

Avv. CARLO LESSONA

PROFESSORE DI PROC. CIVILE ALL' UNIVERSITÀ DI PISA

LA

LEGALITÀ DELLA NORMA

E IL

POTERE GIUDIZIARIO



FIRENZE

CASA EDITRICE LIBRARIA • FRATELLI CAMMELLI •

(RAFFAELLO CONTI, proprietario)

Piazza della Signoria, 5.



PROPRIETÀ LETTERARIA
della Casa Editrice Libreria " *FRATELLI CAMELLI* „
(RAFFAELLO CONTI, Proprietario)

Prato, tip. Giachetti, Figlio e C.

A

EMILIO PINCHIA

AFFETTUOSAMENTE

INTRODUZIONE

CONCETTI GENERALI

SOMMARIO

- I. Il giudice di fronte alla legge.
- II. Accertamento della esistenza materiale della legge.
- III. Accertamento del carattere giuridico della legge.

I.

Se noi ci chiediamo astrattamente quale possa essere il criterio che deve guidare il giudice nel decidere le controversie, ci si presentano come possibili due risposte.

La prima dice: il giudice risolva la controversia secondo la giustizia, come egli la sente; ed allora abbiamo, storicamente, i giudizi di equità (1) e,

(1) Giudizi di equità sono — nel senso indicato nel testo — quelli in cui non si applica la legge esistente: quindi p. es. tanto quelli del pretore romano che disapplica lo *ius civile*, quanto quelli di equità degli antichi parlamenti francesi. In sostanza si allude ad ogni giudizio in cui la *ratio decidendi* non è la norma legale, intesa questa come diritto positivo. I casi nei quali la legge invita il giudice

modernamente, i giudizi degli amichevoli compositori (2).

La seconda dice che il giudice pubblico deve risolvere la controversia applicando la legge, qualunque essa sia, e per la forma (scritta o consuetudinaria) e per la qualità intrinseca (buona o cattiva, giusta o ingiusta).

Questa seconda risposta costituisce la norma generale di giudicare presso i popoli che posseggono norme giuridiche subbiettive, e diventa poi una caratteristica assoluta dei popoli che si reggono a governo costituzionale. Allora l'amministrazione della giustizia è costituita dall'applicazione corretta della legge ai casi controversi (1).

ad attenersi all'equità (p. es. art. 463, 578, 1124, 1651, 1718 c. c.) costituiscono, anche nel nostro sistema, giudizi legittimi di equità: all'infuori di tali casi, la sostituzione dell'equità al diritto positivo, come *ratio decidendi* costituisce violazione di legge. V. su di ciò Scialoja, *Del dir. pos. e dell'equità* (1880) p. 25 e Fadda e Bensa, *Note al Windscheid*, Libr. 1^o, § 98, p. 136.

(2) Il giudizio degli amichevoli compositori (art. 20 cod. pr. c.) è appunto quello che può non essere conforme alle regole del diritto.

(1) Superfluo rilevare la differenza fra questo concetto giuridico della giustizia civile e il concetto politico della giustizia sociale: questo va riferito ai doveri del potere legislativo e del potere esecutivo e ai sentimenti delle classi sociali.

Da questo carattere fondamentale della funzione giudiziaria ne deriva il dovere del giudice di indagare, prima d'ogni altra cosa, l'esistenza della norma giuridica che è chiamato ad applicare.

II.

L'accertamento della esistenza della norma giuridica può occorrere in due casi distinti.

Anzitutto può occorrere lo accertamento della *esistenza materiale della legge*: questa è indagine di fatto che si esaurisce praticamente colla prova della legge estera o consuetudinaria, poichè la legge nazionale scritta non abbisogna di prova per produzione del testo (1).

III.

In secondo luogo può occorrere lo accertamento del *carattere giuridico della legge* per decidere se la norma invocata ha veramente essenza di legge. Questo accertamento è diverso secondo l'indole della norma giuridica invocata.

Se si invoca una *norma consuetudinaria*, il giudice deve ricercare se la consuetudine sia norma legale, nel caso da definire; posto che lo sia, deve

(1) V. su questo punto: *Lessona, Teoria delle prove*, I, nn. 150 166.

accertare i caratteri giuridici dal concorso dei quali la consuetudine « vicem legis obtinet. »

Se si invoca una *norma scritta*, il giudice deve ricercare se questa ha i caratteri della legge, cioè se contiene regole obbligatorie per la generalità dei cittadini che siano prescritte da autorità a cui ne spetti il potere in virtù della costituzione e delle leggi del Regno (1).

Ora, poichè nel nostro diritto pubblico, i caratteri e gli effetti della legge, ricorrono in provvedimenti di varia natura, così dobbiamo istituire analisi distinte.

(1) Bianchi, *Princ. gen. sulle leggi* (Torino 1888), n. 17.

CAPO PRIMO

LA LEGALITÀ DELLA LEGGE IN SENSO STRETTO

SOMMARIO

- IV. Concetto della legge in senso stretto.
- V. Eccezioni contro il vigore attuale della legge.
- VI. Eccezioni contro la formazione parlamentare della legge.
 - 1. *Mancanza assoluta di approvazione per parte delle Camere.*
 - a) Carattere pratico della questione.
 - b) Opinione della Suprema Corte di Roma nel 1886.
 - c) Opinione della Corte di Lucca e della Suprema Corte di Roma nel 1890.
 - d) Teoria del GABBA e de' suoi seguaci.
 - e) Teoria opposta.
 - f) Nostra opinione.
 - 2. *Vizi della procedura di approvazione (interna corporis).*
- VII. Eccezioni contro gli atti di sanzione, di promulgazione e di pubblicazione.
- VIII. Eccezioni contro la costituzionalità del contenuto della legge.

IV.

Sono LEGGI IN SENSO STRETTO i precetti giuridici stabiliti dal potere legislativo, sanzionati e promulgati dal Re (1).

Rispetto all'applicazione delle leggi in senso stretto, possono sorgere varie difficoltà che esami-

(1) Bianchi, *op. e loc. cit.*

neremo rispetto alla durata della legge, alle fasi di formazione di essa (estrinseco dalla legge) e rispetto all'intrinseco della legge.

V.

Può eccepirsi che la *legge più non ha vigore* — o per esser trascorso il tempo pel quale doveva averlo — o per esser cessata l'occasione per la quale soltanto era munita di forza — o per essere stata abrogata. Le prime due indagini involgono una questione di fatto; la terza una questione di diritto dipendente dall'applicazione dell'articolo 5 disp. prel. Cod. civ. (1); ma tutte e tre le questioni sono di assoluta competenza del giudice.

(1) Notiamo a questo proposito essere massima pacifica che si considerano come leggi dello Stato quelle dei precedenti governi che imperavano nelle singole provincie italiane, semprechè quelle leggi, dopo l'aggregazione delle rispettive provincie al Regno d'Italia, o per leggi posteriori non siano state espressamente abrogate, o non siano rimaste abrogate tacitamente per incompatibilità coi nuovi ordinamenti politici o coi principii fondamentali dello Stato. (Cass. Firenze, 3 febbraio 1870, *Annali*, IV, 1, 11; 13 settembre 1880; *Foro it.* 1880, II, 470; Cass. Torino, 9 giugno 1882, *La Cass. Tor.* 1882, II, 20; Saredo, *Tratt. delle leggi*, n. 135).

VI.

Può eccepirsi che *la legge non fu approvata dai due rami del Parlamento.*

L'eccezione, teoricamente, può avere due forme.

Può eccepirsi *l'assoluta mancanza di approvazione* per parte di un ramo del Parlamento o di entrambi — e può eccepirsi *la nullità della procedura di approvazione.*

1° Quanto all'*assoluta mancanza di approvazione* per parte delle Camere relativa ad un atto, che il Re *scientemente* presenti come approvato dalle Camere stesse — l'ipotesi, teoricamente, esce dal campo del possibile costituzionale.

Ma può accadere che il Re presenti come approvato dalle Camere, cioè in veste di legge, un provvedimento che, *per errore*, creda approvato, mentre in realtà non lo è stato.

a) L'ipotesi si verificò in Italia. La legge tariffa 30 maggio 1878 all'articolo 96 fissava per la introduzione nello Stato dei tessuti di cotone imbianchiti un dazio del 20 % superiore a quello relativo ai tessuti greggi. Ma la Camera dei deputati, a tenore del progetto ad essa presentato, aveva votato solo una differenza di dazio del 15 %. Il

Senato, attribuendo questa differenza ad un errore di stampa nella cifra, votò il dazio nella misura del 20 % e questa cifra fu stampata nella *Raccolta Ufficiale* delle leggi e decreti.

Il Governo provvide ad eliminare ogni dubbio con la legge 6 luglio 1883 che ripeté la misura del 20 %.

Si chiese allora la ripetizione del dazio pagato anteriormente nella misura del 20 % asserendosi che questa misura era illegale.

b) La Cassazione di Roma (1) esaminando la questione in sede di conflitto, ritenne la competenza dell'Autorità giudiziaria, e — giustamente — diede effetto retroattivo alla legge 6 luglio 1883. Ma tuttavia si propose — in via più accademica che incidentale — la questione di massima nel modo seguente:

« Se il potere giudiziario resti nei limiti delle sue attribuzioni di dichiarare, interpretare ed applicare le leggi ai casi particolari, quando esso volesse contraddire l'attestazione che è fatta dal Re nell'atto della sanzione e della promulgazione, e che è pure ufficio della sanzione stessa, quella di esser stato approvato dal Senato e dalla Camera dei deputati quanto dalla Sovranità del Re è stato

(1) 20 giugno 1886, est. Giudice (*Foro it.* XI, I, 705).

sanzionato e promulgato, e cercasse di inquirere su quanto attiene alla fattura interna della legge nei lavori parlamentari, per rilevarne la disarmonia della volontà dei fattori di essa, e dichiarare l'inesistenza della legge stessa, che fosse negata o invocata in giudizio. »

E, senza risolvere la questione, la Corte Suprema mostrò di preferire l'affermativa, dichiarando che potrebbe dirsi non esorbitare dalle attribuzioni dell'autorità giudiziaria « il vedere se la parola della sanzione e della promulgazione sia veramente la parola del legislatore, vale a dire se sia la parola collettiva del Re, del Senato e della Camera dei deputati, come è voluto determinatamente dalla disposizione statutale che è norma fondamentale per tutte le costituite potestà, da non poter creare conflitti di attribuzioni la sua pratica estimazione, e nella quale, come in nessun'altra disposizione statutale, non si trova stabilito che l'attestazione della collettività della volontà legislativa sia ufficio affidato esclusivamente alla potestà che è chiamata a sanzionare e promulgare le leggi, da dover valere anche per quanto non è verità, e da doversi, a fronte di essa, mettere in non cale anche gli atti parlamentari renduti di pubblica ragione. »

Omettiamo altre considerazioni della sentenza, perchè suppongono possibile la sciente falsità della dichiarazione che la legge fu approvata: il potere

giudiziario, secondo il concetto fondamentale della sentenza, può rilevare l'errore della dichiarazione, opponendovi le risultanze degli atti parlamentari.

e) La questione invece fu esaminata e risolta direttamente dalla R. Corte d'Appello di Lucca (1). Essa cominciò dal porre la questione dichiarando doversi « determinare se l'Autorità giudiziaria possa estimare il dato di fatto risultante dagli atti parlamentari del disaccordo segnalato fra le due Camere nella votazione del n. 96 della tariffa fino al punto da dargli valore probatorio per contrapporlo a toglier fede alla attestazione sovrana sulla collettività dell'esercizio del potere legislativo contenuta nella formula di promulgazione della legge del 1878, e se possa, senza violare le norme della sua competenza giurisdizionale nella interpretazione in genere della legge, dichiarare la legale inesistenza ed invalidità di detta disposizione legislativa regolarmente sanzionata e promulgata dal Re ». Ora « la Corte ritiene che l'Autorità giudiziaria non abbia facoltà di contraddire quanto afferma il Re nell'atto promulgativo, e sia obbligata a riconoscere la esistenza della legge che deve interpretare ed applicare dai soli caratteri formali della promulgazione e pubblicazione di essa, senza che possa investigare e de-

(1) 22 febbraio 1889, est. Cesarini (*Foro it.* 1889, I, 1181).

cidere sulla corrispondenza delle deliberazioni delle due Camere fra loro e con quanto viene solennemente attestato di essere stato dal Re sanzionato e promulgato ».

