragionevolmente , imperocchè le costituzioni politiche promettono la libertà, ma la vera garentia di essa deve cercarsi nelle leggi amministrative , che regolano l' azione dello Stato negl' infiniti rapporti cogl' individui e colle varie sfere sociali.

Per non allargare troppo i confini della ricerca, e per dire di quello svolgimento storico, che più da vicino riguarda le relazioni della potestà giudiziaria col potere esecutivo come amministrazione dello Stato , mi basterà ricordare di volo i precedenti della quistione negl' istituti francesi, su cui dopo la rivoluzione si modellarono gl' italiani.

L' arma più potente colla quale la Monarchia vinse la feudalità in Francia fu la centralizzazione. Essa si svolse in tutte le sfere dell' attività dello Stato, ma principalmente in quella del governo e dell' amministrazione. Il Dareste ha tratteggiato con molto acume e vasta erudizione tutto quel gran lavorio di accentramento, accompagnato da lotte e da usurpazioni del potere regio, che diedero alla Francia quella unità, che la rese compatta di fronte all' Europa quando scoppiò la rivoluzione. E non è a meravigliare se menti elevate, come il Troplong, non hanno esitato a dire, che la centralizzazione è stato il fatto più importante e più magnifico della storia della Francia, e che fu opera di costanza patriottica, seguita tenacemente da Luigi il Grosso a Richelieu, da questo a Luigi XIV, e da lui all' Assemblea costituente e a Napoleone, e tale da gareggiare e superare lo stesso accentramento compiuto dai Romani (1).

Il Tocqueville nella sua dotta opera sul-

(1) Dareste. *Hist. de l' administration en France et des progrès du pouvoir royal.* Prefazione.

l' antico regime e la rivoluzione dimostrò vittoriosamente, come il principio proclamato in Francia dal 1789 in poi dell' assoluta indipendenza dell' amministrazione di fronte al potere giudiziario, è retaggio dell' antico regime, e che se la formola è nuova l' idea è antica. La lotta tra il potere giudiziario e la Corona s' individualizzò tra questa e i Parlamenti.

In origine il Parlamento non fu se non il Consiglio del Re che si riuniva in certe epoche dell' anno sotto forma di Corte Sovrana, e ricevè così i reclami giudiziari ed amministrativi. La sua origine si riporta al testamento lasciato da Filippo Augusto prima di partire per la crociata (1190). Ad esso si univano i legisti e baroni.

Fin dalla sua origine, nota il Dareste, il Parlamento di Parigi si annunziò come lo strumento della centralizzazione giudiziaria, che si dovea stendere a tutta la Francia, aspirando ad una generale sorveglianza su tutti i tribunali inferiori.

Esso alle funzioni giudiziarie aggiunse presto attribuzioni amministrative, e così fu condotto a considerarsi un corpo politico, e come

uno dei poteri dello Stato. I Re gli aveano attribuito da gran tempo una larga parte nello esercizio dell' azione sovrana, onde poteva riguardarsi come l' istrumento universale dell' amministrazione superiore. Nel 16.° secolo s' inizia e si compie la soppressione di tutte le giurisdizioni indipendenti mercè la organizzazione dei tribunali regii; ed alla uniformità delle giurisdizioni si unì presto quella delle leggi mercè la legislazione delle ordinanze dichiarate obbligatorie per tutti. Il Parlamento di Parigi seguitò ad avere un complesso di funzioni giudiziarie ed amministrative, e in mancanza di un tribunale amministrativo superiore e indipendente si confidò sovente al Parlamento la conoscenza degli appelli dalla giustizia amministrativa ordinaria.

Fu facile il passo nel campo della politica, o nel governo dello Stato. La registrazione delle ordinanze reali era il modo ordinario di loro promulgazione. Esse leggevansi in pubblica seduta, e i parlamenti erano ammessi a presentare le loro osservazioni tanto per la forma quanto sul merito delle stesse. Fin dal 1462 questi pretesero sottoporre a sindacato la potestà tanto legislativa, quanto governativa

del Principe, validando o negando la registrazione alle ordinanze e agli atti sovrani, con che si riguardavano già come guardiani delle leggi fondamentali dello Stato, rovesciando l'antica massima della monarchia col principio: «si veut la loi, si veut le roi». Ma i Monarchi mal tollerarono il freno e cercarono forzare la mano ai Parlamenti, obbligandoli alla registrazione dei loro decreti. Pure, avverte il Dareste, il diritto dei Parlamenti di fare rimostranze e di negare la registrazione fu spesso un freno salutare, che le Corti sovrane imposero all' assolutismo regio.

Essi aveano poi un modo più diretto di partecipare alla potestà legislativa, emettendo arresti di regolamenti, cui era annessa forza obbligatoria, nei casi in cui le leggi tacevano, e il Re non avea ordinato nulla in contrario. Il Parlamento di Parigi specialmente volle conseguire anche un sindacato sui trattati internazionali, e sulla polizia ecclesiastica, onde dopo il XVI secolo divenne un potere moderatore, che parve avere per missione l' equilibrio tra tutti i poteri dello Stato, tra la Corona, la Chiesa e le diverse giurisdizioni. A questo titolo, dice il citato

Dareste, esso rappresentò una parte importante nell' antica costituzione della Francia. La sventura volle che nel XVIII secolo questo potere moderatore, mancando esso stesso di limiti ben definiti, rimase quasi solo sulle rovine d' istituzioni cadute di fronte ad una monarchia infiacchita, e divenne alla sua volta usurpatore. Il Parlamento, o per meglio dire i Parlamenti, imperocchè si riunirono tutti, si crederono chiamati alla distribuzione della sovranità; ma non fecero che preparare la via ad un'altra rappresentanza del paese più potente e più vera ».

I sovrani diretti o appoggiati da ministri eminenti dalla mano di ferro cercarono infrangere i freni che i Parlamenti volevano apporre alla loro potestà. Così fece l' Lhopital, così il Richelieu. Quei corpi erano accusati di voler ridurre la Francia ad una repubblica oligarchica alla veneta; e che colla diversa interpetrazione delle leggi ostacolavano la uniformità di esse, alcuni concedendo la registrazione degli atti regi, altri no. Loro si attribuiva in fine di rendere impossibile l' azione dell' amministrazione. Luigi XIV, più duro di Richelieu, non permise

rimostranze contro i suoi decreti se non dopo che si fosse adempiuto alla registrazione. Nobile proteste ve ne furono, e ve ne erano già state (1); ma il potere regio tenne duro finchè la rivoluzione non travolse uomini e cose dell'antico regime.

Per impedire l' azione di censura del Parlamento il potere regio cominciò ad emettere editti in materia di amministrazione, ne' quali espressamente era interdetto al potere giudiziario di prununziare sulle controversie, che nell' attuazione di essi potessero sorgere. La formola ordinaria era questa:

« Ordonne en autre Sa Majesté que toutes « les contestations qui pourront pourvenir sur « la exécution des présents arrèts, circon- « stances et dépendences, seront portées de-

(1) Il Dareste ricorda quella che nel 1527 indirizzò al Re, il primo Presidente del Parlamento di Parigi: egli disse: «Sire, non vogliamo rivocare in dubbio o disputare sulla vostra potèstà; sarebbe una specie di sacrilegio, e sappiamo bene che siete al disopra delle leggi, e che le leggi, ed ordinanze non vi possono costringere e non vi siete costretto da potenza coattiva, ma iutendiamo dire che voi non dovete nè potete volere tutto quello, che potete, e solo ciò ch'è di ragione buono ed equo, ciò che non è altro che giustizia. »

« vant l' intendent, pour être jugée par lui, « sans appel au conseil. Défendons à Cours « et Tribunaux d'en prendre connaissance ».

Si andò oltre. L' amministrazione avocò a sè gradatamente tutte le dispute nelle quali eran compromessi i suoi interessi, sottraendole ai giudici ordinari. Man mano la eccezione si fa regola, e la teoria dell' assoluta indipendenza dell' amministrazione penetra nello spirito di tutte le ordinanze, ed anche nelle dispute private ogni lontano rapporto cogl' interessi dell' amministrazione diviene ragione di esclusione della competenza giudiziaria, fino ad emettersi regolamenti, coi quali davasi al potere amministrativo la potestà d' infliggere pene, fosse pur quella della galera o della morte, come quella data al *Prévot de la marechaussée*.

Ed è notevole la tenacità colla quale il potere amministrativo andò attuando questo suo spirito di usurpazione, e come non solo volle sottrarsi alle giurisdizioni ordinarie, ma per fino alla inflessibilità delle leggi. Un intendente, ricorda il Tocqueville, scriveva al consiglio di amministrazione:

« Le juge ordinaire est soumis à des ré-

« gles fixes, qui l'obligent de réprimer un fait « contraire à la loi ; mais le conseil peut toujours déroger aux regles dans un but utile ».

« Dans une autre circostance, aggiunge lo stesso scrittore, l'intendent lui-même, mande au contrôleur-général, à propos d'un entrepreneur de l'Etat qui avait pris dans le champ du voisin les matériaux dont il s'ètait servi: « je ne puis assez vous reprèsenter combien il serait préjudiciable aux intérêts de l'administration d'abandonner ses entrepreneurs au jugement des tribunaux ordinaires, dont les principes ne peuvent jamais se concilier avec les siens. » E il Tocqueville è costretto ad esclamare:

« Il est un siécle précisement que ces lignes ont été ecrites, et il semble que les administrateurs qui les écrivaient aient été *nos contemporains* ».

Questo spirito di usurpazione si estese anche alle contese tra privati e privati fino al punto di proclamarsi questo principio: « Quoi« que il ne s'agisse ici que des droits parti« culiers, dont la connaissance appartient aux « Tribunaux, Sa Majesté peût toujours, quan-

« d'elle le veut, se réserver la connaissance « de toute expéce d'affaires, sans qu'elle puis- « se être comptable de ses motifs ».

Ond' egli conchiude: divenne permanente ed ordinario uno stato di confusione e di usurpazione di poteri, che rendeva gli uomini ad un tempo rivoluzionari e servili.

Coi principii di libertà inaugurati nel 1789 avrebbe dovuto restaurarsi la indipendenza della magistratura, come tutela dei diritti individuali. Per lo invece, fatto che la sola necessità di una lotta gigantesca contro l'Europa coalizzata può scusare in quei momenti, fu il principio dell'assoluta indipendenza dell' amministrazione, che si accentuò con una proclamazione, che è servita poi di base a tutta la legislazione francese di questo secolo; così profondamente era penetrato nello spirito del popolo uno dei più funesti principii dell' antico regime. L' art. 75 della Costituzione dell' anno VIII proclamò:

« Les agents du gouvernement, autres que « les ministres, ne peuvent être poursuivis, « pour des faits relatifs à leurs fonctions, « qu'en vertu d'une décision du Conseil d'Ètat;

« en ce cas, la poursuite a lieu devant les « Tribunaux ordinaires » (1).

Questo principio sopravvisse a tutte le continue vicende politiche per le quali la Francia è passata. Menti elevate hanno combattuto per ricondurre il potere giudiziario nei suoi confini, ma chiarissimi scrittori si sono

(1) Nè bastò. Le leggi del 24 agosto e del 22 decembre 1790 stabilirono che « gli amministratori non potes- « sero giammai essere turbati nell'esercizio delle loro « funzioni amministrative da alcun atto giudiziario, e « che i giudici dovessero essere processati e puniti a « termine del codice penale, come colpevoli di prevari- « cazione (forfaiture), laddove turbassero qualunque ope- « razione dei corpi amministrativi, o citassero avanti di « loro gli amministratori per ragioni delle loro funzioni».

Ed in fatti questa minaccia di penalità contro « qua- « lunque giudice, o procuratore generale o del re, che « s'immischiasse in materie attribuite all'autorità am- « ministrativa, o vietasse di eseguire gli ordini mandati « dall' amministrazione, o permettesse o ordinasse di ci- « tare gli amministratori per ragioni di esercizio delle « loro funzioni, o infine persistesse nell'eseguire le sen- « tenze o ordinanze dopo *la elevazione di un Conflitto* » si vide quindi riprodotta, e si legge tuttavia negli art. 127 e 128, del Codice Francese, ma non passò ne' Codici attualmente vigenti in Italia. È utile ricordarli per cavarne la voglia ai nostri Deputati.

Art. 127 — « Saranno colpevoli di prevaricazione e puniti colla degradazione civica, — 1.° I giudici, i pro-

schierati dalla parte dell'amministrazione contro il potere giudiziario; e le lunghe lotte parlamentari e scientifiche non hanno potuto menare in tempi a noi vicini ad altri risultati, se non a disciplinare la funzione giudiziaria del potere amministrativo e a costituir-

curatori generali o del Re, o i loro sostituti, gli uffiziali di polizia, che si saranno immischiati nell'esercizio del potere legislativo, sia con regolamenti contenenti disposizioni legislative, sia impedendo o sospendendo l'esecuzione di una o più leggi, sia deliberando sul punto di sapere se le leggi saranno pubblicate o eseguite; — 2.° I giudici, i procuratori generali o del Re o i loro sostituti gli uffiziali di polizia giudiziaria, che avranno ecceduto i limiti del loro potere, immischiandosi nelle materie attribuite alle autorità amministrative, sia facendo regolamenti su tali materie, sia vietando di eseguire gli ordini emanati dall'amministrazione, e che, avendo permesso o ordinato di citare degli amministratori per ragione dell'esercizio delle loro funzioni, avranno persistito nell'esecuzione delle loro sentenze o ordinanze, nonostante l'annullamento che ne fosse stato pronunciato o il conflitto che fosse stato loro notificato.

Art. 128 — « I giudici che sulla revindicazione formalmente fatta dall'autorità amministrativa d'una causa portata innanzi ad essi, avranno nulladimeno proceduto al giudizio prima della decisione dell'autorità superiore, saranno puniti ciascuno con un ammenda non minore di L. 16 e non maggiore di 150. Colla stessa pena saranno puniti gli uffiziali del ministero pubblico che avranno fatto istanza o conclusioni nel giudizio medesimo. »

ne le giurisdizioni pel contenzioso e pei reclami per abuso con potestà decidente e non puramente consultiva (1).

In Inghilterra ed in America non è sussistita mai traccia alcuna di giurisdizione amministrativa, e il Tocqueville afferma, che non vi è cosa che sia tanto malagevole a

(1) La Francia ha una letteratura ricchissima sulla materia del contenzioso amministrativo. Bastì ricordare le opere del VIVIEN: *Études admin.* 1852; del CORMENIN; *le Conseil d' État, comme conseil et comme jurisdiction;* del DARESTE: *la justice administrative en France ou Traitè du contentieux de l' Aministration;* del BAVEOUX: *Des conflits, ou de l'ampietement de l' autorité adminis. sur conflits, ou de l' ampietement de l' autorité adminis. sur le pouvoir judic. 1878:* del FOUCART: *Elements de Droit pub. et admin.* 1843; del SERRIGNY, dello CHAUVEAU, del BATBIE e di tanti altri sul diritto pubblico amministrativo.

Breve ma importantissimo fu lo scritto del de BROGLIE (*De la jurisdiction administrative*) pubblicato nella Rev. Franc. 1829.

Studii speciali sulle giurisdizioni amministrative fecero tra altri: il COTELLE— *Des garanties que notre règime administratif renferme et offre aux droit privès;* BONCHÈ-LEFER — *De la justice administrative;* MALLEIN Prof. à Grenoble — *Faut-il codifier les lois administratives?;* MOULINÈ; *Études sur la centralisation, son origine et ses rèsultats* — DE PRANEUF: *La jurisdiction administrative* — REVERCHON *De conflits.* DUBOIS: *Le contentieux adm. en Italie et la loi du 20 mars* 1865 (1873 Nancy).

comprendersi dagl'Inglesi e dagli Americani quanto l'art. 75 della costituzione francese su citata.

In Italia il giudice speciale pel contenzioso amministrativo sparì colla legge del marzo 1865, ma nei limiti che s'additerà. In Ispagna era stato abolito nel 1868; fu però ripristinato nel 1875. Nella Germania e nell'Austria le leggi seguirono il movimento della politica e degli scrittori, ma non è mai prevalso il principio di un'amministrazione, che si fa giustizia da sè, senza garentia di forme e di poteri (1).

29. Il problema della esistenza di una speciale giurisdizione pel contenzioso amministrativo può porsi così: dev'essere lasciato alla competenza ordinaria del potere giudiziario il decidere della legalità e validità degli atti amministrativi, in quanto toccano i diritti dei privati, e delle conseguenze giuridiche che promanano dai contratti stipulati dalle Amministrazioni pubbliche; o deve esser costituita nel seno stesso dell'amministrazione un

(1) Mohl. *Encyklopädie.* Stein *Verwaltungslehre.* I. pagina 403 e seg. Gneist nei suoi studii sulla costituzione inglese e nel *Rechtsstaat.*

sistema di giurisdizioni, a cui dev'essere riserbato il decidere della legalità degli atti partenti dall'amministrazione medesima e dei diritti dei privati, che sieno lesi da questi atti? E come conseguenza di questo problema viene l'altro: Esclusa la coesistenza di due giurisdizioni l'una ordinaria, l'altra amministrativa, sorgendo conflitto di attribuzioni, a chi dev'essere demandato il potere di dirimere questo conflitto?

Per sostenere la specialità delle giurisdizioni contenziose amministrative si è fatta valere la necessità di una particolare tutela degl'interessi e dei fini dell' amministrazione, perocchè si è detto, che se il potere giudiziario potesse decidere della legalità degli atti amministrativi e delle contese che sorgono tra i privati e le amministrazioni pubbliche, l'amministrazione diverrebbe serva del potere giudiziario, il quale eserciterebbe una censura sovrana su di essa. Si è aggiunto, che il magistrato, governato dalla rigidità delle leggi e preoccupato dagl' interessi individuali, mal potrebbe valutare interessi generali, e quello spirito largo che informa norme pieghevoli, che debbono governare la

cosa pubblica a seconda delle varie contingenze. Si è conchiuso col domandare almeno un ordine di giurisdizioni nell'amministrazione propriamente detta, che dovrebbe decidere di tutte le contese, che riflettono i rapporti dei privati colla pubblica amministrazione con giudici speciali e con forme, che garentissero la giustizia.

Ma di fronte a queste considerazioni si pongono principii, che comandano il rispetto della competenza del potere giudiziario in omaggio alla suprema necessità di ogni ordinamento politico libero, che la tutela delle leggi e dei diritti individuali debba affidarsi esclusivamente al potere giudiziario, il quale dev'essere custode dei limiti delle rispettive competenze.

Quando il potere legislativo ha fissate costituzionalmente le norme generali, che regolano i rapporti della pubblica amministrazione coi privati, queste norme debbono essere rispettate tanto dai privati, quanto dai pubblici funzionarii: esse fanno legge per tutti e tutti debbono loro ossequio. Non esiste un interesse pubblico, che possa contraddire all'attuazione fedele delle leggi, e quando da

queste promanano diritti e doveri, tanto l'amministrazione, quanto i privati nelle loro reciproche relazioni vi devono sottostare (1). Or quando il potere giudiziario esamina se il regolamento o l'ordinanza emanata dal potere esecutivo risponde o contraddice alla legge, e accorda, o nega ad essi esecuzione nel caso singolo venuto in contestazione dinanzi a lui, egli non fa che adempire alla sua missione, che è quella di dare la retta intelligenza alla legge e di mantener ferma l' attuazione di essa, e però non usurpa punto le attribuzioni del potere amministrativo, ma rimane nella sfera della propria competenza; E quando trova, che l' atto amministrativo contrasta colla legge e offende i diritti individuali, non vi dà esecuzione con quella forza d'inerzia, che è una delle principali forze sociali, come disse Hello, o, se l'ha già ricevuta, provvede alla violazione della legge ed all'offesa del diritto individuale, condannando al ri-

(1) Stein ivi. Il Bavoux dice: « Le monde plus simple est d' avoir pour toutes les matières judiciaires, civiles et administratives, la même justice, les mêmes tribunax; les mêmes magistrats, la même manière de procéder,»
Confr. Persico — *Dritto Amministrativo.* II. p. 231.
Meucci *Istituz. di Dritto Amministrativo.* p. 76 e seg.

sarcimento dei danni. Questa doppia funzione pel potere giudiziario, l'una negativa, l'altra positiva, si attua nei rapporti del potere amministrativo come nei rapporti di ogni privato. Nè per ciò si possono dire usurpate le attribuzioni del potere amministrativo, perchè il magistrato chiamato per la sua stessa natura a decidere della contesa speciale, non può pronunziare in via di regolamento generale, nè può annullare l'atto amministrativo, ma solo gli rifiuta esecuzione, o condanna alla riparazione del danno arrecato. Pretendere che l'amministrazione fosse giudice e parte al tempo stesso, è tale aberrazione, da cui la Francia medesima ha dovuto ripiegare, organizzando le giurisdizioni amministrative con poteri non più solamente consultivi, ma decidenti, e attribuendo all'amministrazione giudicante sul contenzioso amministrativo, la potestà di decidere sui reclami per abuso o per eccesso di potere dei funzionarii pubblici (1).

L'amministrazione contratta, ha interessi

(1) Leon Aucoc. — *Le Conseil d'Étas et les recours pour excès des pouvoirs—nella Révue des Deux Mondes*, sett. 1878.

da far valere, danni da scongiurare, essa è vera parte nel giudizio, e però sopra di lei, come sul privato, deve sovrastare l'autorità del Magistrato.