I motivi di questa massima possono essere così riassunti:

La promulgazione dà all'esistenza della legge esteriorità ed autenticità, facendola certa ed incontestabile e rendendo la legge stessa esecutoria, e spetta al solo Re, come capo supremo dello Stato, l'ufficio di attestare l'esistenza della legge, sicchè a niuno sia più lecito contestarne nè metterne in dubbio l'impero.

Infatti l'articolo 7 dello Statuto dice che il Re solo sanziona le leggi e le promulga — e la legge 23 giugno 1854 dispone all'articolo 1° « La promulgazione della legge è espressa nella seguente formola:... Il Senato e la Camera dei deputati hanno approvato... ». Dunque la promulgazione delle leggi — che significa anzitutto l'avvenuta approvazione delle Camere — è opera esclusiva del Re: essa è anche l'atto che dà all'Autorità giudiziaria in custodia la legge, che glie la rivela come esistente ed imperante, e le impone perciò verso di essa il riconoscimento e l'ossequio.

Pertanto: quando la formola di promulgazione è regolare e completa a forma di legge, non può il magistrato qualificare, come non conformi al vero,

le affermazioni ed attestazioni solenni ivi contenute.

Sarebbe davvero singolare e stranissimo, che, mentre un documento pubblico fa fede fra le parti del suo contenuto fino ad iscrizione in falso, per fino questo valore venisse a mancare all'atto sovrano di regolare promulgazione della legge.

La sentenza prosegue a confutare le obiezioni movibili contro codesta teorica. E anzitutto l'obiezione che allora potrebbe il Re promulgare come leggi atti neppure stati sottoposti al voto delle Camere — obiezione che è palesemente fuori del tema.

Di un'altra obiezione più grave si preoccupa la sentenza. Si potrebbe dire — essa osserva — che la promulgazione è un atto del potere esecutivo, e perciò, in forza dell'articolo 2 della legge sul contenzioso amministrativo, sindacabile dalla Autorità giudiziaria tanto in relazione alle forme, quanto alla legalità dei fatti anteriori alla promulgazione stessa.

Ma la sentenza risponde: la promulgazione sarebbe sempre, per indole sua, un vero e proprio atto sovrano d'impero, insindacabile dal magistrato — di più il sindacato colpirebbe in realtà l'atto del potere legislativo, cioè l'atto di approvazione: ora l'inquisizione sui modi di formazione della legge, è vietata, e se la si concedesse nel caso in esame, bisognerebbe concederla anche per

controllare gl' *interna corporis*, che pure sono regolati dagli articoli 53, 54, 55 Statuto fondamentale.

La sentenza succitata dalla Corte di Lucca, fu tenuta ferma dalla Corte Suprema (1) perchè « il primo potere dello Stato (il legislativo) non sarebbe più nè autonomo, nè indipendente, laddove l'Autorità giudiziaria non dovesse avere in conto di legge se non quelle che, secondo le speciali sue indagini, ed i suoi apprezzamenti, le risultassero regolarmente votate e sancite »: la promulgazione fa piena prova dell'approvazione avvenuta.

d) Il dibattito ebbe un'eco nella dottrina, nella quale anzi si spiegarono due teorie.

Il prof. C. F. GABBA (agli argomenti del quale volle rispondere la Corte di Lucca) — annotando la prima sentenza della Cassazione di Roma (2) ammise che l'ipotesi di una sciente promulgazione in forma di leggi di provvedimenti non approvati dalle Camere è inverosimile ma che « è sempre implicito nel concetto di guarentigia quello di un possibile abuso, nè quindi l'indole e l'estensione delle guarentigie contro gli abusi del potere regio in particolare, si possono rettamente com-

(1) Cass. Roma, 11 settembre 1890, est. Tondi (*Foro ital.* 1890, I, 1105).

(2) Nel *Foro ital.* XI, I, 705.

prendere e determinare, se non appunto riferendole all'ipotesi degli abusi, e propriamente dei più gravi abusi, che i depositarii di quel potere si permettessero invadendo la sfera d'azione degli altri fattori costituzionali delle leggi ».

Quindi formulò nettamente la sua teoria sulla efficacia giuridica del semplice atto formale di promulgazione, dichiarando che la promulgazione della legge per opera del Re non esclude indagini intorno ai fatti che hanno percorso la regia promulgazione. La legge esiste prima ancora della sua promulgazione, esiste come opera del potere legislativo, cioè della volontà concorde delle Camere e del Re.

La promulgazione viene dopo il voto delle Camere, viene dopo anche la sanzione del Re che non si può colla promulgazione confondere. Se o no, prima della promulgazione, una legge esista, decide lo Statuto fondamentale del Regno, non la legge del 1854, o l'articolo 1° disp. prel. Cod. civ.

Quindi, a parere del GABBA, la promulgazione, non toglie al magistrato l'ufficio suo: quello di decidere se la legge è stata statutariamente formata.

Che anzi questo compito è imposto dall'articolo 2 della Legge sul contenzioso amministrativo — là dove si parla di provvedimenti del potere esecutivo senza distinzione fra atti di governo, o d'impero, o politici.

Nè con questi principii si giunge ad ammettere il sindacato giurisdizionale sugli *interna corporis*, perchè altro è dire che la legge fu ritualmente fatta (*interna corporis*), altro dire che la legge non fu fatta in modo alcuno.

La teoria del GABBA è stata accolta dai professori FADDA e BENZA (1), i quali consentono che il potere giudiziario deve osservare se le Camere deliberarono, non se deliberarono ritualmente (2).

Premettono — che autorevoli scrittori tedeschi (HÖLDER, LABAND, JELLINEK, MEJER) — consentono che l'indagine sull'esistenza giuridica della legge spetta al potere giudiziario, sempre quando dalla costituzione dello Stato non è espressamente demandata ad altri organi. Espongono e approvano la teoria del GABBA e concludono: « Il giudice deve sindacare tanto il procedimento anteriore alla promulgazione, quanto l'atto stesso della promulgazione e della pubblicazione. Però, in quanto al primo periodo, il suo sindacato è ristretto entro

(1) Ci sembra quindi meno esatta l'osservazione del prof. Armanni (*Foro it.* 1890, I, col. 1109) il quale attribuisce al Gabba la tesi che il potere giudiziario non abbia limiti d'indagine per accertare l'esistenza delle leggi. Di limiti il Gabba non parla, solo perchè nel caso che egli esaminava la cosa era superflua.

(2) Note al Windscheid, sul § 14, pagg. 107-111 dell'edizione ital.

brevi confini. Il giudice deve guardare se i tre poteri hanno collettivamente consentito... La proclamazione fatta dal presidente ne pare l'unica espressione della volontà di ciascuna Camera, e in base ad essa può il giudice decidere se quella Camera ha o no approvato. Gli atti parlamentari nella Raccolta Ufficiale ci danno una prova autentica, e la proclamazione fatta dal presidente ed attestata da questa raccolta, è la prova più diretta dell'approvazione o del rigetto per parte di ciascun corpo legislativo ».

Anche il SAREDO (1) accetta questa soluzione, invocando l'articolo 56 dello Statuto, e del pari la accettano il prof. ORLANDO (2) e il prof. CAMMEO (3), e questi reca ad essa una notevole autorità, quella della pratica inglese che — secondo gli esempi che egli cita — consente all'Autorità giudiziaria di rilevare la mancanza di consenso delle due Camere, malgrado la promulgazione. Tuttavia il CAMMEO non crede esatto l'argomento che il GABBA desume dalla legge sul contenzioso amministrativo.

(1) *Codice constit. e amm.* (1893). Introduzione, n. 24, pagg. XXX, XXXI.

(2) *Teoria giurid. delle guarentigie della libertà*, p. 966 (nella *Bibl. di sc. polit.* vol. V).

(3) *Della manifestaz. della volontà dello Stato nel campo del Diritto amm.* n. 25, pagg. 50-53.

Ma conclude che il Giudice deve giudicare *secundum legem* e non *secundum promulgationem* ed anzi vorrebbe consentirgli anche di controllare l'osservanza e la legalità dei Regolamenti delle Camere.

e) Una seconda opinione — quella della Corte di Lucca e della Cassazione di Roma nel 1890 — è propugnata da altri scrittori. Il LAI (1) fu il primo ad osservare fra noi che l'atto di promulgazione — di spettanza del potere esecutivo — toglie al giudice ogni sindacato. Il consentirglielo spoglierebbe il potere esecutivo dell'indipendenza nel compiere un atto che è tutto suo. D'altronde la prova desunta dagli atti parlamentari è incerta, perchè non ne è garantita l'autenticità.

L'ARMANNI (2) premesso che la promulgazione è quell'atto che il Re compie come capo supremo dello Stato, per accertare l'esistenza della legge stessa e renderla esecutiva coll'imprimerle autenticità, ne conclude che la promulgazione vincola il giudice, quasi fosse una presunzione legale assoluta. Non si associa ad alcuni degli argomenti

(1) *Sistema del dir. civ. italiano* (Cagliari, 1885), § 61, pagg. 77-78.

(2) *Op. e loc. cit.* e *Il potere legislativo e la promulgazione delle leggi* (nella *Riv. ital. per le Sc. giur.* X, p. 35 e seg.).

invocati dalla Corte di Lucca (quello che dice che il sindacato giurisdizionale attaccherebbe il potere legislativo — e l'altro che nega quel sindacato di fronte ad un atto d'impero); ma combatte quelli del GABBA, negando che la prova derivante dalla promulgazione sia impugnabile, e più negando l'argomento che il GABBA desume dall'articolo 2 della legge sul contenzioso amministrativo perchè la promulgazione non è atto del potere esecutivo, giacchè rende esecutiva la legge, e quindi è anteriore al funzionamento del potere esecutivo, tant'è che gli articoli 5 e 6 dello Statuto, relativi al potere esecutivo, non parlano della promulgazione.