Nè a questi principii contrasta quello che dallo Sthal e dai suoi seguaci si è detto, che cioè la legge per la giustizia sia *scopo*, mentre per l'amministrazione è *limite*. A me pare invece, che pure accettando come vero questo principio, in parte esatto, le conseguenze che se ne vogliono trarre non sono giuste. Appunto perchè la legge per la pubblica amministrazione è limite, nel quale si deve svolgere la sua azione per la cura degl'interessi generali, finchè esercita la sua potestà discrezionale in questo limite, non può offendere alcun diritto, poichè ella stessa *suo iure utitur*. Non vi può essere un *diritto* individuale, che contrasti con un *diritto pubblico*, o della pubblica potestà. Vi potrà essere, come si è detto col linguaggio dei pubblicisti francesi, un *interesse* ma non un diritto privato. E quindi il magistrato a cui si presenta il reclamo del cittadino contro l'atto del governo o dell'amministrazione, riconoscendo che questo ha agito nei limiti della legge, respingerà il reclamo,

il che suona, dichiarerà inammessibile l'azione, perchè un interesse non garentito dalla legge è una pretesa non un diritto. L'azione non è se non il diritto, che si attua, che ha in sè virtù di farsi valere secondo legge. E quindi è la legge, che sanziona e dà vero valore al diritto, e un diritto non garentito dalla legge non è diritto. Or quando la potestà pubblica opera nei limiti della legge, vuol dire che non offende alcun diritto, perchè non vi possono essere in uno Stato leggi contradittorie. Donde segue, che in tutti i casi nei quali il magistrato respinge le pretese private non garentite dalla legge, non fa che tutelare il diritto pubblico della potestà dello Stato, e quindi non esce fuori delle sue naturali attribuzioni: mantenere inviolato l'ordinamento giuridico dello Stato, sia pubblico, sia privato; e fa atto di sua competenza (1).

(1) La Corte di Cassazione di Roma decidendo a 3 gennaio 1880 a sezioni giunte (Rel. *Bonasi*) in una contesa tra l'amministrazione dei lavori pubblici e Falconieri, considerava:

« Attesochè s'intenda di leggieri che, per riconoscere se esista lesione di un diritto nei rapporti tra l'impiegato e la pubblica amministrazione, fa d'uopo di ben fissare le garenzie e le norme, onde la legge ha tutelato l'in-

30. Ma qui la quistione si dilarga necessariamente, ed entra nel campo vasto ed elevato,

teresse del primo, acciò non si trovi esposto agli arbitrî sconfinati dell'autorità da cui dipende : il che può ingenerare il concetto di un diritto, quale appunto è ogni interesse dalle leggi garentito.

Annotando questa importante decisione io osservava :

« In un regime costituzionale è di somma necessità determinare con esattezza quali rapporti giuridici avvinca il funzionario pubblico allo Stato. In un governo assoluto la inderminatezza del potere sovrano lascia largo campo all'arbitrio, e se il funzionario pubblico ha diritti da far valere, spesso non trova il giudice che esamini la sua azione. Ne' governi liberi per lo invece la relazione del funzionario collo Stato crea un sistema di rapporti giuridici, che vincolano tanto l'uno quanto l'altro. La disputa si fa grave quando si tenta di determinare quale sia la sfera libera di azione dello Stato come Governo e come Amministrazione, e quale il confine oltre il quale vi sono diritti da rispettare. E la disputa è tanto più delicata in quanto, abolita la giurisdizione speciale del contenzioso amministrativo, non è più la stessa Amministrazione, che deve decidere delle private pretese, ma è il potere giudiziario ordinario, che deve giudicare, e che, dovendo affermare la sua competenza, deve cominciare dal vedere se si contende di un diritto civile, o di una pretesa non garentita dalla legge (art. 4 Leg. sul Cont.).

« Or quali sono veramente i diritti de' funzionarii verso l' Amministrazione ? Come criterio di distinzione si è detto dov'è un interesse riconosciuto dalla legge lì è un

nel quale, fa d'uopo convenirne, la scuola dei pubblicisti tedeschi ha tracciata una via, che

diritto; dove invece l'interesse non è garentito dalla legge, non si dà luogo ad azione e si rientra nel campo della potestà discrezionale dell' Amministrazione. Questa distinzione, che rimonta al Broglie e al suo studio sulla giurisdizione del contenzioso amministrativo,è puramente formale, perchè non parte da un principio che giustifichi perchè un interesse debba esser garentito e un altro no. Secondo essa tutto dipenderebbe dal volere accidentale del legislatore, il quale col dare o negare la garentia, creerebbe il *diritto* o *l'interesse*. Al certo non v'è diritto se non garentito dalla legge. Ma convien sapere quali interessi hanno il valore di diritti e quindi devono essere garentiti dalla legge. E peró fa d' uopo cercare un criterio di distinzione ricavato dal contenuto stesso delle relazioni tra gli agenti e l'amministrazione, e non da dati puramente estrinseci o formali. Movendo da questo principio diciamo, che la relazione giuridica che passa tra lo Stato e il suo funzionario crea taluni diritti nell' Amministrazione e tali altri nel privato. Fra i diritti del privato sono il riconoscimento della sua funzione pubblica, il diritto all' assegno annesso a questa, le condizioni per l'*aspettativa, per lo stato di riposo etc*, In tutte queste materie v' è un interesse riconosciuto dalla legge, perchè v' è un diritto, e non viceversa; e v' è un diritto perchè si tratta della tutela giuridica della funzione, del lavoro, e della necessaria retribuzione, che l' amministrazione deve ai snoi agenti. D'altro canto fra i diritti della pubblica amministrazione, come potestà insita alla sua funzione pubblica, v' è quello di dover regolare la distribuzione delle residenze,

dovea esser seguita anche dagl' Italiani, se volevano approfondire la quistione dell' abolizione della giurisdizione speciale pel contenzioso amministrativo.

Oltre alla tutela del diritto privato, v' è la tutela del diritto pubblico ch'è parte fondamentale dell'ordinamento giuridico di ogni Stato. E sotto il doppio aspetto di complesso di relazioni giuridiche tra poteri e poteri, e di relazioni giuridiche tra i singoli cittadini e quei poteri, o tra le varie aggregazioni so-

la promozione, la censura, la rimozione etc.: potestà che sono inerenti alla tutela degl'interessi generali affidati al Governo dello Stato. E quindi le pretese dei funzionarii, se in rapporto alle prime relazioni giuridiche sono riconosciute dalle leggi, per sè sono diritti inerenti alla funzione dell'individuo, e sono giudicate dal magistrato ordinario. V' è il giudice perchè v' è l'azione ossia il diritto. Le altre non possono trovar accoglimento non perchè non sono riconosciute dalla legge, ma perchè incontrano l'ostacolo de' diritti dell' Amministrazione pubblica, che la legge garentisce.

« Per tal guisa si può giungere ad una teorica veramente organica e giuridica delle relazioni, che intercedono tra le Amministrazioni pubbliche e i suoi agenti. E si può creare un sistema di rapporti, nel quale il privato è garentito ne' suoi diritti e la pubblica Amministrazione non è fatta schiava di pretese individuali ». (*Il Filangieri*, II. 1880. p. 51).

ciali costituenti personalità pubbliche (Comuni, Provincie etc.), tra loro, e tra esse e i poteri dello Stato. Or d'ordinario si è guardata la quistione del diritto pubblico conteso solo ne' rapporti dei privati, o come diritto *politico dei cittadini*. Volgendo invece lo sguardo a tutta la vasta tela del diritto pubblico negli altri aspetti più su designati, sorge spontanea la quistione di sapere se la tutela di quest'ordinamento di relazioni giuridiche debba essere affidata al potere giudiziario, ovvero alla stessa amministrazione, o invece a giurisdizioni speciali.

La parte più eletta dei pubblicisti tedeschi, come il Bluntschli, il Gneist, il Meier, il Gerber, lo Schulze, per non dire di tanti altri, mentre escludono la competenza della stessa amministrazione, non accettano neppure quella del potere giudiziario ordinario anche per le dispute, che insorgono tra i privati e la pubblica amministrazione, come *publica potestas*, come vestita d'*imperium* e non come persona puramente civile, come fisco.

Gli è così che il Bluntschli scrive:

« È nell'interesse di una buona amministrazione della giustizia amministrativa, che la

venga affidata a tribunali speciali e che perciò venga istituita una particolare procedura.

« La perfezione del diritto amministrativo francese, il quale si distingue molto vantaggiosamente per sicurezza e chiarezza di principii dal modo di sciogliere simili controversie in molti altri paesi, è principalmente una conseguenza di questa istituzione organizzata. Quando è l'amministrazione che decide di ciò, come s'usa anche oggidì nella maggior parte degti Stati tedeschi, allora le guarentigie per la difesa giuridica delle corporazioni e private persone interessate sono insufficienti, e l'arbitrio dell' amministrazione può ben spaziarsi liberamente. Se però il giudizio di simili controversie è affidato ai giudici civili, allora vi ha un doppio pericolo, o che questi non valutino abbastanza la natura di diritto pubblico di quelle relazioni e per il formalismo legale rechino un danno ai pubblici interessi, ovvero che essi le libere vedute e le considerazioni della pubblica prosperità, le quali in simili processi sono indispensabili, volgano a danno dell'amministrazione della giustizia civile anche trattandosi di processi civili » (1).

(1) *Dritto pub. univ.* trad. it. II. p. 222.

E alla quistione ha dato più ampio svolgimento in altri studi (1), in cui dice che il giudice speciale delle relazioni pubbliche « deve conciliare il bene pubblico coi principii del diritto, e non deve guardare solo al passato, *ma anche all'avvenire* ». Lo Schulze per contrario gli rimprovera un tal punto di vista, e dice, che non richiede altro se non un giudice di diritto pubblico, non perchè lo faccia piegare agl'interessi dell'amministrazione, ma perchè stando egli in stretta connessione con l'amministrazione comprende meglio il dritto amministrativo, e può agire in modo più conforme ad esso, cosa che non possono fare i tribunali ordinarî, i quali, versando ordinariamente sul diritto privato, facilmente interpetrano il diritto amministrativo in un senso civile e sconoscono le necessarie esigenze di ogni potere pubblico nello esercizio dei suoi dritti di sovranità.

Laonde assume che questo giudice speciale non deve decidere facendosi guidare da vedute di politica, ma deve decidere esclusi-

(1) V. *Krit. Zeitsch* V. 279. e *Staatslexicon.* (Verwaltung).

vamente a norma di saldi principî di diritto (1).

E Gneist riassumendo il pensiero che ha svolto sulla quistione in tutti i suoi maestrevoli studi sul diritto pubblico di Europa, dice nel citato libro sullo Stato giuridico:

» Il Dritto amministrativo è oggi, come era da un secolo: un complesso di determinazioni normali per l'uso del potere governativo, derivato dallo Stato ed esistente mercè esso ed in esso. L'attuazione ragionevole di queste norme è dovere e diritto della stessa autorità; nello Stato monarchico è un dovere inerente alla Monarchia. Nel Dritto amministrativo si tratta quindi di un ordinamento giuridico *obbiettivo,* che dev'essere amministrato pel diritto e pel bene pubblico anche indipendentemente dalle contese private. Conseguentemente tutti i controlli dell'amministrazione dello Stato sono determinati al tempo istesso per tutela della universalità e degl'individui. Quando nelle contese che si riferiscono a quest'ordinamento si garentisce ai sudditi una via giuridica, un procedimento contradittorio e mezzi di pruova, ciò avviene

(1) *Pseussiche Stastsrecht.* II. p. 868.

(come nei procedimenti penali) per garentire un' assennata esecuzione della legge. Lo interesse della parte è riconosciuto come una pretesa giuridica, ma in un modo diverso da quello, che si attua quando la tutela giuridica *del diritto individuale è scopo ed oggetto immediato* dell' attività del pubblico potere». — « E quindi, seguita a dire, il diritto delle parti appare in questa sfera solo come secondario, come derivato dal diritto pubblico, e così pure la posizione formale delle parti di accusatore e di accusato, è secondaria e sottordinata all' assoluto comando della ragionevole applicazione della legge penale. Quei dritti direclamo non sono dritti individuali *indipendenti*, come la proprietà e il diritto di famiglia, che sono riconosciuti in grazia dell'individuo. Come nel giudizio penale i dritti delle parti sono semplicemente i lati subbiettivi del rapporto, e come nel procedimento penale il diritto dell' accusato ad una misura giuridica della pena nei limiti della legge, non può esser considerato come un *diritto individuale* indipendente: così la giurisdizione amministrativa non può essere disciolta in diritti individuali pubblici e in azioni particolari senza

far violenza alla cosa. Quando invece si dice che sia presupposto di ogni pronunziato giuridico che due *soggetti* contendono fra di loro sui limiti della propria sfera giuridica, e che quindi ogni pronunziato giuridico possa esser concepito solo come difesa di diritti subbiettivi, tutto ciò non è che una *petitio principii* da civilista. Nel campo del dritto penale, come e sopratutto nel campo del dritto pubblico, si dà luogo ad una parte formale privata, che costa degl'interessi individuali, per ordinare una via giuridica, senza che con ciò si pongano di fronte un diritto ed un *non diritto* in linea eguale. E però non prova nulla contro di questo la tesi, che non vi sia che *una sola* giustizia » (1).

Il tema è troppo vasto perchè io possa occuparmene qui largamente senza uscire dai giusti confini delle ricerche propostemi (2). Dirò solo che ogni qualvolta si respinge il sistema di affidare il giudizio sulle contese di

(1) *Der Rechtsstaat.* §. X.

(2) Speciale menzione meriterebbe la teorica svolta maestrevolmente da Lorenzo Stein, il quale discostandosi dalle opinioni fin qui accennate propugnò un sistema di tutela dei diritti pubblici individuali in doppia guisa.

dritto pubblico risguardanti sia i privati sia le varie corporazioni sociali, alla stessa amministrazione attiva, e si sostiene la necessità di un giudice speciale e indipendente, che deve procedere con tutte le garentie di pubblicità, di contraddizione etc. non si contraddice se non in apparenza più che in sostan a all' altro sistema, che vuole affidato alle giurisdizioni ordinarie ogni contesa capace di una risoluzione giuridica, perchè risguardante o un diritto privato o un diritto pubblico. La quistione in tal caso può essere

1.° In via di *azione* presso i tribunali, quando si deduca la violazione di una legge amministrativa e quindi di un diritto attuabile per via di azione; 2.° in via di reclamo amministrativo, quando si assuma la violazione di una ordinanza, e conseguentemente di un *interesse* suscettivo di reclamo.

Il Bahr fin dal 1864 pubblicò in Cassel un libro dal titolo: *Der Rechtsstaat*, di gran valore, in cui mosse dal principio: « che il diritto e la legge allora soltanto possono conseguire vero valore e forza quando trovano per la loro attuazione pronta una pronunziazione giuridica »; e disse che la vera sede del male era riposta nella condizione del *Ministro costituzionale*, come suprema autorità per le quistioni contenziose. Egli aggiunse: « Il Ministro non è che un *individuo*, il quale per la sua amovibilità non offre nessuna garentia di qualsiasi durata dei principî che rappresenta. E però l'intera interpetrazione

ridotta in ben limitati confini. perchè come le giurisdizioni ordinarie si distinguono in giurisdizioni civili, penali e commerciali, create anche le giurisdizioni per le contese di diritto pubblico con tutte le garentie d'indipendenza di fronte al potere esecutivo e di procedimento, esse rientrerebbero necessariamente nella gran famiglia del potere giudiziario.

Ma è appunto quì che la questione si complica e si fa grave, perchè a molti tra i sostenitori del giudice speciale pare che esso non si possa nè si debba organizzare in siffatta gui-

del diritto pubblico è, negli stati moderni, affidata a due occhi. Se ai dì nostri il sovrano cangia di Ministro, del diritto pubblico muta forse il dì appresso di fisonomia; il che costituisce un fenomeno che tornerebbe veramente a disdoro della essenza del diritto, se noi dovessimo additar questo come qualche cosa di diverso dall'elemento permanente della vita dello Stato » —Conchiudeva quindi col propugnare, che in luogo delle risoluzioni ministeriali; dovessero procedere i tribunali ordinarî, che si erano manifestati in Germania come freni attivi del governo personale non però sulla base delle vedute di puro diritto privato, ma di un sistema di diritti di consorzii (Genossenschaftsrechte) d'indigenato, di libertà di domicilio, di personalità, di proprietà, di culto, di commercio. ect.

Confronta la critica che di questi sistemi ha fatto Gneist: a *Staatsrecht* p. 264 e segg.

sa. Imperocchè, essi dicono , a prescindere anche dalla difficoltà di tracciare esattamente i confini della sfera propria dell'amministrazione interna, e di quella della giustizia amministrativa « a lungo andare col porre di fronte autorità ammministrative operanti, ed autorità amministrative giudicanti si verrebbe a creare un antagonismo sistematico nel quale gli organi esecutivi responsabili cercheranno sottrarsi a quei sindacatori esterni » (1).

E la conseguenza logica di queste preoccupazioni è quella cui è pervenuto il Gneist, che cioè il problema non possa risolversi se non sulla base di un sistema di autonomia comunale sul modello del *self-governement* inglese, in parte consacrato in Prussia colle leggi del 3 luglio 1875 sulla costituzione dei tribunali amministrativi, che fu preceduta da quella del 13 dicembre 1872 sull' ordinamento dei circoli, e del 25 giugno 1875 sull' ordi-

(1) Gneist. *Rechtsstaat.*157. Confr. Gessler. *Uber Frage der seg. Administr. Iustiz.* Zeitsch für die ges. Staatswissenschaft B. 18 (1862) p. 709 e S. Weisel *Die badische innere Verewaltung.* 1864 p. 96. Rudhart. *Ein Verwaltungsgerichtshof in Baiern* 1870. *Pözl. Munchener Zeit. Viertely*B. 10 p. 1868) p. 124. Maier op. cit. p. 895.

namento delle province, e più coll' ultima più ampia e comprensiva del 26 luglio 1876 sulla competenza dell' autorità amministrativa e dei tribunali amministrativi (1).

(1) Un esame accurato di questo sistema si ha nello Schulze II, p. 846 e nel Gneist *Rechtsstaat*, § XI.

Secondo questo sistema non si fa distinzione tra *reclamo* ed *azione* e la giurisdizione abbraccia tutte le controversie amministrative. I gradi di giurisdizione sono tre: tribunali di circolo; tribunali provinciali, e Corte Suprema che, funzionando da Corte di Cassazione, giudica del solo punto di diritto. Nelle due prime istanze i giudici in maggioranza sono eletti dalla rappresentanza dei circoli e delle province ; nell' ultima si hanno giudici professionali con determinati requisiti amministrativi o giudiziarî, con indipendenza ed inamovibilità di giudici ordinarî. Nel procedimento si ha istruzione e discussione con oralità e pubblicità.

In Austria si è seguito un diverso sistema. La legge del 22 ottobre 1875 ha istituito pei regni e province, rappresentate al *Reichsrath* una Corte di giustizia amministrativa, sedente a Vienna, che giudica delle sole controversie giuridico-amministrative. Per altra legge della stessa data, modificante quella del 21 Dicembre 1867, che istituì il Tribunale dell' impero (*Reichsgericht*), questo è chiamato a giudicare i conflitti di competenza tra la Corte di giustizia amministrativa e tribunali ordinarii (Art. 1.° V. Bard e Robriquet ; *La Constitution fran. de* 1875, p. 418). Anche la Baviera, con legge degli 8 agosto 1878, seguendo il movimento legislativo germanico ha istituita una Corte suprema amministrativa. Tralascio di dire degli Stati minori.

Solo con un tal sistema è possibile costituire una giurisdizione amministrativa strettamente connessa coll'amministrazione attiva, ma al tempo stesso popolare ed in gran parte elettiva, ossia indipendente dal governo.

Or non si potrà disconoscere che, ridotta a questo punto la contesa, non è lecito troncarla col negare la competenza del potere giudiziario ordinario, almeno per quanto si attiene alle relazioni di diritto politico individuale, perchè quando si dimostri come potrebb' essere facile, che la quistione dell' autonomia comunale non può esser risoluta senza tener conto delle condizioni storiche e sociali di ciascun popolo, ogni qualvolta questo sistema non potrà attuarsi, varrà meglio lasciare il campo alle giurisdizioni ordinarie, facendo a fidanza col senno e col patriottismo della magistratura, alla quale dovrà necessariamente parer sacro tanto il diritto individuale, quanto quello della pubblica potestà, e non immolar l' uno all' altro. E con siffatta soluzione si potrà pure evitare il grave danno, che lo spirito di partito si ramifichi e si spanda anche nell' amministrazione con grave iattura della pubblica morale e

della giustizia. Ed è questo il pericolo maggiore, che io vedo, e che m'impensierisce di più, e non già che la magistratura tradisca la tutela del diritto pubblico a lei affidata. Il nostro Mantellini, a quelli che con trepidanza domandavano cosa sarebbe avvenuto, se il magistrato, giudice delle contese contro l'amministrazione, avesse veduto un diritto del privato dove non era se non un interesse, rispondeva:

« A questa domanda, che più volte mi si è ripetuta, ho risposto e rispondo, che allora accadrebbe quello che accade delle sentenze ingiuste, contro le quali le istituzioni non danno scampo o rimedio; dovrà subirle l'amministrazione come le subiamo tutti ; che non lice all' Amministrazione diffidare d' un' autorità alla quale, nell' interpetrazione e applicazione delle leggi sì penali che civili, è affidata di tutti la tutela della vita e delle sostanze; e che al timore che pericoli l'amministrazione, lasciata in balìa dell'autorità giudiziaria, la quale potrebbe sconfinare , è da contrapporre un timore più forte che pericoli la giustizia per gli eccessi della pubblica amministrazione o dell' autorità amministrativa. Dico avvisatamente timore più forte, dacchè l'autorità giu-

diziaria cerca i suoi criteri nel *giusto* e non intende che alla *giustizia*, mentre l' amministrativa cerca i suoi criteri nell' *utile* e vuol giovare alla *maggior somma d' interessi*. E mi dà ragione Bavoux, il quale se ha potuto scrivere delle usurpazioni dell' amministrativa sull' autorità giudiziaria, non avrebbe saputo nè potuto scrivere delle usurpazioni di questa su quella; intanto che la storia vecchia e nuova dell' italiana magistratura non rassomiglia davvero alla storia dei parlamenti francesi dell' *antico regime* » (1).

Volendo ora avvicinarmi al terreno proprio del nostro diritto positivo, dirò che non parmi sia per noi il caso di ritornare sul fatto, e cancellare il principio sanzionato coll' art. 2 della legge del 1865 colla feminea incostanza della Spagna.

Invece il problema grave, che si pone di fronte agl' Italiani, ai cultori della scienza, come agli uomini di governo, è quello formulato con tanta dottrina e precisione da un nostro eminente statista (2), e che si rias-

(1) Mantellini. *I conflitti di attribuzione*. II. p. 120.
(2) Silvio Spaventa. *Giustizia nell' Amministrazione: Di-*

sume in ciò: creare un ordinamento giuridico, che assicuri la *Giustizia nell' Amministrazione*, cosa cui non ha provveduto affatto, o poco la riforma inaugurata dalla legge, che soppresse le giurisdizioni speciali del contenzioso. — Egli disse:

« Il problema della giustizia e della legalità nell' amministrazione è il maggiore, che s'incontra nella vita dei governi parlamentari, massime oggi che l'amministrazione pubblica degli Stati moderni ha preso tali dimensioni e sviluppo, da non potersi numerare i rapporti, in cui i cittadini si trovano con essa in ogni loro passo.

« Il problema nasce così: Il governo parlamentare non è possibile se non per mezzo di partiti, i quali si succedono alla direzione dello Stato, secondo che ottengono la fiducia della maggioranza del paese. Ora, data questa nostra egoistica natura umana, le cui leggi sono immutabili, come è possibile che un partito al governo non abusi del potere, che ha nelle mani, in danno e ad offesa degli altri? E pure lo Stato dev'esservi, e vi

scorso pronunziato nell'Associazione Cost. di Bergamo il 6 maggio 1880. Roma 1880, Tip. dell' *Opinione.*

è, appunto per questo, che l'interesse di un partito, di una classe o di un individno non predomini ingiustamente sopra l'interesse degli altri.Come risolvere questa, che sembra insuperabile contraddizione? La soluzione sta nel fare un'essenziale distinzione fra governo e amministrazione.

« Un governo di partito significa , e non può significare più di questo, che la direzione generale dello Stato, lo indirizzo della sua politica interna ed esterna, i concetti delle leggi e delle riforme amministrative e sociali, corrispondono alle idee, ai bisogni della maggioranza del paese. Ma questa direzione dello Stato , data al partito preponderante , non deve opprimere lo Stato, cioè la giustizia e l' eguaglianza giuridica, che ne è l' anima informativa, la giustizia per tutti e verso tutti, così per la maggioranza come per la minoranza. La protezione giuridica e la protezione civile,chiamando così tutti gli altri beni, che i cittadini hanno diritto di chiedere allo Stato, oltre alla tutela del diritto, dev' essere intera e generale, imparziale , accessibile a tutti, anche sotto un governo di parte. L'amministrazione dev' essere secondo la legge e

non secondo l' arbitrio e l' interesse di partito e la legge dev' essere applicata a tutti, con giustizia ed equanimità verso tutti ».

Or, com' egli acutamente avvertiva nel suo maestrevole discorso, le cause del malessere che travaglia l' amministrazione italiana sono tre:

« La prima è il difetto e incertezza di norme giuridiche, che limitino rigorosamente nell' amministrazione le facoltà e i poteri che essa deve esercitare. La seconda è il difetto e incertezza del giudice che decida sulla controversia che nasce quando il cittadino si risente e si oppone all' abuso ed arbitrio, che contro di lui si commette o si tenta commettere. La terza è il difetto di responsabilità immancabile e pronta degli ufficiali pubblici. »

L' oratore andò accuratamente additando i rimedii atti a curare ciascuno di quei mali, e mercè i quali solo è a sperare, che si attui davvero una giustizia tutelatrice dei diritti pubblici e privati. Ma per rimanere nei confini del mio tema, dirò con lui, ciò che avea anche avvertito il chiarissimo Mantellini, che coll' essersi abolite le giurisdizioni amministrative, a molte contese si venne a negare

il giudice colle garentie del procedimento regolato e sicuro, perchè si lasciò il giudice ordinario con poteri circoscritti di fronte all'amministrazione attiva, operante e decidente da sè, ossia uno stato di cose peggiore del precedente. Ed a persuadercene varrà il semplice ricordo dell' art. 12 di quella legge del 1865, col codazzo di tutte le leggi speciali emanate posteriormente, che misero gran cura nel ritogliere man mano quella pienezza di giurisdizione, che pareva si fosse voluto concedere coll'art. 2. E le conseguenze si videro poi in tutta la dolorosa iliade dei conflitti di attribuzione, ai quali mi volgerò da qui a poco dopo lo esame di un' altra quistione di diritto costituzionale, che trova posto in questo esame delle relazioni del potere giudiziario col potere amministrativo.

31. Ammessa la competenza del potere giudiziario a valutar la legalità degli atti emanati dal potere esecutivo, sia in via di regolamenti, sia in casi singoli, è sorta grave disputa sul punto di sapere, se sia consentito ad esso giudicare ancora dei regolamenti, che il potere esecutivo emette per mandato ricevuto dal potere legislativo. Si è detto che

in simili casi competa solo al potere legislativo stesso esaminare se si fossero ecceduti i limiti del mandato, e disapprovare il mandatario. Il regolamento si reputerà far parte della stessa legge, e una specie di litispendenza legislativa vieterà al potere giudiziario il verificare se vi sia stato eccesso di potere (1). Or a me pare, che non si possa aderire a tale teorica. Ricorrere ai principii del diritto privato intorno al mandato mi pare assolutamente inopportuno, perocchè nel campo del diritto pubblico tra il mandante e il mandatario sta un potere speciale, a cui è affidato il còmpito d'impedire le usurpazioni dei poteri, e che la volontà dell'esecutore si surroghi a quella del legislatore (2). Il rego-

(1) Questa risoluzione è stata propugnata da Hello, e il de Falco nel suo discorso all'Assemblea della Corte di Cassazione di Roma del 2 gennaio 1877, aderendovi, assicura che su questa via si è messa la giurisprudenza di quella Corte.

(2) Si è ricorso pure alla massima di Ulpiano: « *Qui mandatam iurisdictionem accepit, propriam nihil habet, sed eius qui mandavit iurisdictione utitur.* » E sta bene. Vuol dire che *se vi fu delegazione*, il regolamento avrà valore di legge. Ma la questione è di sapere se il magistrato abbia il diritto di vedere se e fino a che punto

lamento per tanto comanda rispetto per quanto si mantiene fedele alla legge, da cui promana. Or quando il magistrato decide della conformità di esso con questa, non fa che dare esecuzione alla legge stessa, e dove trova la contraddizione fa prevaler la legge; dove non la scorge, applica il regolamento come necessaria esplicazione e svolgimento del dettato legislativo ad esso conforme. Ciò facendo il potere giudiziario non esce punto dai confini delle proprie attribuzioni. Chiamare poi il potere legislativo ad approvare o censurare l'interpetrazione data alla legge, significa da un canto sostituire ad una garentia vera ed efficace una lontana ed eventuale, e dall'altro creare la necessità di applicare regolamenti illegali e dar luogo ad ingiustizie gravi, aspettando il dì della riparazione. E per fermo il potere legislativo non potrebbe esercitare un' azione continua ed efficace di sorveglianza sugli atti del potere esecutivo. Esso inoltre potrebbe dare alla legge un intendimento ben diverso da quello

vi fu delegazione del potere. Dunque Ulpiano mi pare che non soccorra la tesi patrocinata nel senso della incompetenza.

che fu in mente del Parlamento nel tempo in cui fu votata. E da ultimo, e questo parmi capitale, dopo che il magistrato fosse stato costretto ad applicare l'illegale regolamento, non varrebbe al certo la disapprovazione parlamentare a scuotere l'autorità della cosa giudicata. Come dunque riparare a tante iniquità o ingiustizie consumate all'ombra del regolamento? Ed ammesso ancora il rimedio tardivo di un giudizio di rivalsa di danni, qual perturbamento grave non si creerebbe col far segno lo Stato in un tempo stesso ad una miriade di giudizi? E non sarebbe questa una ragione di repugnanza per le Assemblee legistative a disapprovare il fatto compiuto? A me pare adunque, che ancor in questa quistione convien mantenere intatta l'autorità del potere giudiziario, e che sia dettame di civile prudenza il seguire lo ammaestramento dei giureconsulti romani, che ci lasciarono scritto: *melius est occurrere in tempore, quam post causam vulneratam remedium quaerere.* Negando forza di legge al regolamento, che eccede i confini tracciati dal potere legislativo, il magistrato farà atto di propria competenza, tutelerà il rispetto dei

diritti individuali, e non renderà possibili ingiustizie irreparabili, perchè sanzionate dalla forza dei giudicati (1).

(1) « Si è domandato (scrive il Foucart), dopo che la di-
« stinzione dei poteri fu stabilita dalla Carta, come talu-
« no potrebbe opporsi ad una ordinanza incostituzionale?»

E dopo di avere fatto cenno della petizione alle Camere e del ricorso al Re, prosegue: « Ma questi mezzi
« indiretti sono lenti e possono essere inefficaci. Avvi
« una garentia più alla portata del cittadino, ed è quella
« che trova nell'autorità giudiziaria. In tesi generale una
« ordinanza illegale non è punto obbligatoria; non avvi
« delitto a fare quello che essa comanda. La contravven-
« zione, o il rifiuto condurranno gli opponenti davanti i
« tribunali, che dovranno assolverli, o condannare co-
« me colpevoli di attentato alla libertà o alla proprietà
« dei cittadini coloro che avranno voluto che fossero ese-
« guiti per forza.

Sulla obbiezione, che l'autorità giudiziaria non può apprezzare gli atti del potere esecutivo, nè annullarli, l'illustre autore risponde: « L'autorità giudiziaria non
« può senza dubbio stabilire *principalmente* e di una *ma-*
« *niera generale* sulla validità di una ordinanza; ma essa
« non può essere forzata, allorchè se ne domanda l'ap-
« plicazione, di chiudere gli occhi sopra la sua *incosti-*
« *tuzionalità*. Tutti i giudicati devono essere motivati so-
« pra una legge, o sopra una ordinanza che abbia la
« sua forza dalla legge, e i giudici non devono avere
« nessun riguardo agli atti, che non entrano nell'una o
« nell'altra categoria. Così essi non decidono in una ma-
« niera assoluta che una tale ordinanza è illegale, e non
« dovrà essere eseguita; ma messi per la loro posizione

Negli Stati retti a forma assoluta, al magistrato o non è consentito insorgere contro

« nella necessità di pronunziare sopra una determinata « fattispecie, e di non pronunziare che conformemente « alla legge, bisogna bene che apprezzino il valore del- « l'atto, sul quale ad essi si domanda di appoggiare il « loro giudicato. Altrimenti i tribunali, che debbono es- « sere i protettori dei dritti e della libertà dei cittadini « non sarebbero più che ciechi sostenitori del despotismo. » « (Foucart, *Element de droit, pub, et administratifs* tom. « 1, n.° 96, pag. 104, 1843, 3.ª ediz).

E il Laband alla sua volta insegna:

« Non esiste una facolta di emettere Ordinanze, che contengano norme giuridiche, in virtù della stessa costituzione dello Impero, ma ben può essere costituita per singoli casi mercè disposizione espressa di una legge. O con altre parole: *Ogni Ordinanza, la quale contiene prescrizioni giuridiche, può esser validamente emanata sulla base di una delegazione speciale per opera di leggi dello Impero.*

« Ove manchi una tale delegazione, e una legge imperiale è così incompleta da non potersi eseguire senza che sieno emesse prescrizioni di complemento, deve rimanere ineseguita, finchè non vengano promulgate per la via legislativa le necessarie prescrizioni di complemento. In tutti gli altri casi l'applicazione ed interpretazione delle leggi dello Impero, la deduzione delle conseguenze che ne derivano, la determinazione della loro sfera di attuazione e la forma della loro applicazione è lasciata ai tribunali ed alle altre autorità investite di funzione giudiziaria, ed in questo rapporto la esecuzione di principî conformi sarà assicurata colle varie istanze ». (*Staatssrecht II. p. 77*).

l'ordine del Sovrano, o al più gli è conceduto di muovere rispettose rimostranze (1). Ma

(1) Nel Regno delledue Sicilie la giustizia era costituita quale forse in nessun'altra Monarchia assoluta. Benchè fosse stabilita sul sistema francese la giurisdizione contenziosa amministrativa, pure per la legge 1817 era di esclusiva competenza del potere giudiziario il decidere di qualunque contesa su diritti di *proprietà*. Nella legge organica del 29 maggio 1817 si contenevano le seguenti disposizioni. « Art. 197. « I giudici non potranno pronun- « ziare per via di disposizioni generali o di regolamento. « Art. 198. I giudici, i tribunali, e le gran Corti non po- « tranno nè impedire, nè sospendere la esecuzione delle « leggi e de'decreti. Art. 199. « Non potranno in alcun ca- « so immischiarsi nelle funzioni amministrative, nè ci- « tare direttamente, ed avanti a loro gli amministratori « per oggetti relativi alle loro funzioni, nè conoscere i « conflitti tra le autorità giudiziarie e le amministrative. » Ma la legge del 21 marzo 1817 determinò i caratteri costitutivi delle leggi, che erano disposizioni emanate per oggetti generali, dei decreti, che intendevano a determinare i modi di esecuzione di esse, e l'applicazione e lo sviluppo dei principî fissati nelle medesime, o contenevano la nomina dei funzionari pubblici, le dispense di legge, le grazie, autorizzazione di pagamenti, ect. e dei rescritti, che comprendevano tutte le altre decisioni sovrane. (Art. 1, 2 e 3). E coll'art. 4 dava espressamente alla magistratura di far rimostranze al Re sulle disposizioni contenute nei rescritti, ove le avessero ritenute contrarie alle leggi e decreti. Il Re riserbavasi la facoltà di rivocare con novello rescritto là prima risoluzione; ma se voleva mantenerla doveva convertirla in forma di decreto. (art., 5).

è dato ai popoli veramente liberi avere un ordinamento tale della magistratura, che innanzi ad essa non debba aver valore l'atto del potere esecutivo se non in quanto è conforme alla legge, e che la lesione del diritto privato da qualunque parte venga debba trovare la sua riparazione per via di risarcimento.

32. Ad esaurire lo studio de'rapporti del potere giudiziario col potere amministrativo, mi rimane a dire dei conflitti di attribuzioni e di giurisdizione, che possono sorgere tra di essi e tra le varie giurisdizioni speciali e le ordinarie.

Quando esistono due ordini di giurisdizioni parallele , l'una del contenzioso amministrativo, e l'altra ordinaria, è di assoluta necessità, che vi sia una potestà a cui sia demandato risolvere il conflitto di competenza, che può sollevarsi tra di esse.

Secondo l'antico sistema francese la risoluzione spettava al Consiglio di Stato. Ma siccome questo non dava se non un avviso, in definitivo era il Ministro dello interno, che decideva della contesa , onde il potere esecutivo era giudice e parte al tempo stesso.

Sistema più ripugnante ad ogni ordinata amministrazione di giustizia non poteva esistere, e il de Tocqueville ne tratteggiò con fina ironia tutto lo assurdo. Un secondo sistema affida ad una giurisdizione speciale, ch'è posta fuori della magistratura e della giurisdizione contenziosa amministrativa, il dirimere i conflitti, che potessero sorgere tra di esse. Tal'è il sistema seguito dalla costituzione francese del 1849 (art. 89) ripristinato con qualche modifica dalla legge 24-31 maggio 1872, che riorganizzò il Consiglio di Stato. In questa legge v' è il titolo IV, che si occupa— *dei conflitti e del Tribunale dei conflitti*, in cui all' art. 9 è detto:

« Il Consiglio di Stato statuisce sovrana-
« mente sui ricorsi in materia contenziosa
« amministrativa. e sulle dimande di annul-
« lamento per eccesso di potere, formate con-
« tro gli atti delle diverse autorità ammini-
« strative ».

« Art. 25. « I conflitti di attribuzione tra
« l'autorità amministrativa e l'autorità giudi-
« ziaria sono regolati da un tribunale speciale
« composto: 1.° dal Guardasigilli, presidente;
« 2.° da tre Consiglieri di Stato in servizio

« ordinario eletti dai Consiglieri in servizio « ordinario; 3.° da tre Consiglieri della Corte « di Cassazione nominati dai loro colleghi; « 4.° da due membri e due supplenti che sa- « ranno eletti dalla maggioranza degli altri « giudici designati nei paragrafi precedenti. « I membri del Tribunale dei conflitti sono « sottoposti a rielezione triennale, e sono in- « definitamente rieliggibili. Essi scelgono un « vice presidente a scrutinio segreto ed a mag- « gioranza assoluta di voti. Non potranno de- « liberare validamente se non almeno con « cinque voti ».

Coll' art. 27 sono richiamati in vigore la legge del 3 febbraio 1850 e il regolamento del 28 ottobre 1849 pel procedimento a tenere dinanzi a quel tribunale.

Ammessa la coesistenza delle due giurisdizioni, questo è il solo sistema logico e legale per risolvere i conflitti: creare una giurisdizione speciale, che sia al di fuori e al di sopra dei due poteri in lotta fra di loro (1).

(1) Il Batbie ha censurata l'istituzione del tribunali misti, per l'inevitabile dualismo che si crea nel seno di essi. Ma allora non resta, che un' altra via, dare ad una delle parti contendenti di decidere della rispettiva

Ma quando una delle due giurisdizioni è sparita, e non rimane se non il solo potere giudiziario a decidere di qualunque diritto civile o politico, che possa cadere in contestazione, il conflitto di attribuzione non ha più ragione di essere perchè si è di fronte al giudice unico. « Conflitto, dice il de Fooz, secondo legge è lotta di competenza tra due

competenza. E potrà mai prescegliersi la potestà amministrativa? Risponda per me il Bavoux. Egli parlando della Francia scrisse:

« I Conflitti, al punto ove sono condotti, sono una pia-
« ga aperta sul nostro corpo sociale; bisogna con tutti
« i mezzi cercare di chiuderla... Il disordine sopra que-
« sto punto è al colmo, è l'amministrazione che rivede
« e riforma i tribunali come le Corti sovrane; è essa
« che loro interdice di giudicare; è essa che li dice com-
« petenti, o dichiara che essi non sono; così ella si co-
« stituisce potere giudiziario, nentralizza quello che è sta-
« bilito, gli toglie quegli affari che le piace di scegliere,
« e gli lascia quelli che non ha nessun interesse di at-
« tribuirsi ».

« Se a questa invasione così rivoltante, che mette due
« poteri distinti ed uguali in un solo, o l'uno sotto la
« dipendenza dell'allro, si aggiunge quella che ha luogo
« sopra il potere legislativo, si rimane colpiti di quanto
« già si è fatto per la riunione de' poteri in un solo: la
« divisione resta scritta sulla carta, il fatto dell'assolu-
« tismo ci avvolge da ogni parte ».

autorità » (1). Ma due autorità che reclamano la propria giurisdizione sulla controversia. Sparite le giurisdizioni amministrative, e posto il giudice unico, non è più possibile se non la quistione di competenza del potere giudiziario, che si risolve in quistione di ammessibilità dell'azione. E per fermo la disputa tra il privato e l' amministrazione non può cadere, che o su di un diritto, che si vuole sperimentare o che si dice leso, o su di un *interesse*, che si vuol far valere sotto forma di diritto e a cui si pretende.

Or il cittadino non ha azione se non per far valere il suo diritto. Egli non può costringere l' amministrazione ad atti, i quali debbono dipendere dalla sua libera azione, e per adempire ai fini, pe' quali è costituita, ossia di curare gl' interessi generali dello Stato e quello de' cittadini non come privati, ma come individui che compongono la società.

Niuno potrebbe costringere l' amministrazione a conferirgli o mantenerlo in un ufficio pubblico, o a dargli una data destinazione etc.

(1) De Fooz. *Le Droit admin. belge.* Paris 1859, I, tit. 4, p. 225 e seg.

Di fronte alla pretesa individuale sorge il diritto della potestà pubblica.

Ciò posto, quando è affidata al solo potere giudiziario la tutela dei diritti politici e civili, se l' amministrazione è tradotta in giudizio dal privato, non può che opporre questa eccezione, che si tratti non di un diritto, ma di un *interesse* a cui si aspira, o che si pretende leso, e che però il potere giudiziario sia incompetente a decidere. Come si scorge di leggieri, la quistione di competenza si compenetra allora colla quistione di proponibilità od ammissibilità dell' azione, o meglio la dissimula, e se il magistrato giudica, che la contesa cade su di un diritto, mentre affermerà la propria competenza, dichiarerà ammessibile l' azione. E per contrario ove riconosca, che non si tratta di un diritto civile o politico, ma di un *interesse*, col negare l' azione non avrà già negata la propria competenza a conoscere della contesa, o il giudice, ma avrà affermato che ciò che chiede il privato non è garentito dalla legge, anzi contrasta col diritto pubblico dell' amministrazione, ossia colla legge stessa.