Quanto alla teorica di FADDA e BENZA — che all'ARMANNI pare diversa da quella di GABBA — il che a noi non pare — l'ARMANNI osserva: che se si ammette la indagine sull'approvazione della legge, bisogna ammetter quella sul rito dell'approvazione, — il che già aveva detto la Corte di Lucca — perchè l'una e l'altra sono, in ipotesi, ugualmente necessarie; — che la giurisprudenza negante il sindacato giurisdizionale sull'esercizio del potere legislativo delegato, e sull'emanazione dei decreti-legge d'urgenza conferma la sua tesi, argomenti questi dei quali diremo in seguito (1).

(1) Vedi oltre nn. IX e XIII.

Degli inconvenienti pratici del sistema opposto, dei quali l'ARMANNI ragiona, non ci occupiamo, esulando dalla pura indagine scientifica.

Il MORTARA si associa egli pure a questa tesi (1), ma porta nella risoluzione alcune idee affatto personali. Egli sostiene ingegnosamente che la sanzione delle leggi — che l'articolo 6 dello Statuto — attribuisce al Re solo, è accertamento irrevocabile della volontà del potere legislativo, nel quale accertamento si include la prova della regolare sua manifestazione. Non adunque la promulgazione, ma la sanzione, (2) ostacola il sindacato giurisdizionale. Ed è anzi salutare il sottrarre l'indagine sull'esistenza stessa della legge alla indipendente libertà di apprezzamenti individuali dei magistrati e ritenere come regola statutaria, generale ed assoluta, che il magistrato debba riconoscere ed osservare come legge ogni provvedimento che sotto questo nome riportò la sanzione regia accertante la preventiva approvazione delle due camere.

f) Riassunto così, con una ampiezza necessaria per la precisione, lo stato della dottrina e della

(1) *Comm. del cod. e delle leggi di procedura civ.* (Milano, 1898), n. 110-113, pagg. 114-119.

(2) Anche il Morelli, *Il Re* (Bologna, 1899), pag. 681, dichiara che ormai la sanzione non è altro che una constatazione solenne della esistenza di una legge.

giurisprudenza, ci associamo senz'altro alla teorica che sostiene: esser dovere e diritto dell'autorità giudiziaria il sindacare — colla scorta delle proclamazioni ufficiali fatte dai presidenti delle Camere legislative — la veridicità o meglio la esattezza della dichiarazione del volere conforme delle Camere, risultante dall'atto formale della promulgazione.

Gli argomenti contrari non ci sembrano esatti.

Si attribuisce alla formola di promulgazione — o da altri, alla sanzione — (1) la forza di proclamare la verità assoluta dell'approvazione delle due Camere.

Ma questo concetto non è conforme a verità.

Lo si fonda anzitutto sulla dizione della legge del 1854; ma questa, a parer nostro, attribuisce al Re la facoltà di constatare, di dichiarare quella approvazione, non di crearla. Una diversa interpretazione convertirebbe un solenne atto, di puro carattere formale, in un atto sostanziale che non può attribuirsi al Capo d'uno Stato costituzionale. Si comprende la necessità d'una constatazione fatta dal Capo dello Stato del consenso dato da

(1) Dichiariamo subito che anche accettando il concetto del Mortara sulla *sanzione*, il nostro ragionamento serba il suo valore, perchè, in sostanza, l'A. chiama sanzione ciò che gli altri scrittori chiamano promulgazione.

due assemblee autonome; ma non la sostituzione del volere di Lui a quello di una delle assemblee. L'istituto della promulgazione rettamente inteso conferma — come acutamente osserva l'ORLANDO — (1) il diritto del magistrato « Difatti la formula di promulgazione è: *Il Senato e la Camera dei deputati hanno approvato. Noi abbiamo sanzionato e promulghiamo quanto segue.* Ora il ricordo di questa *approvazione* e di questa *sanzione* quale altro significato può avere, se non appunto questo, che l'esecutorietà della legge, effetto della promulgazione, è subordinata alla ipotesi di quell'approvazione e di quella sanzione? Se l'ipotesi manca, tutto vien meno ». La promulgazione, o la sanzione (nel senso che le dà il MORTARA) si applicano alla legge; questa deve preesistere, e, senza il consenso delle Camere e del Re, non esiste. L'inviolabilità e la sacertà della persona del Re, non si estendono ad un atto che si compie sotto la responsabilità ministeriale, come fu dichiarato autorevolmente dallo SCLOPIS nella relazione al Senato sul progetto di legge relativo alla sanzione e alla promulgazione delle leggi (2).

Si invoca in secondo luogo il carattere di atto pubblico di cui è rivestita la solennità della pro-

(1) *Op. e loc. cit.*

(2) In Ugo, *Sulle leggi incostituz.* pag. 89.

mulgazione. Questa osservazione, attinente al diritto probatorio, è grave, ma non ci sembra che risolva la questione contro il nostro assunto. Nell'atto di promulgazione, il Capo dello Stato, afferma l'avvenuta approvazione della legge; ma questa affermazione, come quella che non concerne un fatto avvenuto alla presenza del Sovrano — che non presenzia alle votazioni delle Camere, nè certo vi è rappresentato dai Ministri — non è coperto dalla fede pubblica (1). Anzi la fonte da cui il Capo dello Stato trae notizia dell'avvenuta approvazione non può, giuridicamente, essere che l'atto ufficiale del Parlamento, cosicchè questo stesso atto può essere invocato dall'Autorità giudiziaria per rettificare l'errore dell'atto di promulgazione. Ora l'atto ufficiale del Parlamento risulta da fonti che hanno carattere di vero atto pubblico, tali essendo i resoconti delle sedute dei due rami del Parlamento nei quali appare la proclamazione fatta dal Presidente (2). Di fronte a questo, che è vero atto pubblico, non vale l'attestazione contraria dell'atto di promulgazione, che non è coperta legalmente dalla fede propria dell'atto pubblico.

Ma se anche si volesse a codesta attestazione attribuire il valore di atto pubblico, è chiaro che

(1) Vedi *Lessona, Teoria delle prove*, III, n. 317, p. 311.

(2) *Lessona, Op. e vol. cit.* n. 93, pag. 78, nota 2.

l'errore materiale di essa si potrebbe — secondo la giurisprudenza — correggere dall'Autorità giudiziaria, poichè risulta da sincroni elementi ugualmente autentici (1).

Un grave peso ha pure l'argomento che il GABBA acutamente desunse dalla legge sul contenzioso amministrativo attribuente giurisdizione all'Autorità giudiziaria anche rispetto ai provvedimenti del potere esecutivo.

A questo argomento si è cercato in vario modo di rispondere.

Si è detto: la promulgazione è un atto d'impero, insindacabile dal magistrato.

Ma questa osservazione è frutto di un errore: la censura sulla legalità dell'atto d'impero è pacifica nella dottrina e nella giurisprudenza più autorevoli (2); ora il riconoscere che la promulgazione non constatò l'accordo delle Camere, ma lo credè, è sindacare la legalità di essa; che se si invocasse la legge sul Consiglio di Stato, il cui articolo 24 nega il ricorso alla IV^a Sezione contro gli atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico, risponderemmo che *gli interessi* non hanno tutela giurisdizionale avanti

(1) Lessona, *Op. e vol. cit.* pag. 389, nota 1.

(2) Vedi da ultimo Cass. Roma, Sez. Unite, 23 settembre 1896, est. Alaggia (*Foro it.* 1896, I, 1 1313).

alla IV^a Sezione, contro gli atti politici, ma *i diritti* la hanno, perchè la legge sul contenzioso amministrativo del 1865 la consente sebbene siano emanati provvedimenti del potere esecutivo, il che comprende appunto anche gli atti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico.

Senonchè si aggiunge non essere la promulgazione un atto del potere esecutivo, giacchè rende esecutiva la legge. L'argomento è specioso: il maggior numero dei nostri avversarii infatti dice espressamente che la promulgazione è atto del potere esecutivo: il potere esecutivo autonomo è statutario, non nasce già dopo la proclamazione di una legge; solo, in tale epoca, assume una nuova funzione.

Si aggiunge: la promulgazione delle leggi non è atto del potere esecutivo, perchè gli articoli 5 e 6 dello Statuto enumerano questi atti, e tacciono della promulgazione: di questa tocca — a parte — l'articolo 7. Ma l'argomento è fallace: basta rispondere che il Re sanziona le leggi e promulga le leggi, eppure — nel senso comune — nei due atti il Re esplica potestà sicuramente distinte. Se l'argomento contrario reggesse, si dovrebbe anche dire che la sanzione delle leggi non fa parte della potestà legislativa del Re, perchè l'articolo 3, relativo a codesta potestà, non ne fa parola.

La sentenza lucchese opina che il sindacato sulla

promulgazione colpirebbe anche il potere legislativo cioè l'approvazione delle Camere, ma l'equivoco dell'argomento è manifesto, e già lo scorse l'ARMANNI, che pure divide la tesi della Corte di Lucca. Dire che dalla proclamazione del voto d'una Camera non risulta l'approvazione d'un disegno di legge che l'atto promulgativo dice approvato, è confermare non colpire l'atto del potere legislativo.

Si obietta ancora: che se si ammette il sindacato contro l'atto promulgativo, a mezzo delle risultanze degli atti parlamentari, bisogna pure sindacare gl'*interna corporis*. Ma questo sindacato è illecito, dunque è illecito anche quello.

Noi vedremo fra poco che il sindacato degli *interna corporis* è vietato (1); ma l'analogia fra i due casi non regge: altro è accertare se la Camera consentì — altro se consentì ritualmente. Altro è, diremo col linguaggio del diritto privato, accertare se in un negozio giuridico v'è consenso — altro se vi è consenso valido.

La ricerca del consenso della Camera si compie con una constatazione materiale, esterna, quasi tangibile — la ricerca sulla validità del consenso, implica un sindacato sulla legalità della procedura della Camera, la quale dipende dai suoi regolamenti, si compie a norma di essi e tali regolamenti

(1) V. oltre, VI, n. 2.

sono leggi che l'Autorità Giudiziaria deve riconoscere (art. 61 Statuto fondam.), anche se contrarii allo Statuto (1).

2. Contro l'autorità della legge può eccepirsi la nullità della procedura di approvazione.

Ma dalle cose dette risulta sicura la opinione che l'Autorità Giudiziaria non può sindacare gl'*interna corporis* dei due rami del parlamento: alle autorità e alle ragioni accennate nel corso della indagine precedente, nulla abbiamo da aggiungere (2)

VII.

Contro l'applicazione delle leggi in senso stretto può eccepirsi che esse *non furono sanzionate — promulgate — pubblicate.*

Quanto alla sanzione e alla promulgazione, l'Autorità Giudiziaria, per tesi pacifica (3) — può sindacarne la legalità; quanto alla pubblicazione essa risulta da fatti materiali constatati in atti pubblici che fanno fede fino a querela di falso.

(1) Su di ciò, v. oltre n. VIII.

(2) Per abbondanza ricordiamo: **Bianchi**, *op. cit.* n. 19; **Saredo**, *op. cit.* n. 468, pag. 356 e la dottrina tedesca ricordata in **Windscheid**, *Pand.* § 14, nota 2 a pag. 48, ediz. ital. e la nota di **Fadda e Bensa**, a pagg. 109-111.