Da ciò dipende come legittima inferenza,

che abolita la giurisdizione speciale pel contenzioso amministrativo all' amministrazione non può competere alcun diritto ad elevare un vero conflitto, mancando l'altro giudice, ma solo potrà proporre la eccezione d'incompetenza, che si compenetrerà con quella d'inamessibilità dell'azione, pel principio della Leg. 5 ff. *de judiciis: Praetoris est aestimare an sua sit jurisdictio;* e della Leg. 2. ff. Si quis in ius vocatus: *Ut hoc ipsum sciatur, an jurisdictio eius sit.*

Nel Belgio, benchè l'amministrazione sia ordinata con forme presso che identiche alla francese, pure essendo anche colà scomparsa interamente la giurisdizione speciale del contenzioso amministrativo, la potestà di pronunciare sui conflitti di attribuzione fu conferita alla Corte di Cassazione dall' art. 106 della Costituzione, e la legge del 4 agosto 1862 (articolo 20) statuì che dovesse deciderli a sezioni riunite.

Nel reame dei Paesi Bassi la decisione dei conflitti del 1844 appartiene alla Corte di Cassazione.

Nella Grecia la costituzione del novembre 1864 stabilisce: « Gli affari del contenzioso

« amministrativo sono di competenza dei tri-
« bunali ordinari che li giudicano d'urgenza.
« La Corte di Cassazione pronuncia sui con-
« flitti di attribuzione ».

Nella Danimarca gli articoli 71 e 72 della Costituzione del 1866 contengono queste disposizioni ancor più radicali: « La giustizia « sarà separata dall'amministrazione secon-
« do le regole che saranno stabilite da una
« legge. I tribunali hanno il diritto di giu-
« dicare ogni questione relativa ai limiti delle
« attribuzioni delle autorità. Tuttavia quegli
« che solleva una questione di tal genere, do-
« vendo andare avanti ai tribunali, non può
« esimersi dall' obbligo di uniformarsi prov-
« visoriamente agli ordini delle autorità ».

In Toscana non vi fu mai giurisdizione speciale pel contenzioso amministrativo, e la giurisdizione per risolvere i conflitti di attribuzione appartenne sempre alla Corte di Cassazione, che la esercitò dal 1838 al 1865.

Nello Stato Romano il Pontefice risolveva da sè il conflitto tra l'autorità amministrativa e la giudiziaria, ma dietro parere del supremo Tribunale Giudiziario della Segnatura.

Nel Regno d'Italia, dopo che la legge sul contenzioso amministrativo avea costituita la magistratura ordinaria giudice unico delle contese tra i privati e l'amministrazione sui diritti civili e politici, il Consiglio di Stato per effetto dell'art. 15 di detta legge serbò la competenza a pronunciare sui conflitti di attribuzione regolati dalla legge 20 novembre 1859. In questo articolo si disse, che si disponeva così fino *ad ulteriori provvedimenti per la risoluzione uniforme dei conflitti*, e l'anomalia fu grave. Ecco quello che ne scrisse bellamente e accuratamente il Mantellini:

« Se *diritto* è ciò che è nostro, e *nostro*, secondo Ulpiano, è quanto può chiedersi per *azione*, o ritenersi per *eccezione*, *quidquid aut peti per actionem aut retineri per exceptionem potest*, la riforma del 65, la quale mostrò volere che del diritto conoscessero i tribunali, non poteva, senza contraddire al suo principio, togliere ai tribunali il definire se fondata sia la intenzione dell'attore, che chiede, o del convenuto, che difende la cosa per sua. Dove trovava in quistione il diritto, il giudice del conflitto, col dirlo non pertinente usurpava la provincia del merito, dimentico,

che la competenza si determina dall'oggetto della domanda e non dalla ragione del domandare, *quid petatur non quid debeatur*, dice il testo; e col rinviare la lite al giudizio dell'antorità amministrativa restituiva all'amministrazione la *giurisdizione*, che sopprimendo il fôro amministrativo si era cercato di tutta concentrare nei tribunali.

« È una via dove la logica si smarrisce, e non solo si offende la scienza del diritto ma si viola lo statuto. Poichè nelle cause rimesse o lasciate alla decisione dell'amministrazione, di ricorso in ricorso, per ultimo, si fa capo al Re, il quale viene a trovarsi costituito in gran giudice del regno, contro l'art. 68, che vuole la giustizia amministrata *in nome del Re* e non dal Re, da giudici istituiti dal Re, e non personalmente. Ed è curioso che per tenersi in questa via si piglia sempre per faro il gran principio della separazione dei poteri. Diceva bene il Dareste che il *Montesquieu* non lo intendeva davvero così, o che ei non lo avrebbe più riconosciuto. Se vogliamo esserne sinceramente gelosi, non possiamo volere che l'amministrazione giudichi, come non vogliamo che i tribunali amministrino.

Libera e indipendente l'autorità amministrativa, ogni equilibrio è spezzato, quando libera e indipendente non si abbia del pari l'autorità giudiziaria, quale la intese l'art. 69, o quando non si attenga la garentia dell'articolo 71 dello Statuto, per la quale niuno può esser distolto dai suoi giudici naturali. È confusione di poteri, soggezione del giudiziario all'amministrativo, non divisione nè indipendenza, quando l'amministrazione, non contenta d'amministrare, giudica, e per giunta, si sceglie in quali cause.

« Se poi ad onta del *gran* principio della separazione e della indipendenza dei due poteri, si crede, in tali o tali altre materie, l'amministrazione non giudicabile dai tribunali, pericoloso all'interesse sociale fidarsi del giudice comune, meno adatta o non abbastanza spedita la procedura dei tribunali, se si hanno per insufficienti le provvisioni che, salvi i diritti, l'amministrazione è autorizzata a prendere, in via d'urgenza, dagli art. 7 e 8 della legge sul contenzioso, dagli art. 71 e 72 della legge del 25 giugno 1865, dagli articoli 121, 126, 172, 255, 260, 281, 287, 310, 337, 338 della legge sui lavori pubblici,

per tacere di altre leggi, piuttosto che accendersi la fantasia d'astratte teorie, si abbia il coraggio di professare questa diffidenza e non esitiamo, per questa o quella materia, a ristabilire il fôro amministrativo; saremo almeno più logici. Già per alcune lo abbiamo; nè ho mai escluso che altre materie vi sieno o possano essere, nelle quali l' apprezzamento dell'utile tolleri male l'applicazione delle regole fisse,che i magistrati applicano ai casi contingenti. Ristabilito il foro amministrativo, avremo un giudice *amovibile*, ma avremo un giudice, e col giudice un giudizio, senza l'ipocrisia della giustizia *unica* per la soppressione del fôro amministrativo, perchè poi non tutte le cause salgano al tribunale, e non poche rimangano senza giudizio e senza giudice. . .

« Quando il governo interviene con la sua autorità, il governato resta *suddito*, o soggiace all'*impero*,finchè il rapporto riman pubblico; ma dove il rapporto diventa *privato*, attacca, cioè, diritti personali o reali dell'individuo, l'impero si muta in *gestione* e il suddito ridiviene cittadino al quale non può impedirsi di far valere le ragioni, che ha o che

crede d'avere. Certo, che l'espropriato per pubblica utilità non può resistere all'autorità del governo, il suo privato interesse dovendo cedere all'interesse pubblico. Non lo potrà nemmeno provando che la pubblica utilità non concorre, o che questa non richiede il sacrifizio della cosa di lui; attesochè il conoscere di quel concorso e di questa richiesta dipende da criteri di *utilità*, e però è indubbiamente ufficio governativo. Ma, in questa coazione inflitta e respettivamente patita, si consuma tutto quanto vi ha di pubblico o di politico nella natura del rapporto fra l'amministrazione o governo e l'espropriato, con originarsene uno affatto nuovo o d'indole puramente civile nel diritto all'indennità. È il codice civile, che allora ritorna padrone del campo, ed è nel codice civile che quel nuovo rapporto trova la sua determinazione nell'art. 438, in dipendenza dall' art. 28 dello Statuto, e con gli svolgimenti portati dalla legge del 25 giugno 1865. Dato ora che l'espropriato ricorra per la sua indennità al tribunale; e il tribunale adìto dovrà necessariamente decidere dell' azione come dell' eccezione, e ciò anche quando l'eccezione inve-

sta la causa della domanda, *causa petendi*, e contraddica, che nella fatti specie ricorrano i termini dell' art. 438, o d' applicazione della legge del 25 giugno. Si ripercorrano i i casi decisi, ed esempii di queste contradizioni si troveranno e non pochi ».

E incalzando sempre più seguitò a dire:

« Finchè giurisdizione sia attribuzione di giudicare, *potestas juris dicendi*, e che i tribunali abbiano a restarne i soli investiti, per conseguenza logica, quanto giuridica, il definire se la legge consenta azione, cioè, modo di far valere un interesse in giudizio, non potrà sfuggire alla loro competenza, come non vi sfugge il conoscere se l'attore abbia o non abbia veste legittima a stare in giudizio. Fu inconseguente il legislatore del 65 quando, abolito il fôro amministrativo, e costituito per regola un solo giudice del diritto, chiamò un corpo amministrativo a decidere sui conflitti, quasi non fossero questioni di diritto. Ma fu maggiore la inconseguenza sua, quando, non so bene se più sviato dal pregiudizio francese, o vinto dalla fretta e dalla stanchezza, richiamò la legge del 59 i suoi art.[i] 13 e 14, coi quali mantenne i conflitti fra tribunali e

amministrazione attiva. Non badò che il litigante, sia pur temerario, ha sempre ragione di lamentarsi che gli si nega giustizia, quando non è giudicato, che non gli compete azione o che la sua azione non è fondata da quel solo giudice che può giudicare o è rivestito di giurisdizione. Non si accorse che il giudice del conflitto, chiamato a giudicare fra il tribunale e l'amministrazione, se entrasse in causa un semplice interesse o un diritto, nel decidere se a quell'interesse la legge concedeva o rifiutava l'azione, si trovava naturalmente condotto a definire tutto il merito della controversia.

« *Confondesi*, lo dirò colle parole della Corte di Lucca, ripetute in due decisioni, *confondesi troppo spesso la incompetenza dei tribunali con la inammessibilità dell' azione*, *usandosi di dire nel fôro allorchè un'azione è inammessibile, che il giudice è incompetente*, *ma per verità sono queste due cose diverse*; *è incompetente il giudice quando l' azione proposta innanzi a lui non è nei limiti, onde la legge ha contrassegnata la sua giurisdizione, è inammessibile l'azione quando non è accompagnata dalle condizioni*

stabilite dalla legge per potersi esperimentare, onde molte volte accade che il giudice sia competente e che ei dichiari l'azione inammessibile (1).

L'anomalia perdurò fin quando i deputati Mancini e Peruzzi proposero un progetto di legge per far cessare la competenza del Consiglio di Stato (2). Nelle dotte discussioni parlamentari fu agitata lungamente la questione se al procedimento straordinario del *conflitto* dovesse sostituirsi quello ordinario di *regolamento di competenza,* escludendosi per tal via ogni ingerenza del Prefetto nel corso dei giudizii dinanzi alle magistrature ordinarie. Ma prevalse un sistema intermedio: si lasciò il procedimento di conflitto, ma se ne attribuì la risoluzione alla Corte di Cassazione di Roma, la quale deve pronunziare a sezioni unite » (3).

(1) *I conflitti di attribuzione*, II, p. 102, 106, 118.

(2) Però fin dal 1864 una commissione parlamentare, di cui fu relatore *Piroli*, proponeva deferire alla Corte di Cassazione, nella cui giurisdizione fosse nato il conflitto, la risoluzione di esso.

(3) Si possono consultare utilmente tanto le erudite *Relazioni* del MANCINI sulla tesi 6.ª del primo Congresso giuridico italiano tenuto in Roma nel 1872 (Conflitti di

Questo sistema fu consecrato dalla legge del 31 marzo 1877 (1). Con essa fu conceduto all' amministrazione, a lato alla facoltà ordinaria di proporre in qualunque stato di causa la eccezione d'incompetenza dell'autorità giudiziaria, l'altra di promuovere straordinariamente la risoluzione su tale controversia presso la Corte di Cassazione di Roma finchè la causa non sia decisa definitivamente in 1.ª istanza, se l'amministrazione stessa è parte nel giudizio; in qualunque stato della causa, se non lo è; ma non mai più dopo

attribuzione tra l'autorità giudiziaria e l'Amministrativa); e sul progetto di legge, quanto le discussioni parlamentari avvenute nel 1876 e il libro del MANTELLINI: I conflitti di attribuzioni in Italia dopo la legge del 31 marzo 1877.

(1) Nell'art. 3 è detto: « Appartiene esclusivamente alle sezioni di cassazione istituite in Roma:

« 1.° giudicare sulla competenza dell' autorità giudiziaria ogni qualvolta la pubblica amministrazione usi del mezzo straordinario indicato negli articoli precedenti;

« 2.° regolare la competenza tra l' autorità giudiziaria e l'autorità amministrativa quando l'una e l'altra siensi dichiarate incompetenti.

« 3.° giudicare dei conflitti di giurisdizione positivi o negativi fra i tribunali ordinarii ed altre giurisdizioni speciali, nonchè della nullità delle sentenze di queste giurisdizioni per incompetenza od eccesso di potere».

che la dichiarazione di competenza dell'autorità giudiziaria è passata in giudicato (articolo 1). Al Prefetto fu data la facoltà di arrestare il giudizio con un decreto motivato, che, come pel passato, crea il caso di conflitto (articolo 2). Sui conflitti e su ogni altra questione di competenza tra l'autorità giudiziaria e l'amministrativa decide la Corte di Cassazione di Roma a sezioni riunite (articolo 3 e 5) (1). Coll'art. 4° si dispose: « La decisione della competenza è determinata dall'oggetto della domanda e *quando prosegua il giudizio*, non pregiudica le quistioni sulla pertinenza del diritto, e sulla proponibilità dell'azione ».

Or questo sistema ha fatto sorgere una grave disputa. Secondo la legge imperante, deve la Corte di Cassazione risolvere la sola questione di *competenza*, circoscritta alla qualità del giudice, o deve ancora decidere della questione di *azione*, che verta sul diritto dell'attore e sulla proponibilità della dimanda? Secondo la prima soluzione, il còmpito della Corte di Cassazione sarebbe circoscritto alla

(1) V. DE FALCO, *Discorso inaugurale alla C. di Cass. di Roma*, 1879.

designazione della giurisdizione competente comune o speciale, mantenuta o istituita colla legge sul contenzioso, e però sarebbe agevole, perocchè dovendo ogni azione avere il suo giudice, non rimarrebbe al Collegio Supremo che il designarlo, e però tutte le quistioni sulla proponibilità dell'azione, ossia sussistenza del diritto, rimarrebbero impregiudicate, e dovrebbero avere la loro soluzione *servato ordine jurisdictionum*.

Col secondo sistema è manifesto, che se la Corte di Cassazione deve decidere ancora della sussistenza del diritto e della proponibilità della dimanda, negando il giudice, perciò stesso nega il diritto o l'azione, e tronca il giudizio, che non può sussistere quando non vi è un'azione da sperimentare.

Or, di questi due sistemi è prevalso il secondo, perchè si è ritenuto, che la legge del 1877 non avesse voluto romperla bruscamente col passato, e che eliminato il procedimento di regolamento di competenza, abbia voluto attribuire all' amministrazione il privilegio di vedere troncata la lite fin dalla sua origine quando la dimanda non sia proponibile, perchè non versi sopra una questione di

dritto civile o politico. E a tale interpetrazione ha dato conforto la parola della legge, nella quale sta detto, che la risoluzione del conflitto non pregiudica le quistioni sulla pertinenza del diritto e sulla proponibilità dell'azione *quando prosegua il giudizio,* desumendosi da questa formola, che ben possa la decisione sul conflitto arrestare il corso al giudizio. Un attento esame delle discussioni parlamentari e le esplicite dichiarazioni del Ministro guardasigilli del tempo, on. Mancini, dimostrano però, che ben altro fu l'intendimento di chi propose la legge e del governo, che l'accettò. Si voleva un nudo giudizio di competenza, e poi si respinse la proposta opportunissima del Pisanelli, provocata dall'Auriti, di sopprimersi l'ultima frase: *proponibilità dell'azione,* facendo rimanere l'altra: *pertinenza del diritto.* Ma, formulato definitivamente come fu l'articolo, si può osservare che quella salvezza non ha senso, perchè, se la Corte di Cassazione nega il diritto o l'azione e il giudice ad un tempo, il giudizio muore irremisibilmente. Se poi afferma, che vi è un'azione proponibile, perchè vi è un diritto da far valere, e designa il

giudice competente, come è più possibile la disputa su di ciò? La proponibilità dell' azione si troverà al coverto da ogni attacco nel corso ulteriore del giudizio, restando salva la sola quistione di pertinenza del diritto, altrimenti la risoluzione del conflitto non avrebbe forza vera di giudicato.

A dare un senso logico e giuridico all' articolo 4 convien dunque dire, che esso intenda parlare dei casi, nei quali, ritenuta la competenza ordinaria, nel corso ulteriore del giudizio sorgano fatti o si deducano prove, che mutino la base giuridica, sulla quale si fondò il pronunziato della Corte di Cassazione per ammettere la sussistenza del diritto e la proponibilità della dimanda.

Inteso così il sistema inaugurato dalla legge del 31 marzo 1877, esso non può soddisfare le esigenze della scienza, e non è una logica applicazione dell'abolizione della giurisdizione speciale sul contenzioso amministrativo, perocchè è manifesto, che esso sottrae al corso ordinario dei giudizii le controversie tra i privati e le amministrazioni sul punto più delicato, che possa esser materia di contesa, sulla esistenza o inesistenza del di-

ritto e sulla proponibilità della dimanda, e ne affida di sbalzo la risoluzione ad un giudice unico, benchè superiore. Così, non più rispettato l' ordine delle giurisdizioni, sulla controversia non si avrà il pronunziato del giudice di prima istanza e di appello e poi quello della Corte Suprema; ma questa, fatta unica arbitra della controversia sul punto di fatto e sul punto di diritto, che cade in contestazione, avrà poteri eccezionali, e potrà strozzare sul nascere la contesa. In altri termini, non si sarà fatto altro che sostituire al Consiglio di Stato la Corte di Cassazione, mantenendo quel pericolosissimo sofisma, che fece condannare l'antico sistema: *hai torto, dunque ti nego il giudice.* E quale sarà il profitto che se ne trarrà? L'amministrazione si compiacerà forse della speditezza acquistata dal giudizio; ma da un canto si sarà avuta l' ingerenza del prefetto che turba il corso normale del giudizio e sopprime i varii gradi di giurisdizione, e dall' altra si sarà chiamata la Corte di Cassazione in luogo del Consiglio di Stato a decidere sul fatto e sul diritto, uscendo dalle sue ordinarie attribuzioni con grave pericolo di perdere quello

spirito di serenità e d'imparzialità che deve presedere allo esercizio delle sue funzioni, circoscritte alla retta interpetrazione delle leggi ed alla custodia dei limiti delle varie potestà (1).

A me pare adunque, che il procedimento di conflitto, come conflitto di attribuzione, è destinato a sparire, quale ultima conse-

(1) Potrei citare numerosi esempi di sentenze della Corte di Cassazione di Roma, colle quali, non altrimenti che si facea dal Consiglio di Stato, sotto specie di risolvere in via di conflitto la quistione di competenza, non ha fatto altro, che decidere la quistione di diritto e di fatto sull'ammessibilità dell'azione, ed ha negato il giudice perchè ha ritenuto che la legge non assisteva le domande del privato.

Ma su ciò basta consultare il MANTELLINI. *I conflitti di attribuzioni dopo la legge del 1877*. Solo ricorderò recenti sentenze, posteriori a quest'opera. Sentenza 13 febbraio 1879, relatore Pacifici-Mazzoni (Il *Filangieri* 1880, II. p. 15); 13 aprile 1880 (id. p. 339) rel. Pantanetti; 3 gennaio 1880 (già citata nel testo) a sezioni unite, *Minis. lav. pub.* e *Falconieri* (id. p. 51).

In tutte queste sentenze la Corte di Cassazione ha decisa tutta la causa e non altrimenti si sarebbe comportata la Corte Suprema amministrativa austriaca, o qualunque altro giudice unico tra l'amministrazione, che reclamava di non esser tenuta a fare o dare quello che si pretendeva, e il privato. Eppure non v'era l'ombra della quistione di conflitto tra due giurisdizioni.

guenza della legge sul contenzioso amministrativo, non essendo, come ben disse il citato de Fooz, se non un'arma di sopraffazione del potere esecutivo, e che non rimarrà se non il regolamento di competenza delle giurisdizioni ordinarie e delle speciali rimaste ancora in vigore.

CAPITOLO VII.

Condizioni costituzionali di ordinamento del Potere giudiziario.

33. Fin qui ho detto del potere giudiziario nei suoi rapporti cogli altri poteri dello Stato. Ora mi tocca di esaminarlo in sè, e dire delle condizioni essenziali del suo ordinamento, perchè possa esercitare le funzioni, che è chiamato a svolgere, e sovra tutte quella che dissi funzione costituzionale.