(3) Vedi retro n. 6, lett. c, la sent. della Corte di Lucca; **Fadda e Bensa**, *op. e loc. cit.*; **Saredo**, *op. cit.* n. 67 e seg. pag. 158.

VIII.

Un' obbiezione contro l'intrinseco della legge potrebbe muoversi coll'osservare che *la legge è incostituzionale nel contenuto perchè contraria alle disposizioni dello Statuto.*

Ma dato il nostro regime costituzionale, che unifica il potere legislativo con quello costituente — dato il nostro regime giudiziario, che non conosce una magistratura incaricata di impedire al potere legislativo la contraddizione colle norme sostantive statutarie, è ormai pacifica la tesi che il potere giudiziario non può ricusare di applicare una legge che creda contraria allo Statuto, essenzialmente perchè non vi possono essere leggi contrarie alla costituzione: le leggi in opposizione con essa, si devono considerare come sue legittime modificazioni. La tesi ha avuto qualche contraddittore, ma ormai è pacifica nel diritto positivo (1).

(1) Vedi in questo senso: Ugo, *Sulle leggi incostituzionali* (1887); *Altre osservazioni sulle leggi incostit.* (1888); Bianchi, *Principii generali sulle leggi*, n. 19; Saredo, *op. cit.* pagg. 147 e 356, nota 1; Gabba, *loc. cit.*; Fadda e Bensa, *op. e loc. cit.* pag. 108; Lai, *op. cit.* § 60, pag. 75; Mortara, *op. cit.* n. 108, p. 112; Orlando, *Teoria giuridica, delle guarentigie della libertà nella Bibl. di scienze politiche*, vol. V, pag. 945 e seg. Anche la giurisprudenza è pacifica: v. p. es. Cass. Torino, 26 gennaio 1871 (*Giur. Tor.* VIII, 130); Cass. Roma, 15 giugno 1880 (*Foro it.* 1880, I, 860).

CAPO SECONDO

LA LEGALITÀ DELLE NORME DEL POTERE ESECUTIVO

SOMMARIO

- IX. Leggi e regolamenti delegati.
- X. Testi unici.
- XI. Regolamenti esecutivi e indipendenti.
- XII. Circolari ministeriali.
- XIII. Decreti-legge (ordinanze d'urgenza o di necessità).
 - 1° Concetto e caratteri.
 - 2° Teorica che li dichiara legali e sua confutazione.
 - a) Il testo letterale dell'art. 6 dello Statuto.
 - b) La pratica inglese.
 - c) Le costituzioni straniere.
 - d) La consuetudine italiana.
 - e) Lo stato di necessità.
 - α) L'imprevedibilità sua rispetto allo Statuto.
 - β) La genesi storica dell'art. 6 dello Statuto.
 - γ) L'insufficienza dei regolamenti parlamentari.
 - δ) La guarentigia del controllo parlamentare.
 - e) L'impotenza del Governo.
 - 3° Teoriche che consentono un parziale sindacato giurisdizionale.
 - a) Facoltà nel magistrato di constatare l'urgenza, la necessità, l'eccezionalità del caso.
 - b) Facoltà nel magistrato di constatare il concorso di condizioni formali.
 - 4° Teorica che dichiara illegali i decreti-legge, ma nega il sindacato giurisdizionale.

IX.

I caratteri e gli effetti delle leggi ricorrono pure in taluni *provvedimenti del potere esecutivo*. Questi provvedimenti sono di varia natura:

Abbiamo anzitutto delle *leggi delegate*, cioè dei provvedimenti o norme giuridiche, di sicura e constatata competenza del potere legislativo, ma la cui confezione è dal potere legislativo delegata al potere esecutivo, o in forma generale (pieni poteri) o in forma speciale, cioè mediante incarico determinato (1). Abbiamo poi i *regolamenti delegati*, i quali suppongono una legge al cui svolgimento sono destinati, ma per la cui confezione il potere legislativo conferisce un mandato espresso al fine di consentire un potere più ampio e più libero di quello derivante dalla costituzione. La differenza fra leggi delegate e disposizioni regolamentari delegate è sottilissima: con ragione il CAMMEO dice che poggia su criterii puramente empirici (2).

La forma della delegazione è di competenza del diritto costituzionale: a noi basta il ricercare se ed in qual modo si svolga, rispetto al suo esercizio, il sindacato giurisdizionale. Intanto crediamo che lo accertare in fatto se vi fu delegazione sia sicuro compito dell'Autorità Giudiziaria, e che nessuna distinzione possa farsi circa l'eseguimento

(1) Sul tema delle leggi delegate, v. Galeotti, *La legge*, 1890, I, pagg. 171-173. In Francia la loro costituzionalità fu testè impugnata dal Berthelémy (*Revue pol. et parl.* 1898, pag. 5, 322).

(2) *Op. cit.* pag. 187.

della delegazione fra le due specie di delegazione, poichè la sostanza è sempre identica. E quindi chiediamo: l'Autorità Giudiziaria può sindacare se il potere delegato si mantenne nei limiti d'oggetto — di tempo — di subordinazione — prefissi dal potere delegante per riconoscere al suo operato il carattere di legge?

A questo proposito noi abbiamo due teorie opposte.

La prima sostiene che soltanto il potere legislativo delegante — come mandante — ha diritto e interesse a sindacare l'osservanza dei limiti suaccennati (1) — la seconda invece sostiene che

(1) Fadda e Bensa, *op. e loc. cit.* pag. 111; De Falco, *Discorso inaug. alla Cass. di Roma*, 1877; De Murtas, *Giust. amm.* p. 33; App. Casale, 24 novembre 1877 (*Legge*, 1878, II, 193); Cass. Roma, 7 ottobre 1896 (*Corte Sup. Rom.* 1897, I, 503); 27 febbraio 1894 (*Legge*, 1894, I, 580, est. Masi); Cons. Stato 12 ottobre 1894, *Legge*, 1894, II, 674); 11 gennaio 1895 (*ivi*, 1895, I, 203): App. Napoli, 28 ottobre 1869, est. Ludovici (*Annali*, III, 1, 411). Riferiamo i motivi della sentenza della Cass. di Roma del 27 febbraio 1894, che, per quanto togliti, ci sembrano senza contenuto scientifico:

« La stessa domanda può elevarsi per i Decreti Regi che dispongono di materia legislativa, emessi in seguito e nell'esercizio della delegazione ottenuta dai poteri legislativi dello Stato.

« Essi costituzionalmente sono leggi: questo carattere ricevono dalla delegazione: organo del potere legislativo

quel diritto spetta anche al potere giurisdizionale (1).

Noi crediamo preferibile questa seconda opinione anzitutto perchè l'interesse che il potere delegato

è il governo emanandoli; e la qualità e quantità di forza obbligatoria in essi, è commisurata in ragione dell'atto legislativo che conferì il potere, non dalla funzione governativa che lo esercita: nè per scorgere e dimostrare ciò ricorre la necessità di applicare a sì alta materia di diritto pubblico i principii del civile mandato.

« Rivestono fin dall'origine tanta e così palese autorità di legge che, esaurita con essi la conferita delegazione, non possono dal governo revocarsi e modificarsi e come legge obbligano e vincolano tutti i poteri, che nei varii ordini e rami attuano la funzione governativa.

« Solo fra essi non potrebbe sottrarsene il potere giudiziario costituito appunto all'ufficio di interpretare e mantenere la esecuzione delle leggi, di tutte le leggi nelle forme legittime formate, sanzionate e promulgate.

« Riconoscere la legale esistenza di una legge è certamente suo potere e debito perchè la sua esistenza legale è condizione dell'esplicamento della funzione giudiziaria: ma nel decreto legislativo non riconoscere subito la qualità di legge e discuterne le disposizioni col ricercare la ragione e la estensione della delegazione, importa usurpare un sindacato costituzionale da nessuna legge attribuitogli contraddicendo al principio organico, per cui delegazione ed esercizio si congiungono inscindibilmente in un unico atto. »

(1) Saredo, *op. cit.* n. 276-280; Lai, *op. cit.* § 62, p. 78; Cammeo, *op. cit.* nn. 107-109; Michelini, *Disc. alla Camera* (in Mancini e Galeotti, *Norme ed usi del Parl. ital.* p. 434);

non esorbiti è dello Stato, non già del potere delegante solo, quasi si trattasse della esecuzione d'un mandato di diritto privato — poi perchè il sindacato sui limiti si risolve nella interpretazione e nella applicazione di una legge, (che tale è la delegazione) e codeste sono funzioni caratteristiche della potestà giurisdizionale. D'altronde una ratifica parlamentare, non rivestente forma di legge, non vincola il giudice. La distinzione fra cattiva esecuzione del mandato, insindacabile dal giudice anche quando il delegato viola la legge, e l'eccesso nel mandato, sindacabile dal giudice, affacciata da alcuni scrittori pei regolamenti delegati (1) non ci sembra nè chiara nè precisa.

X.

Abbiamo in secondo luogo i *testi unici* o leggi (proprie o delegate) coordinate ad unità dal potere esecutivo per incarico del potere legislativo. Qui

Ugo, *Sulle leggi incostit.* n. 109; Grippo, *Il potere giudiz.* § 31; Codacci Pisanelli, *Legge e regolamento* (Napoli, 1888, pag. 98-99); Cons. Stato 19 giugno 1897, rel. Imperatrice (*Giur. it.* 1897, III, 245); Cass. Roma, 17 luglio 1878, est. Canonico (*Ann.* XI, II, 189); App. Genova, 16 ottobre 1879 (*Eco Gen.* 1880, I, 11); Cass. Torino, 5 febbraio 1867 (*Giur. Tor.* IV, 680).

(1) Bianchi, *op. cit.* n. 22; Fiore, *Delle disp. gen. sulle leggi* (Napoli, 1891), n. 15, pag. 84.

il potere esecutivo nulla può creare, nulla distruggere; solo deve ridurre armonicamente tutte le disposizioni esistenti, togliendo le antinomie, le superfluità e simili. L'esercizio di questa facoltà, meramente ordinatrice, è, per unanime opinione, soggetto al sindacato giurisdizionale (1).

XI.

Abbiamo in terzo luogo i *regolamenti*, fatti dal potere esecutivo, per diritto proprio, senza intervento del potere legislativo. Questi regolamenti — diversamente classificati dagli scrittori — sembra a noi possano correttamente distinguersi in due classi: *regolamenti esecutivi* di una legge determinata, *regolamenti indipendenti*, relativi cioè a materie che il potere esecutivo, in fatto, riguarda pacificamente come sue: anche questi hanno sempre una necessaria subordinazione alle leggi creatrici dei servizi pubblici e alla legge del bilancio (2).

Si chiede se la constatazione della legalità dei regolamenti spetti al potere giudiziario. La risposta

(1) Mortara, *op. cit.* n. 85, p. 87; Cammeo, *op. cit.* n. 113, p. 185; App. Firenze, 17 febbraio 1869 (*Annali*, III, 2, 3); Cass. Torino, 5 settembre 1867 (*Giur. Tor.* IV, 680).