La prima di queste condizioni è l' assoluta indipendenza della Magistratura nello esercizio delle sue funzioni. Questo principio di diritto pubblico è sanzionato da varie Costituzioni vigenti, ed è la condizione fondamentale di ogni ordinamento civile (1).

(1) L'art. 192 della legge organica napoletana disponeva così: « L'ordine giudiziario sarà subordinato so-« lamente alle autorità della propria gerarchia. Niun'al-« tra autorità potrà frapporre ostacolo, o ritardo all' e-« sercizio delle funzioni giudiziarie, o alla esecuzione de' » giudicati ».

V. poi *Costituz. Bavarese* VIII § 3: « Le corti giudizia-

Insegna il Bluntschli: « *La distinzione* della giustizia dal governo nella costituzione dello Stato è oramai riconosciuta generalmente come una massima principale dello Stato moderno; distinzione però, non assoluta separazione, poichè nel centro supremo dello Stato si unifica, come in un centro comune, una al pieno potere del governo, anche la sommità formale della giurisdizione. Una condizione di questa distinzione è *la intera indipendenza* dei giudici nell' esercizio della loro giurisdizione e la loro *indipendenza* dalla in-

« rie, entro i limiti del loro potere ufficiale, sono *indipen-*
« *denti*; ed i giudici possono essere soltanto dimessi dal
« loro posto con la perdita dell'unito stipendio od essere so-
« spesi mercè una sentenza. » *Costituz del Portogallo*, § 115:
« Il potere giudiziario è indipendente»; § 122: « I giudici
« possono perdere la loro carica soltanto per una sen-
« tenza ». *Costituz. Austriaca* del 1849, § 99: « L'ammini-
« strazione della giustizia e il governo debbono essere
« separati e posti indipendenti l'una dall'altro ». *Costituz. Prussiana*, § 86: « Il potere giudiziario è esercitato in no-
« me del Re da giudici indipendenti da qualunque altra
« autorità, fuorchè dalla soggezione alla legge »—§ 87:
« I giudici sono nominati dal Re in suo nome, durante
« la loro vita. Eglino possono venire destituiti o sospesi
« temporaneamente dalla loro carica, soltanto per una
« sentenza giudiziaria, per ragioni dalle leggi preve-
« dute ».

fluenza del governo. Serio e nobile ufficio del giudice è quello di amministrare la giustizia politica, non quello di regolare i fini e le utilità politiche. Egli però riuscirà degnamente a conseguire quello scopo soltanto quando osservi le invariabili leggi del diritto come unica norma della sua funzione, e non segua l'impulso delle circostanze e le mutabilità dei partiti. Innanzi al suo seggio nessuno deve trovare favore o disfavore, nè il potente nè il debole, nè il ricco nè il povero. Egli deve amministrare il diritto imparzialmente ; quindi in tale ufficio non si deve accondiscendere ai voti del governo, e il potere di questo non deve ingerirsi illegittimamente nella tranquilla e precisa investigazione del diritto reale (1).

E il Todd:

« L' amministrazione della giustizia renduta liberamente, indifferentemente ad ogni

(1) *Drit. pub. univ.* Lib. VIII, c. 2. V. pure la *Politica* c. 7 l. 7 Leroy — Beaulieu in uno studio pubblicato nella *Rèvue des Deux Mendes* — (15 ott. 1878) col titolo: *L' Empire des Tsars et Les Russes*, dice, che la riforma giudiziaria ha fatto uscire questo popolo dello stato di barbarie, in cui si trovava per la confusione, incertezza e soggezione delle molteplici giurisdizioni.

cittadino di qualsiasi grado, è della più alta importanza pel benessere sociale. Secondo la costituzione di questo regno, il Sovrano è riguardato come il dispensatore della giustizia; ma lo esercizio di questa prerogativa è regolato e ristretto dalla legge » (1).

Vedemmo già di quali censure sia meritevole la legislazione francese, e specialmente il Codice penale del 1810, il quale, colle disposizioni degli art. 127 e seg., non assicurò la indipendenza del potere giudiziario, per lo invece la sua soggezione.

Ma la quistione dell'ordinamento della giustizia con assoluta indipendenza vuol esser guardata ancor da un altro lato. Il pericolo delle sopraffazioni non viene solo da parte del potere esecutivo. Nei governi retti a forme rappresentative il freno della legge può essere scosso anche dalla forza dei partiti, e contro di essi conviene garentire la indipendenza del potere giudiziario per lo meno con tanta sollecitudine, quanta se ne richiede per rispetto al potere esecutivo:

(1) Op. cit. II Cap. 6.° I giudici in relazione alla Corona e col Parlamento.

« La force des tribunaux , ha detto lo Schweiz, à ètè, de tout temps, la plus grande garantie qui se puisse offrir à l' indèpendence individuelle ; mais cela est partout vrai dans les siècles démocratiques ; les droits et les intérets particuliers y sont toujours en péril, si le pouvoir judiciaire ne grandit et ne s' étend à mesure que les conditions s' égalisent » (1).

E lo Story :

« Le fazioni e i partiti sono frequenti tanto nelle Repubbliche quanto nelle Monarchie, e le medesime garenzie sono indispensabili nelle une e nelle altre contro le usurpazioni dello spirito di partito e la tirannia delle fazioni. Le leggi, comunque salutari e necessarie esse siano, divengono qualche volta l' oggetto di un' avversione temporanea dell' odio e della resistenza del popolo.

« Nelle repubbliche, tutto si osa dalla demagogia per ordire sotto pretesti speciose combinazioni contro l'esercizio regolare dell'autorità, al fine di mettere in esecuzione i suoi progetti egoistici.

(1) Citato dal Rüttmann, p. 347.

« L'indipendenza e l'imparzialità di giudici integri oppongono sovente una barriera al successo dei suoi piani ; e questi medesimi ostacoli ne fanno i nemici segreti di ogni amministrazione indipendente e regolare della giustizia (1) ».

Al principio della indipendenza del potere giudiziario si coordinano varie teoriche: quella della costituzione del Ministero pubblico, l'altra delle autorizzazioni pregiudiziali al giudizio penale, nascenti dalla qualità degl' imputati, e quella della inamovibilità della magistratura.

34. Quanto al Pubblico Ministero, secondo alcune legislazioni e secondo taluni scrittori, esso rappresenta il potere esecutivo, che interviene nell'opera della magistratura, l'eccita, la sorveglia e promuove le azioni e fa eseguire i giudicati. Tale è per noi in virtù dell'art. 129 della legge sull'ordinamento giudiziario (2). Però, secondo una concezione più esatta del P. M., questo non è un ente estraneo alla magistratura, ma è parte intima di essa. Il

(1) Loc. cit. II, c. 41.

(2) « Art. 129. Il pubblico ministero è il rappresentante del potere esecutivo presso l'autorità giudiziaria, ed è posto sotto la direzione del ministero della giustizia ».

Ministero pubblico è funzione dello stesso potere giudiziario, e lo rappresenta; é organo, non del potere esecutivo, ma del potere giudiziario stesso; esce dal suo seno, e vi rientra appena cessa la delegazione della funzione.

Il Ministero pubblico rappresenta la società stessa in quanto pone in movimento l'azione penale nelle persecuzioni per la repressione dei reati e attua i giudicati; e nell'amministrazione della giustizia civile tien viva l'azione della magistratura giudicante a tutela dei fini sociali, che nella lotta dei privati interessi potrebbero esser soffocati. Non deve essere quindi un potere estraneo, che s'immischia nelle funzioni giudiziarie, ma è il potere giudiziario stesso come forza attiva e sorveglianza di sè stesso, che ha un organo particolare con cui si attua una funzione sua speciale, ma che non esce dall'indole delle sue attribuzioni. L' Haus ha cercato conciliare i due punti di veduta ed ha insegnato:

« L'esercizio dell'azione pubblica è delegato dalla legge agli agenti nominati dal potere esecutivo e sottomessi all'autorità di lui.
« In effetti questo potere ha la missione di cu-

rare la esecuzione della legge. Ora, lo scopo dell'azione pubblica è di fare eseguire le leggi penali che sono la sanzione di tutte le leggi. Ma i funzionari del ministero pubblico non sono investiti dell' azione pubblica in modo assoluto; essi non possono disporne arbitrariamente. Quest'azione appartiene alla società di cui sono gli agenti, e la loro missione consiste ad esercitarla nella via tracciata dalla legge. L'esercizio dell'azione pubblica costituisce ad un tempo un ramo del potere esecutivo ed una funzione giudiziaria. E però i membri del P.° M.° sono posti sotto una doppia sorveglianza, quella dei loro superiori nell'ordine gerarchico, e quella delle Corti di Appello (1) ».

Dalla natura stessa delle funzioni del P. M. ricondotto alla sua vera indole giudiziaria, risulta ancora, come accennai, la sua naturale competenza a intervenire anche nell'amministrazione della giustizia civile. Questa è parte sostanziale dell'ordinamento giuridico dello Stato. Il P. M. deve poter esercitare la sua azione in tutte le contese , in

(1) Loc. cit. II. p. 612.

cui è impegnato l'ordine delle famiglie, nelle quistioni matrimoniali, e in tutte le altre simili che hanno stretti legami coll'ordine sociale ; deve curare che il mal volere o l' egoismo non opprima, nella lotta dei privati interessi, il minore, l'infermo di mente, e in generale chi non ha piena capacità giuridica. E ciò facendo non rompe la eguaglianza delle parti litiganti, ma impedisce possibili iniquità , che il magistrato giudicante , vincolato per la sua stessa natura di potere sprovvisto d'iniziativa , dalle deduzioni delle parti, sarebbe impotente ad impedire fatti a cui dovrebbe assistere impassibile.

I recenti studi sulla istituzione del Ministero Pubblico fanno sperare, che non sarà lontana presso di noi una riforma che , immutando l'attuale stato di legislazione, e allontanandosi dagl'istituti francesi, ci riconduca alle patrie tradizioni (2) I limiti di questo studio non mi consentono dilungarmi di più su questo tema.

(2) Fabre *L'accusation pubblique chez les anciens peuples à Rome et dans le Droit francais.* Paris 1875.

La Francesca: *Del Pub. Minist. nell'ordine giudiziale.* Napoli 1880.

35. L'altra teorica, che si rannoda al principio dell' indipendenza della magistratura, è quella delle autorizzazioni pregiudiziali al giudizio penale:

Io mi sono già occupato nel capitolo 4.° dell' indole dell' autorizzazione a procedere contro i rappresentanti della nazione, e vedemmo com' essa fosse garentia di funzioni politiche. Ben altra è la natura dell' eccezione sospensiva dell'azione penale per l'autorizzazione sovrana a procedere contro taluni funzionari pubblici per fatti che si rapportano alle loro funzioni.

Qui non è più quistione di garentire il funzionario, ma si è temuto l' intervento e la censura del potere giudiziario nella sfera dell'amministrazione, e, mentre si consente l'istituzione, non si permette il giudizio di cognizione e la condanna.

« Se la prima di queste due garentie, osserva l' Haus su citato, « si giustifica con la « necessità di assicurare la indipendenza dal « potere legislativo, l' altra, che non è se non « un'invasione dell'amministrazione nel cam- « po della giustizia, non può conciliarsi con « lo spirito delle nostre costituzioni. E però

« è stata formalmente abrogata dalla nostra « costituzione, (art. 24), la quale dichiara non « esser necessaria nessun'autorizzazione pre- « liminare per procedersi contro i funzionarî « per fatti riguardanti l' amministrazione, » (§ 1086).

Quest' ostacolo alla libera azione del potere giudiziario non ha ragione di essere, ed attinge la sua origine alla diffidenza colla quale nell' antico regime e al principio di questo secolo la legislazione francese guardò ogni ingerenza della magistratura nell' amministrazione pubblica, nonchè all'art. 75 della costituzione dell'anno VIII. Di ciò dissi già al cap. precedente. Qui mi basti aggiungere, che di tali impacci non v' ha vestigia nella legislazione inglese ; che nella legislazione belga e in quella de' Paesi Bassi sparì da gran tempo. In questi l' obbligo dell' autorizzazione sovrana fu eliminato coll'arresto reale del 4 febbraio 1816. L' art. 24 della costituzione belga proclamò il principio: « Veruna autorizzazione preliminare è necessaria per procedere contro i funzionari pubblici per fatti di loro amministrazione salvo ciò che è stabilito riguardo ai ministri.» Ma anche la

Francia ha finito per rinnegare una teorica combattuta da tutti i pubblicisti moderni (1). In Italia tra le riforme proposte alla legge comunale e provinciale v' è ancor quella di togliere questa immunità ai funzionari pubblici, e non v' ha dubbio ch' essa sarà accolta con plauso da quanti nell'abolizione delle giurisdizioni speciali sul contenzioso amministrativo veggono rivendicata la pienezza e la indipendenza di giurisdizione del potere giudiziario.

L'istituto della sovrana autorizzazione pei funzionari pubblici è qualcosa , che eccede anche i confini dell'autorizzazione della Ca-

(1) Decreto del 19 settembre del 1870 — promulgato il 21.

« Il governo della Difesa nazionale

Decreta:

« 1.° L'articolo 75 della costituzione dell'anno VIII è abrogato.

« Sono egualmente abrogate tutte le altre disposizioni delle leggi generali o speciali, aventi per oggetto d'impedire i procedimenti diretti contro dei funzionari pubblici di qualsiasi ordine.

« 2.° Sarà ulteriormente stabilito sulle pene civili che si potranno infliggere, nell' interesse pubblico , contro i privati che avessero diretti procedimenti temerari contro i funzionari. »

mera pei suoi membri. Imperocchè il rifiuto di tale autorizzazione non costituisce se non una eccezione sospensiva allo esercizio dell'azion penale durante la legislatura; ma compiuta questa, l'azion penale ripiglia il suo corso. Il rifiuto invece dell'autorizzazione sovrana a procedere contro i funzionari pubblici per fatti di spettanza dell' amministrazione tronca il corso all'azione stessa , e in modo tale che si risolve in garentia d'impunità. Infatti l'art. 808 della nostra procedura penale dispone , che negata l' autorizzazione non si fa luogo a procedere.

Questa ch'è la conseguenza logica e necessaria dell'indole della sovrana autorizzazione n'è al tempo stesso la condanna. Imperocchè il potere esecutivo si fa giudice in suprema istanza della punibilità delle infranzioni giuridiche commesse dai suoi agenti , e col negare l'autorizzazione affranca dalla pena.

V'è un punto però, su cui fa d'uopo riconoscere per necessità politiche e giuridiche ad un tempo, che l'azione della giustizia penale dev'esser soffermata da una precedente autorizzazione e questo riguarda il procedimento contro i capi supremi della garentia governativa; ossia contro i Ministri.

Attribuita al Senato la conoscenza dei reati politici da essi commessi, pei reati comuni dovrebbe rimaner salda la giurisdizione ordinaria, sottoposta però alla necessità di un'autorizzazione a procedere, da concedersi dalla Camera dei deputati, anche quando il Ministro non vi appartenesse, perchè non fosse arrestato il corso del Governo (1).

Ma poichè i componenti del Gabinetto, per consuetudine parlamentare, o appartengono al Senato, o alla Camera elettiva, la quistione non ha molta importanza pratica.

36. Come garentia esterna d' indipendenza del potere giudiziario sta la inamovibilità della magistratura, e varie costituzioni di civili nazioni la proclamano espressamente, ma essa è stata variamente intesa ed attuata.

La *inamovibilità* de' magistrati non è un favore personale dato ad essi, ma è una garentia posta nell' interesse de' giudicabili.

Un pubblicista eminente ha detto, che l'inamovibilità degli uffici giudiziari costituisce principalmente le monarchie costituzionali. « Questo pensiero, scrive il Thonissen,

(1) Hans II. § 1086.

è giusto e profondo ad un tempo. Cosa diverrebbero le guarentigie costituzionali, le immunità e i diritti dei cittadini, se il potere esecutivo disponesse di un mezzo costante ed efficace d' influire sulle sentenze dei tribunali ? ; se potesse obbligare i giudici a mostrarsi compiacenti e timidi, mettendoli in tutti i momenti della carriera nella necessità di scegliere tra i doveri, e i vantaggi annessi alla loro carica? Tale sarebbe frattanto, principalmente nelle monarchie costituzionali, la condizione della magistratura, se la sua sorte fosse abbandonata alle esigenze, ai capricci, ai rancori dei partiti dominanti. L' inamovibilità dei giudici è una massima costituzionale, che non ha bisogno di essere dimostrata. » (1). E ricorda quello che fin dai suoi tempi scrivea Giovanni Bodin :

« Si l'état (du magistrat) est perpétuel, il s'assurera et commandera avec dignité ; il fera tête aux mèchants, il prêtera l' épaule aux gens de bien, il vengera les outrages des affligés, il résistera á la violence des tyrans, sans peur, sans crainte, sans frayeur

(1) Lec. cit. § 472 p. 311.

qu'on le dépouille de son état, s' il n'a forfait. » (1)

Quasi tutte le costituzioni moderne hanno affermato il diritto alla inamovibilità de' giudicanti con alcuni temperamenti. Così lo statuto italiano coll' articolo 69; la costituzione spagnuola, articolo 252; la costituzione belga, articolo 100; la Carta francese, articolo 49 (2).

(1) Bodin. *Les six Livres de la Répub.* t. IV. c. 4.

(2) Stat. ital. art. 69. « I giudici nominati dal Re ad eccezione di quelli di mandamento, sono inamovibili dopo tre anni di csercizio. » Const. Spagn. art. 252. I magistrati ed i giudici non potranno essere destituiti da' loro impieghi, sieno questi a termine o perpetui, se non per motivo legalmente provato e giudicato; nè potranno essere sospesi dalle loro funzioni, se non per accusa legalmente intentata ». Art. 853. « Nel caso che giungessero al Re querele contro di alcuni magistrati, e che dopo le dovute informazioni prese sull'oggetto, sembrassero quelle fondate, potrà, dopo di aver ascoltato il Consiglio di Stato, sospendere quel magistrato, rimettendo, senza ritardo alcuno, le informazioni prese al supremo tribunale di giustizia, onde giudichi sull' oggetto in conformità delle leggi ». Cost. Belg. art. 100. « I giudici sono nominati a vita. Nessun giudice può esser privato del suo posto, nè sospeso da una sentenza. La traslocazione d' un giudice non può aver luogo che per una nomina nuova e col suo consenso ». Art. 101. « Il Re nomina e rivoca gli ufficiali del ministero pubblico presso le

Ma non basta affermare il principio dell'inamovibilità, dirò in astratto. La inamovibilità può essere per le funzioni solo, e per le funzioni e per la sede ancora. Anche il solo tramutamento di sede, abbandonato all' arbitrio assoluto del ministro di giustizia, può renderlo arbitro della sorte de' magistrati. Vi sono inoltre le promozioni di categoria e di grado, le quali affidate al potere irrefrenato del ministro tolgono ogni valore alla inamovibilità. Lo Cherbuliez e il Favre fra gli altri hanno curato mostrare a che si riduca davvero il valore della inamovibilità.

Il primo di essi dice: « Si è fatto molto, rendendo i giudici inamovibili là dove sono nominati dal Corpo esecutivo, e dove l'ordinamento giudiziario stabilisce più gradi di giurisdizione? No, senza dubbio, imperocchè il corpo esecutivo, se non ha il mezzo di punire, ha quello di ricompensare. La promovibilità è tra le sue mani un mezzo d' influenza tanto efficace , e conseguentemente così pericoloso, quanto la inamovibilità, sopra tutto se si tratta

Corti e Tribunali. Cart. fr. art. 49. « I giudici nominati dal Re sono inamovibili. » Art. 54. « I giudici di pace , benchè nominati dal Re, non sono inamovibili ».

di una promovibilità arbitraria, che può di un semplice giudice di pace fare un presidente della Corte di Cassazione, val dire elevare un cittadino dal posto più umile de' *funzionarî* ad uno dei più eminenti (1).»

E il Favre: « L' inamovibilità non è che una lustra dal momento che il potere esecutivo è padrone della promozione, dal momento che si conservano ostinatamente gerarchie e categorie, che stabiliscono tra i magistrati distinzioni arbitrarie di grado e di assegno, distinzione tanto contrarie alla idea della giustizia che alla dignità dei suoi ministri, e che non si possono spiegare se non col disegno di porre nelle mani del sovrano (oggi l'esecutivo) una magistratura disordinata. » (2)

Ci vogliono dunque leggi che concretizzino il principio astratto della inamovibilità, determinandola non solo *ratione officii*, ma anche *ratione loci*, sottoponendo l'autorità del ministro a freni, che derivino da commissioni formate nel seno stesso della magistratura, e tanto per le traslocazioni di sede,

(1) *Thèorie des garanties constitut.* t. II. p. 224.

(2) Loc. cit. p. 35 V. Iusserandot. Cap. 3. p. 91 e seg.

quanto per la promozione di grado, perchè il passaggio di categorie dovrebb'essere determinato, siccome è in Italia e non in Francia, per l' anzianità di servizio.

In Inghilterra l' atto del 1878 regola così il principio della inamovibilità, che vi ha storia non breve (1). « Tutti i giudici dell'al-

(1) Scrive il Todd:

« Ogni giudice ha prestato giuramento di servire la regina e il popolo nei suoi svariati ufficii bene e fedelmente, e di amministrare ed eseguire la legge egualmente per tutti i sudditi della regina, ricco o povero, senza riguardo ad alcuna persona. Ma nel caso di un giudice che viola il suo giuramento o volontariamente o per ignoranza, la costituzione ha provveduto al rimedio e al modo di privarlo delle sue funzioni giudiziarie.

« Prima della rivoluzione del 1688 i giudici delle Corte superiori di regola tenevano il loro ufficio secondo il volere e beneplacito della Corona. In tal condizione di cose occorrevano spesso reclami per venalità, corruzioni o condotta oppressiva dei giudici e di arbitraria condotta nel tramutamento di giudici e connivenze nei procedimenti di giudici disonesti da parte della Corona, reclami che fecero sollevare serie proteste, e menarono a varî tentativi durante il 17° secolo per limitare la discrezione della Corona in riguardo alla nomina al Banco. Infine coll' atto di costituzione del 1700 fu previsto, che dopo l'assunzione della Casa di Annower al trono d'Inghilterra si sarebbero istituite commissioni giudiziarie, *quamdiu bene se gesserint*, e i loro stipendi sarebbero stati accertati e fis-

ta Corte di Giustizia e delle Corti di Appello occuperanno le loro cariche vita du-

sati. Ma su di un indirizzo di ambo le Camere del Parlamento sarebbe stato legale rimuoverle (12 e13 Will.III c.2)

Un passo rimaneva a dare per collocare i giudici in una condizione di completa indipendenza dal Sovrano, ed era quella di esentarli dalla regola applicabile ordinariamente a tutti i funzionarî pubblici, che le loro commissioni doveano cessare.

Gli è molto disputabile se questa regola potesse applicarsi ai giudici dopo la loro istituzione « durante *good behaviour*, pure si opinò essere opportuno mettere la cosa fuori ogni disputa. Conseguentemente, in uno dei primi atti Giorgio III, dopo la sua assunzione, al trono raccomandò al Parlamento di rimuovere questa limitazione. La raccomandazione fu accolta con un atto con cui si dichiarò che le commissioni giudiziarie sarebbero rimaste in vita malgrado la dimissione della Corona. » Provveduto sempre esser legittimo per la Maestà e suoi eredi etc. di rimuovere un giudice o giudici su di un indirizzo di tutte e due le Camere del Parlamento, si provvide pure a ciò le spese di mantenimento che si accordavano con atti del Parlamento gravassero permanentemente sulla lista civile (1 Giorg. III. c. 23). E per varii Statuti successivi gli stipendi della Magistratura sono pagati dal fondo consolidato che li sottrae alle incertezze dei voti annuali nel Comitato of Supply ».

« Fin dal Regno di Eduardo III si dichiarò illegale ogni ingerenza della Corona nel corso della giustizia.

È un principio di diritto che non può esservi azione contro un giudice di corte superiore per un atto giudi-

rante. Sarà in potere di Sua Maestà di rimuoverli soltanto sopra domanda delle due Camere del Parlamento. Nessun giudice delle alte Corti potrà essere eletto membro della Camera dei Comuni. Ogni giudice di dette Corti, ad esclusione del Lord Cancelliere, quando entrerà in possesso della sua carica, presterà in presenza del Lord Cancelliere il giuramento di fedeltà e il giuramento giudiziario, secondo è prescritto dall' atto del 1868 » (1).

ziario, finchè non si alleghi essersi commesso maliziosamente o per corruzione. (a) E l'usanza costituzionale vieta all'una e all'altra Camera del Parlamento d'intrattenersi su quistioni, che spettano alla conoscenza di una Corte di legge; o d'istituire investigazioni sulla condotta del potere giudiziario, eccetto negli estremi casi di una grave irregolarità di condotta (misconduct), o pervertimento della legge, che può richiedere la interposizione del Parlamento per ottenere la rimozione di un giudice corrotto o incompetente (b).

(1) Il Fischel ricorda, che il magistato inglese presta giuramento:

« Di dire il vero senza riguardi a persone e non rifiutare il giusto a nessuno quando anche il Re o altri dovesse comandare espressamente anche il contrario »

(a) Rapporto della Commissione di giuramento, 1767 p. 43, 45.

(b) « *Boom* Constit. Law. 763, 772. Eccetto per rifiuto di *Writ of Hab. corpus* per l'atto 31 Carl II. C. 2. s. 7 o per rifiuto di un Bill of Exception. Harn. 137.

Il Todd ricorda le parole, che Eduardo Burke rivolgeva alla Camera dei Comuni. Egli diceva: « Noi dobbiamo, in caso di un reclamo, somministrare un rimedio; è nella nostra scelta rimuovere un giudice, ove serbi condotta irregolare, con un nostro indirizzo; procurare la distruzione di un giudice corrotto con un'accusa dinanzi ai Pari; di affermare, esplicare, rinvigorire o riformare la legge, secondo che la necessità del caso ci consiglierà » (1).

E questa, dice il Todd, non è funzione assolutamente giudiziaria, imperocchè si esplica anche quando la cattiva condotta del giudice non costituisce reato.

Il Parlamento ha usato adoperare diverse misure, secondo la diversità della mancanza commessa dai giudici.

Ma a garentia della indipendenza e dignità della magistratura si è gelosamente mantenuto il diritto nel giudice di difendersi alla

Il *chief justice* aggiunge al suo giuramento « che nel caso gli pervenissero rescritti contrarî alla legge, li denunzierebbe al Re, e malgrado essi rescritti, continuerebbe a preferire il giusto ». *Cost. ing.* I. p. 299.

(1) Burke. *Discorsi.* V. 1 p. 10.

sbarra, allegando le prove a sua discolpa, e si è ritenuto illegale qualunque procedimento non iniziato originariamente nella Camera dei Comuni, a cui solo spetta l'azione accusatrice, senza della quale la Camera alta non può spiegare la sua giurisdizione di merito. (1)

La storia costituzionale inglese dimostra da ultimo con quanta circospezione il Parlamento avesse usato procedere in queste sue alte funzioni verso la magistratura rattenuto dalle opinioni dei più eminenti statisti.

Lord Russel nel caso di Lord Abinger (21 febbraio 1843), ch'era accusato di avere in-

(1) Lord Grenville nell' affare Fox (1806) attaccò tutto il procedimento, perchè erasi originato nella Camera dei Lords. Egli sostenne, dicendo che per la conservazione dei proprii privilegi, nessun accusa criminale può essere prestata originariamente alla Camera alta ma dev'esser introdotto per iniziativa della Camera dei Comuni, ch'è il grande accusatore del Parlamento, e a cui solo spetta tradurre dinanzi a quella gl' incolpati; ed anche perchè la Camera dei Lords per le sue attribuzioni giudiziarie potrebbe esser investita per via ordinaria dalla stessa accusa e si troverebbe già pregiudicata. Il Grenville formulò all' uopo una mozione, che fu accettata, e il procedimento contro Fox non ebbe più seguito.

dirizzati discorsi politici al grande e piccolo giurì, pur deplorando il fatto, non esitò a dire: ch' egli riguardava l' indipendenza dei giudici esser così sacra, che nulla al di fuori di una imperiosa necessità dovea indurre la Camera ad adottare un procedimento, il quale potesse riuscire ad indebolire la loro posizione, o menomare la loro autorità.

F. Graham, riconoscendo la competenza della Camera, disse però, che si serviva la causa stessa della giustizia difendendo i giudici del paese, fin quando non si era convinto che la loro condotta era stata corrotta e i loro motivi disonesti.

La legge fondamentale della Danimarca votata nel Risgrand nel 7 novembre 1865 e sancita il 28 Giugno 1866, dispone: Art. 73: « I giudici nell'esercizio delle funzioni debbono regolarsi secondo la legge ».

« Non possono essere rivocati che in forza di una sentenza giudiziaria, e non possono essere tramutati loro malgrado, eccetto il caso di un riordinamento di tribunali».

« Nonpertanto il giudice che ha 65 anni compiti può ricevere la sua dimissione conservando il suo stipendio. »

« La legge fondamentale di Svezia e Norvegia adottata dall' assemblea del regno a' 17 maggio 1814, dopo l'unione dei regni di Svezia e Norvegia accettata il 14 novembre 1814, dichiarò : Art. 22 : « Il governo generale del regno , i ministri di Stato ed i funzionarî impiegati di questi uffizii , gl' inviati ed i Consoli, le autorità superiori civili ed ecclesiastiche ed i capi dei reggimenti e d'altri corpi potranno , senza giudizio preventivo, essere destituiti dal Re dopo l'avviso del Consiglio. Lo Sthorting seguente deciderà se vi è luogo ad ammettere a pensione i funzionarii ed impiegati così destituiti ».

« Gli altri funzionarii ed impiegati potranno solo essere sospesi dal Re, e verranno allora subito tradotti innanzi i tribunali; ma non potranno essere destituiti che dopo un giudizio, nè essere tramutati contro propria volontà.

La legge sull' Ordinamento giudiziario per lo Impero Germanico, pubblicata il 27 gennaio 1877, andata in vigore il 1 ottobre 1879, statuisce.

« § 1.° Il potere giudiziario è esercitato dai tribunali indipendenti ed è soggetto soltanto alla legge.

« § 2.° I giudici non possono senza loro consenso essere rimossi per sempre o per un dato tempo dal loro ufficio, tramutati in un altra sede o posti in quiescenza se non in forza di una decisione giudiziaria e con le condizioni e formalità stabilite dalla legge. Questa disposizione non è applicabile alla dispensa provvisoria dall'ufficio, che ha luogo in forza di legge.

« § 3.° L'amministrazione locale della giustizia può disporre tramutamenti senza il consenso dei giudici da uno ad un' altro tribunale, e sospensioni dell'ufficio conservandosi però l'intero stipendio, e ciò in seguito a modificazioni che fossero introdotte nell' organico dei tribunali e delle giurisdizioni.

« § 4.° Non può precludersi la via giudiziaria al magistrato , che intenda far valere i suoi diritti patrimoniali derivanti da rapporti di servizio, specialmente a motivo di stipendio, d'aspettativa o di pensione.

La legge fondamentale dello Stato Austro-Ungarico del 21 decembre 1867 ha la seguente disposizione:

« Art. 6: « I giudici sono autonomi ed indipendenti. Essi non possono essere destituiti

dal loro impiego, salvo nei casi preveduti dalle leggi ed in base ad una formale decisione giudiziaria: la loro sospensione dall'impiego non può seguire che per ordine del capo del giudizio, oppure dell' autorità giudiziaria superiore, deferendo contemporaneamente la cosa al giudizio competente, nè possono essere tramutati ad altro posto o collocati a riposo contro il loro volere, fuorchè in base d'una risoluzione giudiziaria, in casi previsti dalla legge e secondo le forme in esse prescritte.

« Questa disposizione non è applicabile ai tramutamenti a riposo *renduti indispensabili* dai cangiamenti arrecati all'ordinamento dei tribunali.

Fa seguito alla prima, la legge dei 21 maggio 1868.

§ 43: « Il tramutamento di un giudice dal luogo di residenza di uffizio, pel quale è stato nominato, in un altro non può essere disposto contro il suo volere, fuori del caso in cui sia reso necessario per immutazioni nell'ordinamento dei tribunali, se non per decisione del competente tribunale disciplinare, sentito il procuratore generale, e qualo-

ra la permanenza del giudice nella sua residenza di uffizio possa riuscire pregiudizievole all'amministrazione della giustizia ».

§. 44; «Quando tra due giudici facienti parte dello stesso tribunale intercede un vincolo di affinità, che se fosse preesistito, sarebbe stato di ostacolo alla destituzione di uno di essi in quel tribunale, sarà soggetto al tramutamento colui, il cui matrimonio ha creato il legame di affinità. »

§ 45: « Il tribunale disciplinare deve prima della risoluzione comunicare al giudice i motivi che impongono il suo tramutamento di sede, e invitarlo a fornire tra 14 giorni le sue osservazioni scritte su di esse. »

Elasso questo termine, il tribunale disciplinare emette senz'altro la sua risoluzione.

§ 46: « Contro queste decisioni del Senato disciplinare, del tribunale superiore, compete, tanto al procuratore generale, quanto al giudice, ricorso al Senato disciplinare della Corte Suprema e di Cassazione, da interporsi fra 8 giorni. »

§ 47: « Il tramutamento forzato può aver luogo solo in un'altra sede con lo stesso grado, senza diminuzione di assegno. »

« Ove il giudice da tramutare non abbia dato luogo al suo trasferimento per la causa espressa nel § 46, devono essere a lui attribuite le spese normali di alloggio ».

§ 49: « L'applicazione temporanea dei funzionarii giudiziarii fuori della loro sede per supplenza o aiuto vien fatto con un corrispondente indennizzo legale ».

«Una tale applicazione temporanea del funzionario non è però consentita, se non nella circoscrizione del tribunale superiore, a cui appartiene, e per tempo non eccedente i 6 mesi.

La legge spagnuola, 11 settembre 1870, dispone.

Art. 222: «L'inamovibilità giudiziaria consiste nel diritto che tengono i magistrati e giudici di non essere destituiti, sospesi, trasferiti e giubilati, se non per alcuna delle cause espresse in questo titolo.

Art. 234: « I giudici di nomina regia, e i magistrati di udienza (Corti di Appello), ad eccezione di quelli di Madrid saranno necessariamente traslocati.

1.° Quando hanno risieduto per otto anni nel medesimo luogo;

2.° quando o essi o la moglie o gli ascendenti o discendenti o i collaterali sino al quarto grado hanno acquistato immobili nella giurisdizione;

3.° quando nello stesso tribunale e udienze vi sieno due parenti nel quarto grado o affini nel secondo;

4.° nei casi espressi nell' art. 230 , cioè quando sposassero una donna nata o stabilita nel paese, che vi possegga immobili.

Art:« 235. I giudici di tribunali e magistrati di udienze possono essere traslocati ;

1.° per gravi dissidii con i compagni;

2.° quando le camere di governo e solo di udienze (commissioni giudiziarie) lo propongono per i giudici di tribunale e quelle del tribunale superiore per i magistrati di udienze;

3.° quando circostanze di altro genere e considerazioni di ordine pubblico molto gravi lo esigono.

«Art. 337. La traslocazione si farà sempre inteso il Consiglio di Stato. »

La Carta costituzionale del Portogallo del 27 aprile 1826 dispone:

« Art. 118. Il potere giudiziario è indipen-

dente, e sarà esercitato da giudici e giurati in materia civile e criminale nei casi e secondo le forme, che i codici determinano.

«Art. 120. I giudici di diritto sono inamovibili, il che tuttavia non implica che non possono essere tramutati pel tempo e secondo i casi fissati dalle leggi ».

Torna molto delicata la quistione di sapere se il principio della inamovibilità possa patire eccezione con la determinazione di un limite di età, oltre il quale il magistrato non possa rimanere in ufficio. La nostra legge sull' ordinamento giudiziario fissa l' età di anni 75, come termine alla carriera giudiziaria, oltre i casi d' infermità fisica od intellettuale (articoli 202, 203). Nel Belgio, malgrado che la costituzione stabilisca che l' ufficio di magistrato è a vita, pure con la legge del 25 luglio 1867 si fissò come limite della carriera l' età di anni 72 pei giudici di tribunale, di 75 pei Consiglieri di Corte di Appello e di Cassazione. Ciò, dopo vari progetti non accolti per lo innanzi nelle assemblee legislative. In Francia il limite di età fu eguagliato con recente legge per tutti i magistrati a 75 anni. In Austria, pel regola-

mento del 1868, un tribunale disciplinare di magistrati pronuncia il collocamento a riposo per incapacità. Nel 1873 fu votato per iniziativa parlamentare un progetto di legge, che metteva a riposo i magistrati all' età di anni 70; ma il progetto fu respinto dalla Camera de' Signori. A me non è dato entrare in particolari, ma mi limito ad enunciare il principio, che la inamovibilità sancita dalle costituzioni politiche non può avere un valore serio se non è concretizzata con leggi, che, disciplinando l' azione del potere esecutivo, senza togliergli quella libertà ch' è condizione della sua responsabilità, la mettano in armonia con le altre istituzioni, che tengono alla nomina, alle promozioni, ai tramutamenti ed ai collocamenti a riposo dei magistrati (1).

37. Altra condizione interna di ordinamento del potere giudiziario si è questa, che la giu-

(1) Sulle quistioni sollevate in Italia intorno alla inamovibilità della magistratura si può consultare lo studio del Senatore MIRABELLI, primo presidente della Corte di Cassazione di Napoli, che ne ha scritto con larga erudizione e molto senso giuridico e pratico (*La inamovibilità della magistratura nel Regno d' Italia*, 2.ª Ediz. corretta ed accresciuta, Napoli 1880).

stizia, tanto penale quanto civile, dev' essere accessibile a tutti, senza distinzione nè di classi nè di confessioni religiose, e che devono esser bandite anche le restrizioni imposte agli stranieri colle istituzioni delle cauzioni dette, *iudicatum solvi*, ed altri simili limitazioni.

A questo principio si collega strettamente l' altro del diritto di tutti i cittadini di non essere distratti dai giudici ordinarii, e del conseguente divieto delle *giurisdizioni eccezionali*. Appena fu scosso il giogo de' governi assoluti, il primo grido fu quello di condanna delle giurisdizioni eccezionali. Nei quaderni degli stati generali di Francia è dipinto al vivo lo stato deplorevolissimo della giustizia creato da quella immensa confusione di giurisdizioni speciali per materia o per ragione di persone, che rendevano molte volte assolutamente incerto il giudice, cui spettava la causa. Più funesta ancora era la condizione dei cittadini pe' tribunali eccezionali istituiti o per delitti politici o per turbolenze pubbliche. Col giudice eccezionale si creava la pena e il procedimento speciale. Onde mancata la ~~pena~~ legge e il procedimento ordinario, la vita, la libertà e la proprietà dei cittadini non

aveano più garentia alcuna contro le tirannie del governo.

« I tribunali eccezionali, dice il Thonissen, hanno acquistata una triste celebrità negli annali del mondo moderno. Essi compaiono per la prima volta su vasta scala nella rivoluzione d'Inghilterra. Dopo di esser serviti ai progetti dei ministri di Carlo 1.°, divennero in prosieguo nelle mani di Cromwell, strumenti di reazione e di vendetta contro i realisti. Dopo la restaurazione degli Stuarts, si trovano, sotto Giacomo II.° a funzionare e servire contro gli avversarii reali o presunti della monarchia.

Da ultimo, per coronare la loro opera, ricompaiono, con tutti gli abusi e sventure che si trascinano costantemente dietro di loro, in tutte le fasi della rivoluzione francese, dopo la convenzione, fino alla caduta dello impero » (1).

In tutte le costituzioni moderne troviamo quindi proclamato il principio, che niuno può esser sottratto ai giudici naturali e che è assolutamente vietato l' istituzione di tribunali straordinari. È questa la formola moderna

(1) *La Const. belg.*, § 405

surrogata all'antica del medio evo germanico, nel quale le relazioni di ceto aveano tanto valore da far prevalere il principio, che: *Ognuno dev'esser giudicato dai suoi pari* (1). Dichiarata la eguaglianza di tutti i cittadini dinanzi alle leggi, il solo principio conforme allo stato politico moderno era quello della identità dei giudici per tutti i cittadini, e il divieto di leggi, di tribunali e di procedure eccezionali. E questo principio è affermato dall'art. 71 del nostro Statuto, e da tutte le costituzioni politiche moderne (2).

(1) *Magna Carta Inglese* del 1215: « Comites et barones non amercientur nisi per pares suos ». MARNIER, *Etablis, et coutumes de Normandie*: Chacun doit ètre jugiez par ses pers » (p. 22). V. BLUNTSCHLI, II, c. L., VIII.

(2) Art. 71 Stat. It: « Niuno puó esser distratto dai suoi giudici naturali. — Non potranno per ciò esser creati tribunali e commissioni straordinarie ».

Cost. Nap. del 1848. Art. 83: « Non potranno mai crearsi dei tribunali straordinarii sotto qualunque denominazione. Con ciò non s'intende derogare allo Statuto penale militare e regolamenti in vigore tanto per l'esercito di terra come per l'armata di mare ».

Carta francese, Art. 54; « Non potranno esser create commissioni, e tribunali straordinarii sotto qualunque « titolo o denominazione che sia ».

Cost. Belga, art. 94. « Nessun tribunale, nessuna giurisdizione contenziosa può esser stabilita che in virtù

Un'altra condizione di ordinamento, che si attiene alla pienezza di attribuzioni del potere giudiziario, si è questa, ch'esso non deve negar giustizia sotto pretesto di oscurità o incompiutezza della legge (1), e che non è ammesso in caso di conflitto di opinioni dei giudicanti il così detto, *Dubbio di legge,* e il ricorso al potere legislativo per la interpetrazione autentica. Emessa la legge, il magistrato deve applicarla, e deve da sè trovare

d'una legge. Non possono esser creati commissioni, o tribunali straordinari sotto qualunque denominazione si sia ».

Cost. Sp. art. 247: « Niuno Spagnuolo potrà esser giudicato in causa civile o criminale da alcuna commissione particolare , ma dovrà esserlo dal tribunale competente fissato antecedentemente dalla Legge ».

L' art. 195 della legge organica napoletana disponeva: « Tutti, senza distinzione o privilegio di persona, saranno sottoposti alle medesime giurisdizioni, ed alle stesse forme di giudizi , salvo ciò ch'è disposto dalle leggi per lo contenzioso amministrativo, e per la repressione de' delitti militari ».