(2) Mortara, *op. cit.* n. 79, pag. 83; n. 81, pag. 85.

affermativa presso di noi (1) è indiscussa, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza (2): e poggia sull'articolo 5 Legge Contenzioso amministrativo. La giurisprudenza anzi ci presenta di continuo decisioni colle quali si dichiarano costituzionali o incostituzionali determinati regolamenti, il che attesta che l'Autorità Giudiziaria reputa sempre suo compito il sindacato relativo, comunque in fatto lo esplichì.

XII.

Abbiamo da ultimo le *circolari ministeriali*, cioè le dichiarazioni fatte ai loro dipendenti dai Capi delle singole amministrazioni circa il modo da eseguirsi per l'interpretazione e la applicazione delle leggi. Anche qui è assolutamente pacifico che tali dichiarazioni, se vincolano i funzionarii, non obbligano nè i magistrati nè i cittadini (3), per l'es-

(1) Così è ora in Francia (V. Baudry-Lacantinerie, *Tr. de Dr. Civ.* Paris, 1896, I, n. 87), mentre sotto l'impero della Costituzione 22 frimaio, anno, VIII, art. 21 solo il Senato decideva della costituzionalità dei regolamenti.

(2) V. per tutti: Saredo, *op. cit.* n. 275 e seg.; Bianchi, *op. cit.* n. 18 a 20 e la copiosa giurisprudenza ivi ricordata.

(3) V. per tutti: Saredo, *op. cit.* n. 292; Bianchi, *op. cit.* n. 17; Cass. Roma, 11 febbraio 1879 (*Annali*, 1879, 116); 26 gennaio 1884 (*Legge*, 1884, I, 691).

senziale ragione che « l'interpretazione delle leggi, in modo per tutti obbligatorio, spetta esclusivamente al potere legislativo » (art. 73 Stat. fond.).

XIII.

Ma se, fino a questo punto, la concordia delle opinioni o la evidenza delle soluzioni rende facile il decidere, vi è, per ultimo, un punto di eccezionale difficoltà, cioè la ricerca relativa alla legittimità dei così detti *decreti-legge*, od *ordinanze anticipate o d'urgenza* (1), un provvedimento che almeno ha un nome logico nei diritti germanici (ordinanza di necessità), mentre in Francia e da noi ha una denominazione di per sè anti-giuridica (decreto-legge).

1° Comunque si chiamino, i decreti-legge risultano dall'esercizio eccezionale della facoltà legislativa compiuto dal potere esecutivo: è il Capo dello Stato che esercita da solo il potere legislativo sulla re-

(1) L'ipotesi dei decreti proclamanti lo *stato d'assedio* non appartiene al punto in esame, perchè il Governo mai li emanò in forma di decreti legge: la loro esistenza giuridica dipende solo dal decidere, interpretando l'art. 5 dello Statuto, se questo sia applicabile alla dichiarazione dello stato di guerra civile, e sulla conseguente applicazione degli art. 243, 246 cod. pen. per l'esercito.

sponsabilità dei Ministri, per motivo d'urgenza, e coll'obbligo di chiedere la ratifica.

Questi concetti — pacifici in dottrina (1) — sono pure accolti in giurisprudenza. La Cassazione di Roma, nel ribadire la sua teorica dell'inesistenza di un sindacato giurisdizionale sui decreti-legge, così ne delinea i caratteri:

« Le dichiarazioni che nella relazione del decreto-legge esistano sulla *urgenza* che reclama il provvedimento — sulla *responsabilità* a cui il Governo si sottopone volontariamente emettendolo — e la clausola che *l'atto sarebbe stato sottoposto all'approvazione del parlamento*, per una dottrina sanzionata dalla giurisprudenza di questa Corte, bastano a rendere costituzionale il decreto impugnato siccome contrario allo Statuto » (2).

2° A proposito dei decreti-legge crediamo che essi siano illegali — e che quindi il dovere del magistrato sia quello di ricusarne l'applicazione.

Questo principio esige una dimostrazione piuttosto ampia, poichè ad esso non solo si contrappone

(1) V. per tutti: Mortara, *op. cit.* n. 86, p. 87; Morelli, *Il Re*, § 61.

(2) Cass. Roma, Sez. Unite, 11 maggio 1896, est. Troise (*Giur. it.* 1896, I, 1, col. 467).

una dottrina nettamente opposta (1) ma anche vi si contrappongono alcune dottrine intermedie.

Cominciamo dal dimostrare la illegalità dei decreti-legge (2). Il confronto fra gli articoli 3, 6 e 82

(1) La legalità dei decreti-legge e il conseguente dovere del magistrato di applicarli senz'altro come vere leggi, è propugnata in forma assoluta dalla Cass. di Roma, 17 novembre 1888, est. Majelli; 11 maggio 1896, est. Troise, 29 dicembre 1899, est. Gui (*Giur. it.* 1839, I, 3, 70; 1896, I, 1, 467; *La Giustizia*, 1900, p. 18) e dal Tribunale di Spoleto, 27 dicembre 1899 (*La Giustizia*, 1900, pag. 2).

(2) L'illegalità dei decreti-legge in generale e senza distinzioni è propugnata da Saredo, *Trattato delle leggi*, n. 272, pag. 262; Porro nel *Mon. Trib. Mil.* 1899, agosto; Galeotti, *Facoltà legisl. del Gov.* (nella *Legge*, 1890, I, 171 e seg.); Rossi L., *Il D. L. sui provvedimenti politici davanti al diritto e al pot. giud.* (Venezia, 1899); Lucchini, *Il D. L. sui provvedimenti politici* (nella *Riv. Pen.* 1899, pagg. 125-143); Urtoller, *La compet. legisl. e il D. L.* (Roma, 1896); Gabba B. (nei *Rendic. Ist. Lomb.* 1896, XXIX, pag. 409 e seg.); Presutti, *Il D. L. 22 giugno 1899 avanti la giurisdizione penale* (nella *Giur. ital.* 1899, II, 367). Anche S. E. Pelloux nell'atto in cui chiedeva alla Camera di legittimare il D. L. 22 giugno 1899 diceva ripetutamente che codesto decreto non era legale (*Atti Parl. Cam. Dep.*, *Legisl. XX*, Sess. 2^a Discuss. 2^a tornata 28 giugno 1899, pag. 4786).

Ma alcuni vogliono distinguere accettando il D. L. in caso di necessità tecnica (p. es. catenacci, proroghe di termini perentorii) non nei casi di pretesa necessità po-

dello Statuto ci sembra dimostri questa tesi con un'evidenza, che, se si trattasse di un tema non perturbato dalla politica, non ammetterebbe replica: per l'articolo 3 il potere legislativo è esercitato collettivamente dal Re e da due Camere — per l'articolo 6 il Re fa i decreti e i regolamenti necessari per l'esecuzione delle leggi, senza sospenderne l'osservanza o dispensarne — per l'articolo 82, solo fino a che lo Statuto non avrà il suo pieno effetto, (non quindi dopo) sarà provveduto al pubblico servizio d'urgenza con sovrane disposizioni... Dunque il Capo dello Stato, da solo, non può fare leggi, e leggi pre-

litica nei quali l'applicazione del D. L. porti seco conseguenze irrimediabili. Si dice p. es.: la mancata conversione in legge del catenaccio doganale non porta danni irreparabili, potendo esser restituito sempre il pagato in più; la mancata conversione in legge d'un D. L. che alteri il sistema penale è invece palesemente causa di mali irreparabili. V. in questo senso: Valdata, nei *Tribunali*, 15 ottobre 1899; Morelli, *Il Re*, § 61 e le dichiarazioni degli on. Gallo, Colombo e Fortis, nella 2ª tornata 28 giugno 1899 alla Camera, vol. cit. 4776; 4780; 4783. Per contro v'ha chi espressamente attacca l'illegalità dei catenacci. V. in questo senso: Scopelliti, *I D. L. di catenaccio* (Torino, 1897).

Per conto nostro reputiamo illegale ogni forma di D. L. di fronte al sindacato del giudice, come dimostriamo nel testo.

tendono di essere i decreti-legge. Senonchè a questa perspicua dimostrazione si oppongono molti argomenti.

a) *L'articolo 6 dello Statuto*, dice il MORELLI, vieta al Re di sospendere o di dispensare dall'osservanza delle leggi — ma il decreto-legge surroga una nuova norma giuridica, anzichè sospendere l'osservanza della norma antica. L'argomento è errato. Anzitutto potrebbe accadere che un decreto-legge sospendesse veramente la osservanza d'una legge (1). Poi è facile rispondere che la nostra opinione non è tutta poggiata sull'articolo 6, sibbene anche sull'articolo 3 che nega al solo capo dello Stato l'esercizio del potere legislativo. Il che risponde a coloro che dicono essere l'articolo 6 estraneo alla questione come quello che solo contempla i provvedimenti esecutivi: ogni altra norma giuridica del solo potere esecutivo è vietata dall'articolo 3.

Infine è chiaro che il surrogare una nuova norma significa ben più che sospendere l'osservanza della legge, ma addirittura abrogarla.

(1) Infatti « l'ordinanza di necessità è quella che di fronte a qualsiasi forza superiore e considerevole, *sospende l'esecuzione d'una legge esistente*, oppure, sempre in stato di tale necessità, impone obblighi che non sono stabiliti da alcuna legge ». Così il Fontanive, *Teoria dei D. L.* p. 15.

b) Si invoca da molti *la pratica inglese* la quale riconosce alla Corona la facoltà di anticipare l'azione parlamentare.

L'esempio — superfluo dimostrarlo — sarebbe non solo autorevolissimo, ma quasi senza risposta.

Ma il vero è che quell'esempio è invocato fuori posto.

Per quanto sia difficile invocare esattamente il diritto straniero, crediamo che le nostre osservazioni abbiano almeno autorità uguale a quelle degli avversarii. Ora le ordinanze d'urgenza inglesi — dice autorevolmente il ROSSI (1) — se non si fondano, in qualche caso rarissimo, sopra una legge formale, ritraggono però la loro efficacia dal diritto comune del Reame, con un procedimento così spiccatamente inglese, che noi continentali neppure potremmo comprendere. Questo fondamento nel diritto comune del Reame delle ordinanze inglesi, ci è confermato dal DUPRIEZ (2) il quale avverte: « Le Camere, investite del diritto di votare i fondi, hanno strappato uno ad uno i diritti attinenti alla Corona, ma non hanno mai tracciato una precisa linea di distinzione fra la loro sfera d'azione e la competenza del Re. Fra i rari avanzi dell'antica po-

(1) *Loc. cit.* pag. 33.

(2) *Les ministres dans les principaux pays* (Paris 1892), I, pagg. 149-151.

tenza reale sfuggiti alle conquiste del Parlamento, troviamo una potestà regolamentare indipendente, un potere legislativo su talune materie, specie negli affari internazionali e coloniali. Questi regolamenti, fatti a nome del Re in virtù della sua prerogativa hanno forma di *orders in council*. Ma ogni Corte di giustizia alla quale si chiede l'applicazione di un *order in council* debitamente fatto e pubblicato, ha il diritto di assicurarsi della sua validità ed anche della esattezza dei fatti che vi sono allegati » (1).