(1) Art. 3 capov. Dispos. generali premesse al codice civile italiano: « Qualora una controversia non si possa « decidere con una precisa disposizione di legge, si avrà « riguardo alle disposizioni, che regolano casi simili o « materie analoghe: ove il caso rimanga tuttora dubbio « si deciderà secondo i principii generali di diritto»

la soluzione del conflitto, che fosse surto nella decisione del caso controverso, perocchè al potere legislativo spetta dettar le norme generali, ma è còmpito esclusivo del potere giudiziario regolare il rapporto giuridico individuale secondo la legge preesistente e non secondo interpetrazioni, che verrebbero occasionate dalle dispute forensi. La vita del diritto è la giurisprudenza. Nella lotta delle opinioni si forma e si purifica la coscienza giuridica del popolo, e se il potere giudiziario illuminando i legislatori deve spianar la via alla riforma legislativa, non deve mai arrestarsi per invocare ad ogni passo una dichiarazione, che potrebb' essere una nuova legge, che colpirebbe rapporti già nati. Spetterà alle Corti Supreme ne' modi segnati dalle leggi, che ne regolano la costituzione e i poteri, il dirimere i conflitti d'interpetrazione della legge nel modo più razionale, e così il potere giudiziario troverà nel suo seno stesso la via per uscire dai dubbi che lo travagliano (1).

(1) Nell' art. 200 della legge organica napoletana era detto: I giudici non potranno ricusarsi di giudicare nelle « materie civili sotto pretesto di silenzio, di oscurità o

Altra deduzione dei principii su stabiliti, e che si attiene ancora alla indipendenza e sovranità della magistratura, si è questa, che non dev'esser riconosciuto alcun potere estraneo ad essa, che possa o refrenarne i traviamenti e gli eccessi di potere, o richiamarla alla osservanza della legge, o rivocarne per via di censura i giudicati. A questo principio si rannodano in molte legislazioni, come nella nostra, gl'istituti della cassazione e della revisione.

Quando la magistratura era considerata come un potere delegato dal Principe, cui spettava in supremo grado decidere delle contese e dei colpevoli, era il Principe, che ne refrenava i traviamenti e ne emendava i pronunziati, disapprovando l'abuso della giustizia da lui *delegata*.

A lui si ricorreva da chiunque si fosse cre-

« insufficienza della legge e nelle materie criminali, cor-
« rezionali e di semplice polizia, essi non potranno pro-
« nunziare altre pene all'infuori di quelle determinate
« dalle leggi, e ne' soli casi dalle medesime stabilite ».

L'art. 3 del Cod. civ. francese è più aspro. Esso detta : « Se un giudice ricuserà di giudicare sotto pretesto
« di silenzio, oscurità o difetto della legge, si potrà agi-
« re contro di lui, come colpevole di denegata giustizia ».

duto leso o per violazione della legge o per ingiusta valutazione del proprio diritto. Di qui i reclami al principe, *le avocazioni,* e le sentenze, *quae sine appellatione rescinduntur:* istituzioni tutte, che, mentre costituivano il potere giudiziario in permanente stato di soggezione verso il Principe, toglievano ogni virtù d'irrevocabilità ai giudicati.

Coi nuovi ordinamenti giudiziarî inaugurati dalla rivoluzione francese surse il bisogno di costituire nel seno stesso del potere giudiziario un Magistrato supremo, che fosse posto alla custodia delle leggi, vegliandone la sapiente intelligenza e la esatta applicazione, e per ciò stesso fosse stato custode fedele dei limiti delle rispettive competenze dei varii poteri dello Stato.

Il primo pensiero informatore di questa magistratura fu un pensiero politico, quello cioè di creare un potere, che, stando tra il potere legislativo e il giudiziario, avesse impedite le usurpazioni di questo nel campo dell' altro. Era viva la preoccupazione, che non si fossero rinnovate le esorbitanze dei Parlamenti, di cui era recente il ricordo; e però le prime forme, colle quali si volea costituita la

Corte di Cassazione, furono più politiche che giudiziarie. Ma al fine prevalse una organizzazione più conforme all' indole del potere giudiziario. L'istituto della Corte di Cassazione, con lievi modificazioni in Italia e nel Belgio, con più profonde in Germania e in Austria, rappresenta quel punto supremo della piramide giudiziaria, a cui vanno in ultimo grado tutte le sentenze emesse dai giudici del merito. La Corte di Cassazione adempie al mandato di mantener rispettata la legge e i confini dei varii poteri dello Stato, col regolare le competenze, risolvere i conflitti di giurisdizione, annullare, non pure nell' interesse delle parti, che in quello della legge, ogni atto o sentenza, che pecchi per incompetenza od eccesso di potere.

E siccome è giudice sovrano di tutte le sentenze, è sotto la sua alta tutela, che il potere giudiziario concede o ricusa la sanzione giuridica agli atti del potere politico od amministrativo, e ammette o rifiuta l'azione di rivalsa dei danni cagionati da questi atti. Ciò facendo la Corte Suprema non cangia natura, nè assume forme d'istituto politico, come a taluna è parso, dicendo che

si trovasse così posta tra il potere legislativo ed il potere giudiziario. Ella non fa che rappresentare la coscienza riflessa del potere giudiziario stesso, il quale in quel supremo grado di giudizio dà la intelligenza; che si conviene alla legge, ne tutela il rispetto, mantiene fermi i confini delle varie giurisdizioni e difende il diritto individuale contro gli atti del potere politico o amministrativo, negando colla sua forza d'inerzia esecuzione a dettami, che non hanno virtù di legge, o, aprendo l'adito alle riparazioni civili nei casi singoli e non per via di regolamenti generali, garentisce il diritto individuale, dagli atti di qualunque autorità emessi *vel extra, vel supra, vel contra iurisdictionis, aut auctoritatis suae ordinem.* E però la Corte Suprema è parte integrante ed esclusiva del potere giudiziario, e mantenendo saldi i confini della propria competenza e infrenando gli altri poteri, consegue quella piena autonomia, ch'è garentia della tutela dei diritti privati. Scrisse il Bivort:

« Lo scopo della legge, negli organamenti dei tribunali, è di ottenere un'esatta giustizia.

« Ma il giudice può eccedere i suoi poteri

sorpassando i limiti dell'autorità giudiziaria usurpando il dominio di un altro potere ; egli può abusare del suo potere violando la legge; può negligere le forme, che la legge gl'impone di osservare per dare alle sue decisioni il carattere di un vero giudizio. Il corso della giustizia può essere intralciato per la difficoltà di stabilire il giudice cui un affare debba essere rinviato. Per tutti questi casi vi dev' essere un' autorità superiore, che giudica il giudizio stesso e il potere dei giudici, piuttosto che decidere la controversia. Quest'autorità dev'essere unica, la legge non può avere che un solo senso nell' intenzione del legislatore , gli altri significati che le si vogliono attribuire sono assolutamente falsi; se vi fossero più autorità destinate a conoscere della violazione della legge , potrebbe esser interpetrata in diversi sensi, e la giureprudenza non potrebbe essere condotta ad un punto di uniformità, che è uno dei più belli concepimenti dello spirito umano » (1).

Da questi principii stessi promana l'altra conseguenza, che, costituito il giudicato, non

(1) *La Const. belg.*, p. 47. Confr. THONISSEN. p. 283.

vi è nè reclamo al principe, nè avocazione, che possa scuoterne l'autorità. — Le leggi di rito penale e quelle di rito civile pongono le condizioni e le modalità, con cui si può ottenere la rivocazione del giudicato. Non è opportuno addentrarmi nei particolari di questo tema (1). Solo occorreva rilevare qui, che è dato esclusivamente al potere giudiziario la potestà di revocare i propri giudicati e che tale diritto non è ultima garentia della sua indipendenza di azione ».

(1) V. il mio studio: *Della Revisione dei giudicati penali.* Napoli 1878.

CAPITOLO VIII.

Condizioni costituzionali di svolgimento delle funzioni giudiziarie.

38. Ho discorso sinora delle condizioni essenziali all'ordinamento del potere giudiziario. Mi rimane a dire delle condizioni fondamentali, secondo le quali, pei principî del moderno diritto pubblico e in ispecie del nostro, dev'esser governato lo esercizio della potestà giudiziaria.

Le norme fondamentali, che devono regolare i giudizi, possono ridursi a queste: *pubblicità — oralità — libera difesa — motivazione delle sentenze*. Le leggi, che regolano il procedimento giudiziario tengono al diritto pubblico, perocchè se il rendere giustizia è funzione giudiziaria, le norme che disciplinano questa funzione debbono esser in armonia colla costituzione politica dello Stato.

La pubblicità ed oralità dei giudizi è conquista delle moderne libertà sui procedimenti inquisitoriali. Il render giustizia dinanzi al popolo e non su mute carte, è chiamare la

coscienza pubblica giudice dei pronunziati del magistrato, e sanzionar la teorica dell' intimo convincimento morale. I pubblici giudizii sono scuole per le masse, ne educano il senso morale e giuridico e sono condizioni indispensabili per la esistenza delle giurisdizioni popolari (1). L'art. 72 del nostro Statuto ferma l'obbligo della pubblicità dei giudizi (2).

(1) Bluntschli — C. 2 Lib. VIII.

(2) V. poi art. 268 Pr. pen e 52 Pr. civ. nella Costituzione americana. Nella Carta francese l' art. 55 dettava: « Le discussioni saranno pubbliche in materia cri-
« minale a meno che questa pubblicità non sia pericolosa
« per l' ordine e pe' costumi, ed in tal caso il tribunale
« lo dichiara con una sentenza ».

Cost. Bel. Art. 96. « Le udienze dei tribunali sono pub-
« bliche ammenocchè questa pubblicità non sia perico-
« losa per l' ordine o i costumi, ed in tal caso il tribu-
« nale, lo dichiara con una sentenza. In materia di delitti
« politici e di stampa la discussione a porte chiuse non
« pnò essere pronunziata che all' unanimità ».

Cost. napolit. del 1848, art. 84. « Le udienze dei tri-
« bunali sono pubbliche. Quando un tribunale crede che la pubblicità possa offendere i buoni costumi, deve dichiararlo in apposita sentenza e questa debbe essere profferita ad unanimità in materia di reati politici e di abusi di stampa ».

Cost. Olandese § 155. « Le sedute delle Corti giudiziarie sono pubbliche con riserva di sedute o porte chiuse

« La pubblicità delle udienze e dei dibattimenti giudiziarii, insegna il Macarel; non è meno necessaria dell'indipendenza della magistratura; essa è anche un mezzo per garentirla. Questa pubblicità in tutti i casi è il primo e più alto mezzo di garentia per l'imparzialità dei giudizii, per l' integrità e la capacità dei giudici. In generale il mezzo più certo di corregere colui, che trascuri i suoi doveri, è quello di metterlo continuamente di fronte a coloro i quali hanno il più grande interesse di nascondere la sua fortuna.

« La presenza del pubblico è un freno che poche persone osano rompere. La pubblicità è il rimedio più naturale e nello stesso tempo il più efficace per assicurare la subordinazione dell'ordine giudiziario alla legge ed a tutte le disposizioni che essa contiene: rattiene i giudici nei loro doveri per la forza medesima delle cose, e senza alcuna ingiun-

nell' interesse dell' ordine pubblico e della moralità, da stabilirsi secondo la legge ».

Cost. prussiana § 93. « I dibattimenti innanzi ai giudici costituiti in materia civile e penale debbono essere pubbliche. La pubblicità tuttavia può essere esclusa per una decisione pubblica e motivata del giudice quando essa esponga a pericolo l' ordine o i buoni costumi ».

zione, che li degradi agli occhi della nazione ; essa sottomette i Tribunali ad una censura perpetua, imparziale e severa, senza esortazione individuale ; essa è il loro censore incorruttibile di cui l' occhio è sempre attaccato sopra l'esercizio delle loro funzioni.

« È sopra tutto negli affari criminali che dev'essere reclamata la pubblicità dei dibattimenti. In effetti, qual motivo di sicurezza non trova l' innocente in questa pubblicità ? Qual garenzia più sicura che l'intrigo la calunnia non prevarranno giammai sull' innocenza?

« Non si arrestano qui i vantaggi della pubblicità. Essa esercita una immensa influenza sopra i testimoni e gli spettatori medesimi.

« Ma questa pubblicità non sarà che un nome vano se si limita alla formalità di aprire le porte della Camera, ove siede il tribunale, e ad udire il rapporto del giudice o la sentenza del tribunale.

« Perchè essa sia efficace, bisogna non solamente che il pubblico sia ammesso nel luogo delle sedute del tribunale ; ma dev' essere in sua presenza fatta tutta l'istruzione, che mira ad informare i giudici del vero stato della causa, le operazioni preliminari le isti-

tuzioni gl'interrogatori le difese, in fine tutto ciò che può mettere in chiaro il Tribunale dev'essere fatto pubblicamente, e in modo che tutti ne possano prendere conoscenza ; in modo che l' individuo che si è dato la pena di seguire un piato possa giudicare egli stesso ed apprezzare la condotta dei magistrati.

« Questa pubblicità comunque buonissima in sè stessa potrà qualche volta divenire causa di un male.

« Bisogna per rispetto all' onestà, alla decenza ad altre considerazioni gravi, che il giudice abbia la facoltà di ordinare, che l' istruzione sia fatta a porte chiuse vale a dire in assenza del pubblico.

« Ciò dev'essere lasciato alla prudenza del giudice; ma che le porte chiuse non siano che un eccezione alla regola generale. Tali sono i vantaggi, le condizioni e i limiti di una vera pubblicità. (1)

Inoltre non vi può esser giudizio senza *libera difesa* o *contraddizione dell'accusa*, o *della domanda*. Il privato litigante o l' accusato a cui fosse tolta la difesa , non ve-

(1) Macarel *Élem de Droit pub.* p. 95 e seg.

drebbe più nel giudice l'organo di una giustizia, che sta al di fuori e al di sopra delle private passioni e dei privati interessi, ma ne subirebbe il pronunziato come un atto di violenza del più forte. Vedemmo già come le nostre leggi della legalità di citazione e di rappresentanza abbiano fatta una condizione necessaria alla esecuzione dei giudicati stranieri, perocchè si è ritenuto, che una sentenza emessa senza difesa, non sia vera opera di potere giudiziario, e ripugnerebbe alla coscienza giuridica del nostro popolo il prestar mano alla sua esecuzione.

« Vi ha nelle forme, dice il Costant, qual-
« che cosa d'imponente, e di stabile che for-
« za i giudici a rispettare loro stessi, ed a
« seguire una via equa e regolare; la orri-
« bile legge, che sotto Robespierre dichia-
« rò le pruove superflue, e tolse i difensori,
« è un omaggio reso alle forme. Questa leg-
« ge dimostra che le forme, modificate, mu-
« tilate, e torturate in ogni maniera dallo
« spirito delle fazioni, tenevano ancora in
« freno degli uomini scelti attentamente in-
« mezzo a tutto il popolo francese, privo af-
« fatto di ogni scrupolo di coscienza, e di
« ogni rispetto per la opinione ».

Coronamento di questo sistema è l'obbligo nella magistratura di dar le ragioni del decidere. La motivazione delle sentenze eleva il fatto del magistrato a pronunziato ragionevole della coscienza sociale, e rimuove il sospetto che fosse opera di privata passione o di arbitrio individuale. Quest' obbligo in alcune legislazioni è fermato colla legge fondamentale sull' ordinamento giudiziario, perchè tiene alla sua essenza (1). Ma comunque sanzionato, non cessa di essere condizione costitutiva della forma di giudicare.

Una sola osservazione mi rimane a fare

(1) L' art. 97 della *Costituzione belgica* sanziona il dovere della motivazione e della pubblicazione delle sentenze all' udienza.

La *Costituzione olandese* al § 155. « Tutte le sentenze « giudiziarie debbono contenere i motivi su cui si fon- « dano, e in caso di pena gli articoli della legge, giusta « i quali si è sentenziato, ed essere lette a porte aperte ».

La *Costituz. bavarese* VIII al § 2. « Tutti gli ordini « giudiziarii sono tenuti ad aggiungere alle loro sentenze « i motivi della decisione ».

L' art. 219 della legge organica napoletana fermava il principio, che tutte le sentenze doveano essere motivate in fatto ed in diritto. Questo principio è sanzionato in Italia dall' art. 323 della Proc. penale e 360 della Proc. civile.

sulle cose svolte brevemente in questo capo circa le forme di esplicazione delle funzioni giudiziarie, che in certo modo è comune ad alcune delle materie toccate nel precedente capitolo.

Varii principii risguardanti l'ordinamento del Potere giudiziario e delle condizioni, e forme sotto le quali si devono esplicare le sue funzioni non trovano più una esplicita dichiarazione nelle costituzioni moderne. La ragione è facile a cogliere. Essi sono penetrati in tutta la legislazione particolare, sono talmente connaturati coll' indole dello Stato moderno, ancor quando non fosse retto a forme libere, che sono la base di qualunque codificazione civile. Proclamati o no nelle costituzioni, oggi sono un presupposto necessario dell'amministrazione della giustizia. È nell'indole delle leggi fondamentali, o costituzionali, che i primi principii da esse posti debbano essere svolti nelle leggi particolari, e che queste si debbano alla loro volta mantenere fedeli e rannodare a quelle, perchè in esse trovano i germi delle loro particolari determinazioni. Per tal via la costituzione è la base di tutta la legislazione particolare, e

questa è vivificata dallo spirito, che anima la costituzione. In questa corrispondenza di principii sta quell'armonia, che crea la vera vita giuridica costituzionale. Ma quando quei primi posti dalla costituzione si sono immedesimati nelle leggi particolari, si può fare a meno di proclamazioni astratte di principii in ogni nuova redazione di leggi statutarie, e non per questo si potrà deviare da quelle norme costituzionali nell' ulteriore svolgimento della legislazione particolare.

CAPITOLO IX.

Giurisdizioni speciali.

39. Discorrendo delle condizioni essenziali di ordinamento del potere giudiziario, toccai del principio accolto da tutte le costituzioni politiche moderne, che niuno può esser sottratto ai suoi giudici naturali, e che sono assolutamente vietati i tribunali eccezionali. Questo principio di diritto pubblico non esclude però le giurisdizioni speciali, le quali, per esser costituite in modo permanente con leggi generali, possono dirsi ancora ordinarie. Le giurisdizioni eccezionali bandite son quelle, che vanno create fuori l'ordine generale delle giurisdizioni, per casi determinati o persone singole, e delle quali, in tempi di funeste tirannie di principi o di popoli, accadde spesso vedere la mala pianta. Quando le giurisdizioni speciali sono organate in modo permanente per date materie, sono giurisdizioni ordinarie; nè il cittadino, che deve ricorrere ad esse può dirsi sottratto ai suoi giudici naturali, perchè il giudice naturale della contesa è

quello, che è costituito per tutti indistintamente per una data materia.

La esigenza cui non può sottrarsi lo Stato moderno è quella di dare il giudice ad ogni contesa capace di una risoluzione giuridica; di costituire questo giudice in condizione d'indipendenza di fronte ai contendenti, sia il privato, sia il potere pubblico stesso; di ordinare infine un procedimento tale, che assicuri la libertà di contraddizione e la possibilità di tutte le indagini necessarie per la retta decisione della controversia. La determinazione di un giudice speciale sotto queste condizioni non sarà offesa ai principii costituzionali di ordinamento della giustizia, perchè la specialità della giurisdizione sarà dettata dalla specialità della materia su cui si esplicano le funzioni, e tutti i cittadini saranno eguali dinanzi a queste giurisdizioni particolari, che mal si diranno eccezionali.

Le giurisdizioni speciali più importanti esistenti nel nostro Stato, per non dire delle minori, sono: il Senato, quando è costituito in alta Corte di Giustizia; i tribunali militari di terra e di mare; il Consiglio di Stato; la Corte de' Conti; i Consoli, il Prefetto

per le quistioni di scioglimento di demanii feudali, le Commissioni per la determinazione delle imposte; i Consigli di leva per la coscrizione militare, il Consiglio superiore di pubblica istruzione, i Consigli Comunali e le Deputazioni provinciali per le quistioni di elezioni amministrative.

40. Il Senato, come alta Corte di Giustizia, offre tema ad un esame importante e vasto, che mi trarrebbe fuori i giusti confini di questo studio. Debbo per ciò limitarmi a rilevare, che il Senato per la nostra costituzione ha giurisdizione speciale per materia e per persone.

L'art. 36 dello Statuto dispone così:

« Il Senato è costituito in alta Corte di Giustizia con decreto del Re per giudicare dei crimini di alto tradimento, e di attentato alla sicurezza dello Stato, e per giudicare i ministri accusati dalla Camera dei deputati.

« In questi casi il Senato non è corpo politico. Esso non può occuparsi se non degli affari giudiziarî, per cui fu convocato, sotto pena di nullità ».

L'art. 37 aggiunge: «Fuori del caso di flagrante delitto, niun Senatore può essere ar-

restato se non in forza di un ordine del Senato. Esso è solo competente per giudicare dei reati imputati ai suoi membri ».

E l'art. 47 attribuisce alla Camera dei deputati il diritto di accusa contro i ministri.

La giurisdizione speciale del Senato è stata fatta segno a varii attacchi.

Alcuni hanno contrastata la legalità e la opportunità di sottrarre al Giurì il giudizio de'reati politici de' quali può giudicare il Senato, sia perchè nel giudice popolare si è reputata esser maggiore la garentia d'indipendenza che in un corpo politico ; sia perchè ispirato da vedute politiche può non esser guidato nel giudizio da una giustizia imparziale.

Altri hanno combattuto il privilegio de' senatori ad essere giudicati dalla propria camera per qualsiasi reato.

Quanto a quest'ultima giurisdizione speciale *ratione personae*, si può convenire ch'essa è un ricordo di costituzioni, in cui il giudizio dei pari teneva a privilegi di classi , che non hanno più significato. Sarebbe più opportuno eguagliare la condizione de' Senatori e quella de' Deputati : non permet-

tere il giudizio se non previa autorizzazione della Camera alta, garentendo così la funzione legislativa, non la persona come tale. Inoltre la costituzione del Senato in Alta Corte e il procedimento solenne, che ne segue, mal si confanno ad ogni specie di giudizio, a cui un Senatore può esser sottoposto anche per reati di lieve momento. E spesso quella garentia personale può dar luogo a pubblicità e dibattimenti, che nuocciono, più che conferire alla dignità dei componenti il Senato.

Per quel che riguarda la prerogativa speciale dei senatori di esser giudicati dal foro speciale dei Pari, è accettato il principio, che essa si applica anche per fatti precedenti alla nomina, in guisa che il giudizio presso la giurisdizione ordinaria si arresta appena la nomina è convalidata.

Trattasi di privilegio personale inerente alla qualità, onde costituita questa, essa dev' esser da quel momento circondata da tutte le condizioni che l' accompagnano. Si è pure disputato se fosse lecito ad un Senatore rinunziare alla sua qualità, e così declinando la competenza del Senato farsi giudicare dal

giudice comune per reato a lui addebitato. In Inghilterra la storia registra il ricordo di Lord T. Berclay, che per non subir la sorte dei Lords Mortimer e Maltravers, volle farsi giudicare dal giurì popolare, e ben gliene incolse, perchè così scampò alla condanna di morte.

In Italia la questione fu vivamente dibattuta in comitato segreto del Senato ad occasione del giudizio promosso contro il senatore Satriani. Ma prevalse la opinione, che colla rinunzia alla qualità cessava la giurisdizione speciale, e il Satriani fu giudicato dai giudici ordinarii.

Da ultimo quanto al procedimento, come pei deputati, il potere giudiziario può fare quei soli atti che tendono a constatare le tracce fuggevoli del reato, senza spiegare azione alcuna contro la persona del senatore.

Più delicata assai è la quistione della giurisdizione speciale del Senato pe' reati di alto tradimento e di attentato alla sicurezza dello Stato e per quelli commessi dai Ministri e pe' quali vi fosse accusa per parte dell' Assemblea rappresentativa. V' ha de' momenti nella vita politica degli Stati, nei quali la lotta

dei partiti, il turbine delle popolari passioni, renderebbe impossibile la giustizia per giurati. Vi possono essere colpevoli collocati in tale posizione sociale, che solo un Corpo politico può aver la fermezza e il coraggio di colpire.

La nostra legislazione ha con prudente temperamento chiamate le giurisdizioni ordinarie a decidere dei reati contro la sicurezza dello Stato. Solo in via di eccezione può la cognizione della causa esser ridotta nel Senato, quando la gravità dei fatti e dei tempi lo consigliassero. E però tocca al potere esecutivo, cui è confidata la suprema direzione dello Stato, giudicare della opportunità di costituire il Senato in alta Corte di Giustizia, con decreto reale, che divien condizione di esplicamento di quella giurisdizione (1).

(1) Tutte le costituzioni moderne riconoscono nel Senato le competenze speciali ricordate. Però la Camera dei Lords in Inghilterra ha giurisdizione più vasta: giudica pure della moglie del Re e del marito della Regina; delle mogli de' pari; è centro supremo di tutta l'amministrazione della giustizia; giudice di tutti i reati commessi nell' esercizio delle pubbliche funzioni, ed è giudice di appello dei tribunali scozzesi ed irlandesi, e riesamina le sentenze della Corte di Cancelleria. Il Senato

Così del pari ammessa una legge sulla responsabità ministeriale, l'accusa, come il giudizio non potrebbero essere affidati se non ai grandi poteri dello Stato. Come concepire un giurì di privati cittadini, che giudica un ministero degli atti di alta politica da esso compiuti? E chi sarebbe l'accusatore? Quando l'accusa s'indirizza ad uno de' poteri dello Stato ed involve il giudizio del modo come

americano per lo invece giudica soltanto di tutti i traviamenti dei funzionari pubblici non per condannarli penalmente, ma per dichiararli indegni delle pubbliche funzioni. Fatto ciò, ogni colpevole è rinviato dinanzi al giudice competente per rispondere del reato commesso. Onde il de Tocqueville lo dice più un supremo giudice amministrativo, che giudiziario. In Italia il deplorevole attentato alla vita del Re fè sorgere la disputa se il decreto reale, che deve convocare il Senato, perchè giudichi dei reati politici che l' art. 9 della proc. pen. attribuisce in via ordinaria alle Corti di Assise, sia condizione di svolgimento di quella giurisdizione eccezionale, ovvero sia un atto puramente rituale, per modo, che il Senato possa da sè elevarsi ad alta Corte, anche quando manchi il decreto. Ma è prevalsa la opinione più legale e costituzionale, che spetti al Governo, come potere politico responsabile, valutare la gravità del caso e la specialità delle condizioni per sottrarre la causa alla giurisdizione comune popolare e per ridarla al Senato.

questo potere fu esercitato, l'accusatore, come il giudice, dev'essere collocato tanto alto quanto l' accusato, sia per la condizione di questo, sia per la natura degli atti, che devono esser materia del giudizio. Io comprendo che ad un tal sistema di giudizî può muoversi il rimprovero, che affidando il giudizio ad un corpo politico, questi che fu parte nella lotta combattuta, può facilmente parteggiare per l'accusatore o per l'accusato per fini estranei ad una severa e serena giustizia, e che a questa può surrogarsi la passione. Ma quale istituzione umana può sottrarsi ad ogni specie di rimproveri? La società civile spesso vive di transazioni, perchè l' assoluto imperio dei principii mal si confà colla vita dei popoli, soggetti alle condizioni storiche.

41. La istituzione de'Tribunali militari di terra e di mare è stata reputata una necessità per un corpo, che vive di un organismo speciale con leggi singolari, e che, tratto spesso fuori del suolo e del mare nazionale, deve dal proprio seno trarre le giurisdizioni repressive. Però la giurisdizione militare non è già privilegio personale, o prerogativa di corpo o

di ceto, ma è essenzialmente preordinata a rispondere alle esigenze del servizio militare, la cui forza riposa tutta nella osservanza degli ordini, nella subordinazione ai capi militari e nella disciplina degli eserciti. « Di qui segue che la competenza militare è eccezione di necessaria severità, non di favore, e riguarda la materia del fatto criminoso commesso dal militare nei rapporti, che ha col proprio servizio, e dev' essere esclusa quante volte il reato non ha rapporto col servizio e colla disciplina militare » (1).

Gli è però, che la esistenza della competenza militare si collega alla quistione di determinare i confini naturali del codice penale militare. È un non senso giuridico il creare un codice particolare con norme speciali sulla responsabilità penale, gradi del dolo, tentativo, complicità, etc. come se in questo campo non dovesse esser unica e generale la legislazione, che regolar deve stati e rapporti, che non mutano per mutar delle relazioni pubbliche dell' imputato. Non deve far quindi sorpresa il vedere, come nei codici mili-

(1) De Falco. *Discorso all'assemblea generale della Corte di Cassazione di Roma* 1877.

tari o si ripetono le norme generali sulla responsabilità penale determinate dal codice comune, o, quello ch'è ancor peggio, si presenta uno strano dissidio tra essi e le leggi penali comuni.

Ed anche nella parte speciale, che riguarda reati singoli, i codici penali militari non dovrebbero contemplare se non quei reati, che risguardano direttamente i rapporti speciali all'organismo militare, come la insubordinazione, la diserzione, il tradimento dinanzi al nemico. Ridotta in questi naturali confini la materia propria dei reati militari, ne seguirebbe di necessità l'esatta determinazione dei limiti di giurisdizione dei tribunali militari dell'esercito di terra e di mare, perchè allora colla particolare condizione personale del colpevole (militare) combacerebbe la natura speciale del reato, o l'oggetto del giudizio; e per ogni altro reato estraneo alla relazione militare rimarrebbe ferma la giurisdizione comune.

E per tal via sarebbe anche facile la soluzione della quistione sollevata a proposito dei senatori, che fossero al tempo stesso componenti dell'armata di terra o di mare, e che dovessero rispondere di reato militare. Niun

ragionevole dubbio potrebbe sorgere su ciò, che la prerogativa al giudizio speciale del Senato dovrebbe piegare dinanzi alla giurisdizione speciale per ragion di materia.

Non si potrebbe pretendere in fatti che i vincoli della gerarchia, senza di cui nessuna armata può rimaner salda , s' infrangessero per privilegi personali, o che un generale o un ammiraglio dovesse sfuggire a pronto e necessario giudizio militare, ancor quando lo esercito si trovasse di fronte al nemico fuori del suolo nazionale, o la flotta in mari non dello Stato. Sarebbe assolutamente anormale vedere un Senato ergersi a giudice della condotta militare di un suo membro. Nè questi avrebbe ragione a dolersi del giudice speciale, perchè volendo serbare la qualità senatoria e quella militare dovea comprendere, che coll'intreccio delle posizioni giuridiche personali possono esser modificate per necessità di cose le prerogative annesse ad esse.

Ma lo ripeterò ancora una volta: per conseguire un ordinamento organico delle giurisdizioni speciali militari convien muovere dal riordinamento delle leggi penali militari (1).

(1) La Corte di Cassazione di Roma con sentenza del

I Consigli di leva hanno giurisdizione particolare per la coscrizione militare, per giudicare delle cause di esclusione e per tutte le altre anche di stato o capacità personali che si rannodano alla coscrizione. Sonvi pure le capitanerie di porto con particolari attribuzioni.

42. Il Consiglio di Stato ha giurisdizione esclusiva e speciale in materia di contratti di prestiti dello Stato e di debito pubblico per la legge del 1865 art. 10, e decide come magistrato di appello per la legge del 20 giugno 1879 sui reclami contro le decisioni del Comitato forestale, e in varî altri casi (1).

La Corte de' Conti ha speciali giurisdizione per la liquidazione delle pensioni, che rappresentano un diritto del privato cittadino verso lo Stato, e in materia di giudizi di conti. La giureprudenza ha ampliata questa competenza, in quanto l'ha estesa anche ai non

4 giugno 1880 a Sezioni riunite ha ritenuto essere di speciale spettanza del Tribunale Supremo di guerra il decidere sulle doti, che devono prestare i militari, che vogliono contrarre matrimonii e su tutte le quistioni, che vi si riferiscono. E ciò sulla base della legge 31 luglio 1871.

V. *Foro italiano* 1880 p. 857.

(1) Mantellini, III, p. 81.

contabili purchè l' oggetto ch'è materia della contesa si riferisse a conteggi con la pubblica amministrazione. Vedemmo già che tanto pel Consiglio di Stato, quanto per la Corte de' Conti è la Cassazione di Roma, che è chiamata a risolvere i conflitti.

Le Commissioni amministrative d' imposte hanno giurisdizioni speciali per la designazione del quantitativo di tributo dovuto dai cittadini.

I Consigli comunali e le Deputazioni provinciali per la formazione delle liste elettorali e politiche, le Commissioni per la scelta dei giurati e le Camere di Commercio hanno particolari attribuzioni determinate dalle rispettive leggi. Sui reclami contro le deliberazioni delle Deputazioni provinciali e delle Camere di Commercio, in materia di capacità elettorale, decide la Corte di appello.

È surta grave disputa nella nostra giureprudenza per sapere se i Consigli Comunali e le Deputazioni provinciali, in quanto pronunziano sulla capacità elettorale dei cittadini, sieno vere giurisdizioni, ovvero emettano semplici provvedimenti amministrativi, sicchè contro di questi non si porti reclamo al

magistrato (Corte di Appello) in via di gravame, ma in via di azione, e quindi debbansi considerare parti litiganti.

La prima opinione prevalse nella Corte di Cassazione di Napoli con varie sentenze (1). Essa può dirsi confortata anche dall' autorevole parola del Pellegrino Rossi (2).

(1) V. principalmente sentenza del 12 marzo 1872.

(2) « La question était de savoir si les décisions devaient être considérées comme des jugements. Non, ces sont les actes d'un administrateur révisant les propres décisions, ce n'est pas là un acte de judicature.

« Et certes, c'était une singuliére idée, que de faire décider administrativement les questions électorales, tandis que des élections doit sortir précisément la Chambre des Deputés, c'est á dire le Corps de l'État, qui est destiné á exerciter un haut contrôle sur l'administration elle-méme.

« Vous voyez donc, que c'est conformément à tous les principes, que le législateur a renvoyé le jugement définitif de ces questions non à l'auteur même des listes, ou à les supérieur hierarchiques, mais à un autre pouvoir, au pouvoir judiciaire.

« Jusqu'ici l'action directe a appartenue a l'administration, et cela était parfaitement régulier, parce que c'était une opération administrative, qu'il avait à faire. Mais maintenant des plaintes arrivent. Un homme, qui n'a pas les qualités requises, a été inscrit, ou au contraire, un homme qui devait être maintenu sur la liste,

La seconda opinione, che vede invece nei Consigli Comunali e nelle Deputazioni provinciali vere giurisdizioni, è stata accolta dalla Corte di Cassazione di Roma (1). Questa stessa Corte però ha ritenuto, che quei collegi non costituissero giudicati attributivi irrevocabilmente di qualità ai cittadini, il cui diritto elettorale fosse riconosciuto o negato (2).

Con che parmi s'indietreggi dinanzi alle conseguenze assunte col principio ammesso nelle altre decisioni, se pure non si cade in contraddizione con esse.

Giurisdizione vera però esplicano quei corpi nel risolvere le quistioni, che si sollevano nella verificazione delle elezioni dei proprii membri, salvo il giudizio in ultima istanza del Ministro dello interno, previo parere semplicemente consultivo del Consiglio di Stato.

Giurisdizione speciale è quella del Consiglio Superiore di Pubblica Istruzione, che per la legge ha attribuzioni disciplinari sul perso-

en a été retranché. A qui appartiendra le jugement définitif sur cette question?

« L'action est intentée devant le pouvoir judiciaire ». (Rossi. *Cours de Droit Const.* 65ª lezione).

(1) V. sent. 10 marzo 1880 (*Filangieri*, 1880, II, p. 391).

(2) V. sent. 5 febbraio 1880 (*Filangieri*, ivi, p. 285).

nale insegnante(Art. 12 e 14 leg. 19 nov. 1859).

Nelle Provincie napoletane i Prefetti sono giudici speciali di prima istanza per le quistioni di scioglimento di demanii feudali e sugli usi civici.

Dalle loro sentenze, renduti intesi i consigli di Prefettura, si porta gravame alla Corte di Appello.

Come giurisdizioni speciali tanto pel giudizio sull' ammissione del singolo cittadino nell' ordine, quanto pei provvedimenti disciplinari, si possono dire il Consiglio dell'Ordine degli avvocati, e quello di Disciplina dei procuratori istituito colla legge 8 giugno 1874. Infatti in un caso di conflitto positivo di attribuzione in materia disciplinare tra il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Catanzaro e la Corte di Assise di questa stessa città decise la Corte di Cassazione di Roma in via di risoluzione del conflitto (1).

Dalle deliberazioni di quei consigli si può interporre reclamo alla Corte di Appello tanto dagl'interessati quanto dal pubblico ministero

(1) Vedi sentenza della Corte di Cassazione di Roma 12 Dec. 1879 Conflitto Rossi-Milano — sentenza della Corte di Cassazione di Napoli (*Il Filangieri* 1880. II p. 117).

quando agisca in via di azione, e contro le relative pronunzie della Corte è aperto l'adito al ricorso per cassazione.

Per quel che riguarda la giurisdizione consolare, convien rilevare coll'Esperson, che « in origine i Consoli erano nominati per sottrarre alla giurisdizione ordinaria locale i propri nazionali. Ma a poco a poco le attribuzioni giudiziarie di Consoli andarono diminuendo, e si restrinsero in limiti più angusti di quelli che avevano in origine. E ciò avvenne dopo che le potenze europee riconobbero che, essendo la giurisdizione un'emanazione del diritto di sovranità, dev'essere esercitata dai magistrati preposti all'amministrazione della giustizia; ond'è che siffatta giurisdizione, essendo una concessione del sovrano territoriale, fu regolata da trattati speciali, ed in loro mancanza si prese a norma il principio di reciprocità » (1).

I Consoli hanno giurisdizione arbitrale e contenziosa civile. Nelle materie penali possono spiegare una funzione protettrice verso

(1) Esperson: *Diritto diplomatico e giurisdizione internazionale marittima.* Milano 1874, V. II, Cap. 4. p. 150 e seg.

i nazionali, ma non giudicano, esclusi i casi di repressione disciplinare dell'equipaggio delle navi mercantili nazionali.

Speciali attribuzioni hanno pure i Tribunali consolari istituiti nel Levante in virtù dei trattati internazionali e della Legge Consolare 28 gennaio 1866. Però è stato ritenuto che ove il nazionale, che ha commesso reato in territorio sottoposto alla giurisdizione del Tribunale Consolare, rientri nel nostro Stato, rivive la competenza della giurisdizione ordinaria (1) ; e ragionevolmente , perchè la giurisdizione eccezionale fu posta nel fine di assicurare ai nazionali una retta giustizia dove poteva mancare o per difetto di legge e di ordinamenti giudiziari , o per fiacchezza della potestà giudiziaria straniera.

Per tutte le particolari determinazioni risguardanti la giurisdizione consolare si può utilmente consultare il citato libro dell' Esperson.

A lato a tutte le giurisdizioni particolari amministrative convien porre da ultimo quella

(1) Corte di Cassazione di Roma sent. del 30 Gennaio 1880 adottante le conclusioni del Proc. Generale De Falco (*Filangieri*, 1880, II, p. 377).

del Ministro ed anche della Corona, cui in molti casi è riserbato, udito il Consiglio di Stato, la decisione suprema di molte contese di diritto pubblico o tra corpi morali e corpi morali, o tra questi e lo Stato, o in via di decisione sui reclami da giurisdizioni inferiori, anche su rapporti di diritto individuale (1). Quanto questo sistema di giurisdizione fosse in contraddizione di un ordinamento giuridico conforme al governo rappresentativo non è a rilevare dopo il già detto del capitolo VI. Il Re è costituito ancora il Gran Giudice del Regno, o, per dir la cosa qual'è in realtà, il Ministro giudica da sè e irrevocabilmente, creando quello stato di cose così ben tratteggiato dal Bähr (2).

(1) V. p. e. per le dispute tra frazioni di Comuni a base dell'art. 231 Leg. Com. e prov.; in materia di espropriazione forzata, di miniere, di tasse doganali, di opere pubbliche, misure d'igiene etc.

Mantellini — *Conflitti* III cap. 3°.

(2) *Rechtsstaat* — V. sopra nota alla p. 294.

Riepilogo e conclusione

Io non ho potuto, pei limiti che mi ero imposto, se non tracciare le linee generali di un lavoro molto più ampio, che non fosse il presente studio. Ogni conoscenza sistematica di un obbietto è necessariamente conoscenza della sua essenza, dei suoi rapporti e del suo modo di essere, quindi non può non essere di per sè vasta. Ho creduto solo abbozzare uno schema generale, tenendo di mira principalmente il nesso logico delle teoriche, che rientrano nel tema proposto. Del concetto e delle funzioni del potere giudiziario accennando alla connessione del suo svolgimento storico con quello dello Stato; delineai, con riguardo speciale alla costituzione politica italiana, i rapporti principali, che l'organismo politico dello Stato monarchico rappresentativo crea tra il potere giudiziario e la Corona, il Parlamento, e il potere esecutivo come governo e come amministrazione dello Stato. Ho svolte da ultimo per sommi capi le condizioni fondamentali di ordinamento del potere giudiziario e di svolgimento delle sue funzioni, terminando collo esame delle giuris-

dizioni speciali. Mi resterebbe a dire, come per conchiudere, dell'avvenire della Magistratura nello svolgimento progressivo delle forme rappresentative. Ma questo sarebbe di per sè solo tema vastissimo. E però mi terrò pago a rilevare, che non credo che la magistratura popolare sia destinata ad assorbire la permanente, o questa a fare sparire l'altra. La grandezza dell'amministrazione della giustizia invece è riposta nell'armonica coesistenza di esse, onde si possa raggiungere il fine supremo di ogni civile comunanza, il conseguimento di una giustizia illuminata, morale e indipendente. Il governo costituzionale è necessariamente governo di partito, in un senso nobile ed elevato. Ma l'amministrazione della giustizia dev'essere costituita al di sopra delle lotte politiche in modo, che il magistrato, ripeterò il pensiero profondo dello Story, tanto mi par vero, deve a tutti apparire come il difensore delle minoranze pacifiche. Le giurisdizioni popolari non devono essere istituzioni politiche più che giudiziarie, e la magistratura permanente dev'esser collocata in tale stato d'indipendenza rispetto agli altri poteri, da esser davvero la tutela suprema

delle pubbliche e private libertà, il custode dei limiti delle varie competenze e dei diritti pubblici e privati. A questo fine devono tendere tutti gli sforzi degli onesti, i quali comprendono, che la giustizia è il supremo bisogno di ogni civile società, e che nella giustizia è riposta la vera libertà, la libertà civile, come disse il Lieber. Ma a conseguir ciò occorrono indispensabilmente due cose: che il giurì non sia preso dalla massa indistinta del popolo, e che la Magistratura permanente si tenga assolutamente fuori delle lotte politiche ed amministrative, nelle quali perderebbe inevitabilmente quel prestigio che la circonda, e che può derivare solo dal fatto di trovarsi al di fuori e al di sopra dei partiti. In ciò, se non erro, è riposto l'avvenire del Potere giudiziario.