Anche il prof. CODACCI-PISANELLI dimostra la inefficacia dello argomento desunto dal diritto inglese. L'ordinanza d'urgenza ha base in Inghilterra perchè colà il Parlamento, proclamando il divieto di dispensare o di sospendere dall'osservanza delle leggi, e non volendo disconoscere la

(1) Il Lucchini, (*loc. cit.*) pag. 149, ricorda: « Pur testè un membro della Camera dei Comuni chiedeva conto al Governo della legalità di certa disposizione regolamentare emanata dal potere esecutivo; e il sottosegretario di Stato per l'interno gli rispondeva breve breve esservi un solo modo per accertarsene: rivolgersi al magistrato ». Ed il Porro, *loc. cit.* n. 23 avverte che la teorica del Peel, invocata dagli avversarii, significa solo che il Governo può violare la Costituzione in casi estremi, sperando che non sorgano ostacoli giuridici, per la spontanea acquiescenza del popolo.

necessità e quindi la possibilità, in momenti di suprema urgenza, di una potestà straordinaria, si riservò di determinare, con apposito statuto, i casi in cui se ne potesse far uso. Questa legge però non fu mai fatta, perchè il Parlamento non si seppe decidere ad affrontare le difficoltà e i rischi che essa presentava. Si preferì quindi di ricorrere all'ingegnoso espediente di far passare come atto del Parlamento l'atto eccezionale del Governo: ciò si ottenne con l'istituto del bill d'indennità, che fu sempre concesso con relativa facilità, senza che si pensasse più a fare lo Statuto promesso sui casi d'urgenza. E il CODACCI-PISANELLI, riassunto così l'insegnamento dello GNEIST (1) conclude: «questo addentellato costituito dalla promessa d'una legge alla cui mancanza si supplisce facendo caso per caso ciò che non si volle preventivamente regolare in via generale, manca nei paesi ove il divieto di dispensa o di sospensione fu stabilito senza riserva e senza promessa di provvedere per legge alle possibili e necessarie eccezioni. Questa mancanza, avvalorata dal confronto, è uno dei più efficaci argomenti che si possano addurre da chi combatte l'ammissibilità delle ordinanze di urgenza nel diritto italiano ».

(1) Anche il *Cammeo*, *op. cit.* n. 120 riproduce lo stesso insegnamento.

Bastano, a nostro parere, i brani surriferiti per dimostrare come l'esempio inglese non giovi affatto (1): l'ordinanza d'urgenza inglese è giustificata da elementi di fatto mancanti presso di noi; ma se quei peculiari elementi la giustificano colà, non la legittimano presso il potere giudiziario inglese. Che se — a questo punto — ci si opponesse la superiorità politica del magistrato inglese sul nostro, potremmo rispondere che sarebbe una triste sorte la nostra se dovessimo piegare all'esempio inglese per consentire al potere esecutivo di violare lo Statuto, ma dovessimo scostarcene per vietare al potere giudiziario di sindacarlo.

e) *L'esempio delle costituzioni che consentono le ordinanze d'urgenza* (Prussia, Wurtemberg, Sassonia,

(1) Anche l'on. B. Gabba, *Del così detto potere politico a proposito dei decreti-legge* (in *Rendic. Ist. Lomb.* 1896, vol. XXIX, pag. 412) dopo avere esaminato questo aspetto della questione, conclude: « Io non trovo nella legislazione inglese, dopo che l'assetto costituzionale fu stabile e definitivo, nessuna traccia della ibrida creazione che noi usiamo battezzare decreto-legge. » E il Brunialti (*La legge nello stato moderno nella Bibl. di scienze polit.* IV, I, pagg. CCXXIV-CCXXVII): conclude nello stesso senso dopo un'ampia analisi della dottrina inglese: e se è vero che dichiara di comprendere l'opportunità dei decreti rispondenti a pubbliche necessità (*loc. cit.* pag. CCXLII), non ne dichiara punto la legalità rispetto al giudice.

Baden, Assia, Austria) (1), sta evidentemente a favore, non contro, la tesi della illegalità di esse nel nostro Statuto tanto più che concernono paesi retti tuttora a governo costituzionale e non parlamentare, quale è divenuto il nostro. Anzi è tanto più significativo il silenzio del nostro Statuto che pure intese solo di attuare il governo puramente costituzionale.

Ma poi a che citare esempi di legislazione comparata? Li comprenderemmo per trarne norma nel silenzio della nostra: ma il vero è che il nostro Statuto non tace, ma dispone, e dispone con un esplicito divieto quale è quello degli articoli 3 e 6 dello Statuto.

d) Neppure si potrebbe dire che *la consuetudine* — così viva fonte di diritto pubblico — approva le ordinanze di urgenza.

Rispondiamo tosto con due osservazioni: la prima che la conversione in legge o la convalidazione, si-

(1) A proposito della Costituzione austriaca, ci sembra essenziale — come sintomo — il ricordare che la Camera dei deputati, il 6 novembre 1899, con 167 voti favorevoli contro 110 contrarii votò l'abrogazione dell'art. 14 che appunto concerne le ordinanze d'urgenza. La maggioranza non fu però sufficiente occorrendo — per le modifiche della costituzione — l'approvazione dei due terzi dei votanti.

gnificano entrambe la illegalità iniziale dell'atto. Si converte in legge ciò che legge non era — o si convalida colla ratifica ciò che era nullo per difetto di mandato.

Inoltre il fatto che il Parlamento ratificò molti decreti di urgenza — non tutti — dimostra che approvò i provvedimenti concreti non il sistema che li aveva creati, anzi contro il sistema vi furono sempre divergenze fra gli uomini parlamentari, e riserve e moniti ed una volta il sistema stesso (Ordine del giorno 19 dicembre 1865 della Camera) fu apertamente condannato (1).

e) Senonchè, esclusa l'origine legittima dei decreti-legge dalle fonti consuete del diritto costituzionale, si vuole trovarne la giustificazione nel *diritto di necessità* — il succedaneo costituzionale — come lo si rappresenta — del colpo di stato o della ragion di Stato.

(1) V. la diligentissima esposizione del Galeotti (*loc. cit.*) il quale appunto conclude: « Perchè l'approvazione si potesse considerare estesa alla facoltà del Governo di compiere atti di quella natura, bisognerebbe che il consenso, il voto del Parlamento, fosse caduto espressamente sulla facoltà medesima; senza di che non vi ha per quegli atti che una semplice tolleranza politica dalla quale non può trarsi nessuna conseguenza nell'ordine giuridico » (p. 176-177).

α) Ma è facile rispondere che questo diritto di necessità, come fu previsto espressamente da altre costituzioni, *poteva essere preveduto* dalla nostra, poichè — se sono imprevedibili gli eventi singoli che lo creerebbero caso per caso — non è imprevedibile l'evento in generale (1), e tanto meno era imprevedibile in Piemonte, atteso il momento politicamente gravissimo in cui lo Statuto fu lealmente concesso.

β) Senonchè alcuni hanno voluto scorgere, nella *genesi storica* dell'articolo 6 dello Statuto, un argomento contrario. Questa origine storica la esporremo valendoci del *Procès-verbal de la séance du 7 février 1848* del *Conseil de Conférence présidé par Sa Majesté* (2).

« On est venu ensuite à la lecture de l'article portant... (Il Re)... « *dà tutti gli ordini necessarii per l'esecuzione delle leggi, senza sospenderle o di-*
« *spensare GIAMMAI dall'osservarle* ».

« Ici il a été proposé de supprimer la dernière phrase de l'article (*quella da noi trascritta*) comme

(1) Anche nel diritto penale è intuitivo che la legittima difesa è una scriminante, eppure il legislatore lo ha espressamente dichiarato (art. 49, n. 2, Cod. pen.).

(2) *Lo Statuto di Carlo Alberto secondo i processi verbali del Consiglio di Conferenza*, a cura di Domenico Zanichelli (Roma, 1898), pagg. 69-70.

superflue. Quelques membres ont été de cet avis, entr'autres le Comte de la Tour, le Chevalier de Collegno, le Marquis Raggi. Il a même été remarqué que cet article n'existait pas dans la Constitution de France avant la révolution de 1830. Mais la majorité des voix, sur la considération que la suppression de cette phrase dans un article copié de la constitution de France, pourrait faire naître le doute qu'il y eût une arrière-pensée, a jugé qu'il était plus prudent de ne pas l'omettre. On a cependant unanimement consenti, sur la proposition du Comte Borelli, a enlever le mot jamais » (1).

Si è detto che la soppressione dell'avverbio *giammai* significa che in qualche caso il Re può sospendere l'osservanza delle leggi o dispensarne.

Ma l'argomento è già stato vittoriosamente ribattuto (2), sia perchè — col *giammai* o senza — l'articolo 6 è sempre chiarissimo — sia perchè lo

(1) Segnaliamo col Porro (*loc. cit.*) a proposito dell'art. 6 dello Statuto — che la Cass. di Roma (17 novembre 1888 est. Majelli, *Giur. it.* 1889, I, 3, col. 70) e la Corte di Milano (1° agosto 1899, *La Cass. Un.* 1899, col. 1465), ricordando l'art. 6 ne citano bensì la parte attribuite al Re la facoltà di fare decreti e regolamenti — ma *tacciano della restrizione relativa alla sospensione delle leggi e alla dispensa dalla loro osservanza!*

(2) Vedi specialmente Mortara, *op. cit.* n. 88, pag. 90; Porro, *loc. cit.*; Urtoller, *op. cit.*

spirito informatore della discussione — che perfino reputava superflua la disposizione e solo la include per timore di un'*arrière-pensée* — è troppo esplicita nel togliere alla soppressione il senso che le si vuol dare, e ciò tanto più che il motivo della soppressione non risulta. Si è inoltre opportunamente osservato che il Re non volle più legiferare in forma assoluta anche prima della promulgazione dello Statuto, fatto che costituisce — più d'una logomachia — l'interpretazione effettiva della legge.

γ) Senonchè alcuni giustificano il diritto di necessità invocando i *vizi della procedura parlamentare*. Questa tesi fu propugnata dal SONNINO, ben inteso fuori d'ogni considerazione giuridica. « Il retto funzionamento degli istituti rappresentativi richiede la eliminazione dei decreti-legge, ma tale eliminazione è praticamente subordinata alle garanzie di una sollecita risoluzione delle questioni sottoposte con carattere d'urgenza al Parlamento » (1). Sebbene qui la questione sia tutta nel campo politico, nel quale il diritto non entra, noi osserviamo che i regolamenti del Parlamento sono per l'articolo 61 dello Statuto, nell'esclusivo dominio delle Camere, cosicchè l'eventuale colpa

(1) *I Decreti-Legge e il regolamento della Camera* (nella *Nuova Antologia*, 1899, pagg. 296-308).

di queste nel non averli riformati, non può attribuire diritti al potere esecutivo. Del pari ci parrebbe pericoloso il creare una procedura sommaria d'approvazione, lasciando al solo Governo l'arbitrio di pretenderne l'uso a riguardo dei disegni di legge che gli sembrano urgenti. Infine, giuridicamente, nessuno vorrebbe consentire la violazione, implicita ma sicura, delle leggi di rito, solo perchè paiono disadatte allo scopo.

δ) Ad ovviare i timori che in tutti suscitano i decreti-legge come sistema, si presenta il *controllo Parlamentare*. Ma noi, pure prescindendo dalla poca fede nella efficacia di questo controllo, osserviamo che la sua esistenza, teorica od anche pratica ed effettiva, non esclude il controllo giudiziario. Anche pei regolamenti illegali v'è il controllo parlamentare, eppure nessuno nega quello giudiziario. In verità i due controlli sono perfettamente distinti ed autonomi. Il controllo parlamentare ha solo e sempre carattere politico, mentre quello giudiziario ha solo e sempre carattere giuridico: essi pertanto, potendo materialmente coesistere, devono concorrere (1), perchè, ripetiamo, il Parla-

(1) Il *Freemann* (in *Porro, loc. cit.*) dichiara in proposito: « La risoluzione parlamentare di costituzionalità di un atto del Gabinetto si colloca sopra un terreno che non

mento sindacaca l'usurpazione di una *funzione* tutta sua, il Magistrato tutela i *diritti* di tutti. Se bastasse al potere esecutivo invocare l'urgenza e la necessità, come la invoca avanti al Parlamento, per paralizzare il Magistrato, questo non potrebbe più esercitare la sua funzione di controllo, se non col beneplacito del potere esecutivo.

ε) Si aggiunge che il Governo non può essere ridotto all'impotenza di fronte a condizioni eccezionali, gravissime, urgenti.

Senonchè può bene osservarsi che intanto in molti casi quelle condizioni si invocarono sebbene inesistenti, come quando, a parlamento aperto, furono emanati decreti-legge non di catenaccio, e allora si può anche concludere che spesso il Governo vi fece ricorso per forzare la mano al Parlamento, presentandogli il fatto compiuto, e invocando un diritto di necessità per non voler sottoporre al Parlamento lo stato di necessità affinchè si creasse la norma giuridica atta a fronteggiarlo.

Ma ciò a parte in linea di fatto, in diritto è manifesto che il Governo non può provvedere le-

ha nulla di comune con la conformità o meno al diritto, all'infuori di quella sfera in cui domina la forza legale, in cui questa può essere argomento di coazione, con l'intervento dei Tribunali. »

gittimamente che esplicando le sue funzioni costituzionali di iniziativa e di esecuzione delle leggi, chiedendo, all'uopo, non assumendo, i pieni poteri. E infatti ai più gravi casi di necessità occorre forse provvedere con ordinanze d'urgenza? Noi non lo crediamo, e la prova ci è fornita da uno de' più autorevoli fautori del *ius necessitatis*.

Il Sen. PASCALE, nel suo discorso inaugurale pel 1896 alla Cassazione di Roma, si chiede: « Possiamo che scoppi la guerra, o una provincia insorga, mentre il Parlamento è chiuso o sciolta la Camera: dovrebbe il Governo aspettare le elezioni e la convocazione e il voto dei due rami del Parlamento prima di fare quanto occorre a difendere la pace pubblica o la sicurezza esterna dello Stato? » No, risponde il PASCALE. Ed ha ragione; ma egli forse non avvertiva che l'azione del Governo nei casi citati, non può esplicarsi con ordinanze d'urgenza illegali, ma bensì colla pura e semplice esecuzione della legge, cioè dell'articolo 5 dello Statuto fondamentale.

Del resto noi non diciamo che il Governo non debba mai fare dei decreti-legge: se crede, li faccia, e li faccia eseguire: solo neghiamo loro il carattere di legge e quindi, se e quando siano impugnati avanti al giudice, questi, nel caso concreto, ne ricusa l'applicazione. In questo modo il diritto è salvo ed è concessa al Governo quella eccezio-

nalità di azione che possa occorrergli (1). Infatti i decreti-legge, intanto, sono fatti eseguire dagli agenti del potere esecutivo, e così raggiungono l'effetto immediato. Poi può accadere che i cittadini, convinti della necessità di quei provvedimenti o della loro sicura ratifica legislativa, non ricorrano alla guarentigia giudiziaria. Può forse accadere ancora che codesta guarentigia non abbia campo di esercitarsi per trattarsi di decreto-legge che non intacca diritti civili o politici. Può certo accadere che l'esercizio dell'azione giudiziaria non possa raggiungere lo scopo finale per la sopraggiunta conversione in legge del decreto di urgenza. Infine, ove la guarentigia giudiziaria sia invocata, è impossibile che il Governo, prima della formazione della cosa giudicata non abbia il tempo, ricusando frattanto la spontanea esecuzione delle sentenze, di ottenere la decisione parlamentare: anzi il ricorso del privato al giudice, solleciterà la corrispondente azione governativa, e così più presto si eliminerà quella dannosa incertezza giuridica che è insita nell'impero vacillante dei decreti-legge.

(1) Le ragioni che appoggiano questa tesi, le desumiamo, in gran parte, da uno studio acutissimo del prof. Codacci-Pisanelli, *Nota nel Foro it.* 1890, I, col. 17, n. 4.

3° Esaminate così le due teoriche fondamentali che negano l'illegalità dei decreti-legge o la affermano, e accettata quest'ultima, dobbiamo esaminare quelle teoriche intermedie che, ammettono bensì i decreti-legge, come fonte di diritto, ma esigono che il potere governativo, in quanto li emana, subisca un certo sindacato giurisdizionale.

Queste teoriche, in sostanza, sono le seguenti:

a) Il Magistrato, prima di riconoscere la *vis legis* nel decreto-legge ha diritto di constatare se il Governo, emanandolo, ubbidì veramente all'urgenza, alla necessità, alla eccezionalità del caso.

Questa opinione fu sostenuta — incidentalmente — dalla Corte d'Appello di Milano (1) la quale ritenne la costituzionalità del decreto-legge 22 giugno 1899 perchè riconobbe esulare nella

(1) Sent. 1° agosto 1899, est. Bordò (*La Cass. Un.* vol. X, col. 1465). Con la sentenza 9 settembre 1899, est. Cardone (*Giur. it.* 1899, II, 367) la stessa Corte dichiarò addirittura il diritto del magistrato di fare l'indagine di natura eminentemente politica sulla presenza delle condizioni di necessità impreteribile e d'urgenza, richieste dal legittimo esercizio del mandato proprio del potere esecutivo. E quindi applica il decreto-legge 22 giugno 1899 perchè la disposizione di esso è saggia, corretta, onesta; perchè l'attuarla per legge fu impedito da una minoranza faziosa, con violenza anche materiale..... — Ci pare superfluo ogni commento!

specie ogni elemento di arbitrarietà per trattarsi di provvedimenti della massima urgenza ispirati alla sicurezza dello Stato.

Ma è singolare che — poche linee dopo — lo stesso giudicato disconosce quella potestà del magistrato di cui aveva fatto uso — dichiarando che al Parlamento spetta chiamare i Ministri responsabili a rendere conto dell'uso che il nostro diritto pubblico ad essi attribuisce, nei casi di necessità e di urgenza, di legiferare.

Noi non invocheremo molti argomenti per dimostrare l'illegittimità di quel sindacato politico che si vorrebbe conferire al magistrato (1): ricorderemo solo che la stessa Cassazione di Roma ne convenne (preferendo ritenere sempre legittimi i decreti-legge d'urgenza) quando dichiarò « Dell'urgenza a dare un decreto reale o dell'urgenza già cessata non può conoscere l'autorità giudiziaria; la politica è campo chiuso, inaccessibile per essa, ed è di ragione politica il valutare se un impero di circostanze abbia necessitato un decreto reale, e se queste tuttavia permangano » (2).

E con questo autorevole ragionamento è confutato il PASCALE (3) che, a frenare l'arbitrio del

(1) Vedi in dottrina Porro, *loc. cit.* n. 27; Valdata, nei *Tribunali*, 8 ottobre 1899.

(2) Sent. 17 novembre 1888, citata.

(3) Disc. cit.

Governo, si affretta a dire, parlando come magistrato: « Certamente questa necessità, sorgente del diritto, questa urgenza che può giustificare l'uso di poteri eccezionali, non è da confondere con la sola opportunità o convenienza di affrettare un provvedimento, schivando gl'indugi della procedura parlamentare. » Ora a noi non pare neppur possibile il chiamare il magistrato a decidere se l'urgenza esisteva o se fu allegata soltanto. E lo stesso difetto manifesta il temperamento del CANEPA-VACCARO (1) che, dopo aver detto addirittura che se il potere giudiziario disapplicasse il decreto-legge si farebbe strumento di rivolta (1), dichiara tuttavia che il potere giudiziario ha una facoltà: verifichi se il Governo agì come potere ordinario, e in tal caso respinga l'evidente abuso; se invece agì con funzioni straordinarie, come potere politico, ed in tal caso, senza entrare nella questione di merito, dia applicazione all'atto.

Il potere verificatore che qui si attribuisce al potere giudiziario è estraneo alle sue funzioni, e a nulla approderebbe come controllo, spettando sempre all'arbitrio del Governo il dichiarare se agisce come potere ordinario o straordinario.

(1) *Arch. Dir. pubbl.* V, 342, 346.

b) Un'altra teoria — più logica perchè almeno invita il Magistrato a statuire su criterii formali rientranti nelle sue funzioni — è sostenuta dall'ORLANDO (1) e, dopo di lui dal MORELLI (2). I due scrittori dichiarano che l'Autorità Giudiziaria dovrebbe rifiutarsi all'applicazione dei decreti-legge, quando non si giustifichi che nel tempo intermedio i poteri parlamentari non hanno agito, o, nel caso contrario, che si trovi pendente il progetto di legge inteso a convalidarli.

Ma, a parer nostro, questi elementi estrinseci, dimostrano la coscienza nel Governo di esser fuori della legge ma non già la legalità dei suoi provvedimenti, ed è questa sola dimostrazione che obbliga il giudice ad applicare i decreti-legge.

Anche più facile e spontanea è la critica della teoria della Cassazione di Roma, nella già citata sentenza del 1896 la quale si appaga di meno, cioè della semplice promessa (anche non mantenuta) fatta dal Governo di presentare il decreto-legge al Parlamento. Codesta garanzia è evidentemente inadeguata perchè — come acutamente osservò l'on. B. GABBA (3) — lascia in balia di quella

(1) *Arch. Dir. pubbl.* VI, 23; *Ann. crit. giur. prat.* 1890, pag. 72-74.

(2) *Il Re*, § 61, 62.

(3) *Loc. cit.* pag. 415.

stessa autorità che commette una illegalità di sottrarla o no al giudizio del magistrato. È naturale che quell'autorità non mancherà di aggiungere la clausola della ratifica e specialmente quando avrà perpetrato le maggiori illegalità. Adunque la dottrina della Cassazione di Roma si risolve in questo: che le minori illegalità possono essere riprovate dal magistrato, le maggiori invece vanno immuni dalla costui censura.

4° Senonchè alla nostra tesi che, respinta ogni soluzione media, dichiara il dovere del magistrato di disapplicare i decreti-legge, come provvedimenti illegali, si oppone per ultimo una teorica, propugnata con grande acume dal MORTARA (1), accettata dal SETTI (2) ed enunciata dal FONTANIVE (3).

Il MORTARA, negata la legittimità dei decreti-legge, tuttavia nega il sindacato giurisdizionale perchè un'invincibile necessità di fatto non diventa suprema ragione del diritto, ma diventa suprema ragione di violare il diritto.

Il MORTARA premette che lo Statuto vigente in Italia non autorizza veruna deroga al principio

(1) *Comment. cit.* nn. 91 e seg.

(2) *Il dovere della magistratura* (nella *Cass. Un.* vol. X, col. 1281, 1313).

(3) *Teoria dei D. L.* (Bologna 1897), pag. 213, 214.

generale sancito nell'articolo 3, ma nega tuttavia la guarentigia giurisdizionale. Egli combatte essenzialmente la teorica del CODACCI-PISANELLI, che noi accettiamo, osservando :

« L'atto del Governo è completamente fuori della costituzione; ma la necessità lo scusa, od almeno può scusarlo; e, quando lo scusi, esso acquista *ab initio* validità di legge. Se così è, mal si comprende che esso possa avere effettivo vigore di legge per ogni sua conseguenza e in ogni caso, meno nel caso il cui il soggetto del diritto modificato insorga a reclamare la incolumità di questo. »

Ora a noi sembra che la diversità delle ipotesi, spieghi quella diversità di conseguenze, che, di fronte ad identità di ipotesi, sarebbe assurda.

Sarebbe strano che una norma giuridica ora avesse effetto ora non lo avesse; ma il caso è diverso quando si tratta d'una norma che non è giuridica. Come tale, la sua efficacia esiste, in fatto, per lo stesso titolo materiale, e non legittimo, per cui gli atti puramente materiali, gli atti lesivi del diritto altrui, raggiungono fini pratici, se il leso non reagisce o prima che reagisca. Se l'atto è fuori della costituzione, non ne segue che il potere giudiziario lo approvi: l'esorbitanza del potere esecutivo non deve generare l'esorbitanza del potere giudiziario, bensì stimolarne l'attività che controlla e tutela la legittimità degli atti del potere esecutivo. Anche il

regolamento illegittimo è fuori della costituzione, eppure il potere giudiziario ricusa di applicarlo (1).

Il MORTARA prosegue:

« Il magistrato non pronunzia che sopra il singolo rapporto sottoposto al suo esame; si avrebbe dunque l'inconveniente che in un singolo caso potesse essere dichiarato non esistere la nuova norma giuridica emanata dal governo, mentre poi essa continuerebbe ad imperare sui rapporti che il magistrato non ebbe occasione di giudicare; nè alcun rimedio contro siffatto scandalo politico e giuridico si avrebbe; mentre pure, dopo la istituzione della giustizia amministrativa, un rimedio vi ha nel ricorso ad essa quando si tratta di regolamenti illegittimi. »

Anche qui la risposta conseguita dalle obiezioni mosse alla prima osservazione del MORTARA.

Un atto lesivo del diritto di varii cittadini, ove uno solo reclami al giudice, sussiste rispetto agli altri. La conseguenza deriva dalla specialità, sempre insita nelle decisioni giudiziarie. Se è vero che, di fronte a un regolamento illegittimo, la giustizia amministrativa lo annulla *erga omnes*, il che non fa il giudice ordinario rispetto al decreto-legge, ciò dipende dallo stato contingente della legge positiva. Prima della attuazione della giustizia amministrativa un regolamento illegittimo era solo disappli-

(1) V. retro n. XI.

cato nei casi di esercitata azione giudiziaria e allora l'argomento del MORTARA non era invocabile. Che se si togliesse il divieto alla IV^a Sezione di pronunciare su gli atti compiuti nell'esercizio del potere politico, o se la IV^a Sezione non reputasse atto politico l'emanazione del decreto-legge, ipotesi quest'ultima legittimamente augurabile (1), cesserebbe un inconveniente che, del resto, è tutto contingente.

Il MORTARA poi nega il sindacato giudiziale, invocando gli articoli 4 e 5 della legge sul contenzioso amministrativo, in cui si parla di atti amministrativi. A nostro parere quella legge va considerata, pel caso in esame, in modo diverso.

L'articolo 2 della legge sul contenzioso amministrativo, consentendo la tutela giurisdizionale, di fronte ad atti del potere esecutivo, include la tutela anche di fronte al decreto-legge, perchè l'atto amministrativo, di cui agli articoli 4 e 5 della legge, suddetta, è l'atto del potere esecutivo di cui all'articolo 2: l'incensurabilità dell'atto politico, ripetiamo, sta di fronte alla lesione dell'interesse, non di fronte alla lesione del diritto.

(1) Noi dubitiamo fortemente che l'emanare decreti-legge, sia atto politico. E il dubbio ci sembra fondatissimo di fronte ai lavori preparatorii riferiti nello scritto dell'on. B. Gabba (pag. 417 e seg.). V. però, in senso contrario: Vacchelli nella *Giur. it.* 1895, P. 3^a, col. 289.

Certo la posteriore convalidazione d'un decreto-legge, disapplicato dal giudice, genera molta confusione e non poco danno alla stessa difesa dell'ordine giuridico; ma ciò dipende dalla illegittimità iniziale di esso, non dall'esercizio legittimo della funzione giudiziaria. La confusione, il danno si verificherebbero anche se il parlamento convertisse in legge un regolamento dichiarato illegittimo. Del resto è pur possibile la revoca d'un decreto-legge, o la sua modificazione, mentre sarebbe stato applicato, con effetti irreparabili: valga l'esempio del decreto-legge 22 giugno 1899 che, se sarà convertito in legge, non lo sarà senza modificazioni, come è facile prevedere dai lavori della Commissione della Camera che lo esamina.

Si obietta che è difficile al potere giudiziario conoscere la convalidazione d'un decreto-legge, quando non risulti dalla conversione in legge. La difficoltà non sarebbe insuperabile perchè le convalidazioni delle due Camere, risultano da atti ufficiali; ma essa non esiste perchè non la convalidazione politica (1), sibbene solo la giuridica conversione in

(1) L'on. A. Di Rudinì, Disc. alla Camera, 2^a torn. del 28 giugno 1899, pag. 4779 definiva argutamente questa convalidazione politica: un voto di simpatia, un voto di benevolenza, una manifestazione d'amicizia, una carta di visita, ma nient'altro.

legge dell'ordinanza d'urgenza, le imprime forza giuridica.

Si obietta che il giudice esorbita dalle sue funzioni disapplicando il decreto-legge; ma a questa vaga asserzione, noi anteponiamo l'energico pensiero del PLANCK (1). « Quando il giudice respinge una legge emanata senza il concorso della rappresentanza del paese, egli non si erige al disopra dello Stato, — il che non gli è lecito in nessun caso — ma sopra una volontà che si spaccia per volontà dello Stato, senza esserlo » (2).

Il timore che il potere giudiziario invada la competenza del Parlamento, non conclude a nulla perchè conclude troppo.

E bene lo dimostra l'on. B. GABBA (3), scrivendo: « Infatti ciascuna delle due Camere può sempre esercitare il suo controllo; onde, anche in caso che non sia apposta la clausola della presentazione del

(1) In Windscheid, *Pand.* § 14.

(2) È adunque errato — a parer nostro — l'unico argomento che il Fontanive (*op. cit.* pag. 214) adduce per negare il sindacato giurisdizionale, col dire: « La giustizia deve seguire la legge e non la politica, ma quando la politica muove la volontà dello Stato (?) ad affermarsi in un modo contrario alla costituzione o alla legge, è pur sempre volontà dello Stato (?), e la giustizia non può conoscerla. » Il potere esecutivo è forse lo Stato?

(3) *Loc. cit.* pag. 415.

decreto-legge al Parlamento, ben possono deputati e senatori rimostrare al Governo la incostituzionalità della misura e deliberare l'annullamento. La clausola suddetta, in altri termini, non è attributiva, ma ricognitiva di giurisdizione. Questa c'è sempre, e allora il magistrato, dovendo sempre rispettarla sarebbe sempre inabilitato a pronunziarsi ».

Noi comprendiamo, psicologicamente, il contegno della magistratura: noi le negammo la indipendenza, parificammo i magistrati agli agenti stipendiati del potere esecutivo, negammo l'esistenza stessa di un potere giudiziario; è inutile sperare che i giudici siano quali dovrebbero essere. Ma ciò nulla muta alla retta soluzione del problema giuridico, e retta ci sembra quella da noi propugnata.

INDICE

INTRODUZIONE

CONCETTI GENERALI

- I. Il giudice di fronte alla legge. Pag. 5
II. Accertamento della esistenza materiale della legge. » 7
III. Accertamento del carattere giuridico della legge. » ivi

CAPO PRIMO

LA LEGALITÀ DELLA LEGGE IN SENSO STRETTO

- IV. Concetto della legge in senso stretto » 9
V. Eccezioni contro il vigore attuale della legge. . » 10
VI. Eccezioni contro la formazione parlamentare della legge. » 11
1. *Mancanza assoluta di approvazione per parte delle Camere* » ivi
a) Carattere pratico della questione. » ivi
b) Opinione della Suprema Corte di Roma nel 1886. » 12
c) Opinione della Corte di Lucca e della Suprema Corte di Roma nel 1890 » 14
d) Teoria del GABBA e de'suoi seguaci » 17
e) Teoria opposta. » 21
f) Nostra opinione. » 23
2. *Vizi della procedura di approvazione (interna corporis)*. » 30
VII. Eccezioni contro gli atti di sanzione, di promulgazione e di pubblicazione. » ivi
VIII. Eccezioni contro la costituzionalità del contenuto della legge. » 31

CAPO SECONDO

LA LEGALITÀ DELLE NORME DEL POTERE ESECUTIVO

IX. Leggi e regolamenti delegati.	Pag. 32
X. Testi unici.	» 36
XI. Regolamenti esecutivi e indipendenti.	» 37
XII. Circolari ministeriali.	» 38
XIII. Decreti-legge (ordinanze d'urgenza o di necessità).	» 39
1° Concetto e caratteri.	» ivi
2° Teorica che li dichiara legali e sua confutazione. »	40
a) Il testo letterale dell'art. 6 dello Statuto.	» 43
b) La pratica inglese.	» 44
c) Le costituzioni straniere.	» 47
d) La consuetudine italiana.	» 48
e) Lo stato di necessità.	» 49
α) L'imprevedibilità sua rispetto allo Statuto.	» 50
β) La genesi storica dell'art. 6 dello Statuto.	» ivi
γ) L'insufficienza dei regolamenti parlamentari.	» 52
δ) La guarentigia del controllo parlamentare.	» 53
ε) L'impotenza del Governo.	» 54
3° Teoriche che consentono un parziale sindacato giurisdizionale.	» 57
a) Facoltà nel magistrato di constatare l'urgenza, la necessità, l'eccezionalità del caso.	» ivi
b) Facoltà nel magistrato di constatare il concorso di condizioni formali.	» 60
4° Teorica che dichiara illegali i decreti-legge, ma nega il sindacato giurisdizionale.	» 61
