

La questione dei decreti-legge tra dimensione fattuale e teorica: la sentenza della Corte di Cassazione di Roma del 20 febbraio 1900 riguardo al r.d. 22 giugno 1899 n. 227 *

Massimo Meccarelli

- I. La vicenda legislativa del 'decreto Pelloux'
- II. Le argomentazioni della Corte di Cassazione nella sentenza del 20 febbraio 1900
- III. Il dibattito dottrinale in tema di potere di decretazione e controllo di costituzionalità
- IV. Gli sviluppi del dibattito dottrinale dopo il 1900
- V. I casi pratici e le consapevolezze dottrinali: una dialettica creativa

1. Un caso giudiziario ha una capacità evocativa che non lascia indifferente lo storico del diritto, soprattutto quando, ad apparire significativo, è il suo intreccio con i contesti più generali della dimensione storica dell'esperienza giuridica. In tali approcci il fatto storico-processuale costituisce in realtà l'occasione per riflettere sul problema storico-giuridico, e per portare l'attenzione sulle valenze sistematiche del *facere iustitiam*. La sentenza che ci si propone di studiare nel presente saggio sembra offrire queste possibilità.
2. Riassumiamo molto brevemente la vicenda. Il 20 febbraio 1900 la Corte di Cassazione di Roma si pronunciava sul ricorso presentato da Antonio Cavallazzi contro la sentenza di Appello del Tribunale di Ravenna del 9 dicembre 1899; quest'ultima aveva confermato la condanna a 35 giorni di arresto e ad un anno di vigilanza speciale inflittagli dal Pretore di Lugo di Romagna il 14 novembre 1899; Cavallazzi era stato riconosciuto colpevole di aver contravvenuto all' art. 2 del r.d. 22 giugno 1899 n. 227 e agli articoli 105 e 110 della legge di pubblica sicurezza. La Corte, contrariamente a quanto deciso in Appello, accoglieva l'istanza del ricorrente e perciò cassava senza rinvio parte della sentenza ¹.

* Il saggio che qui si pubblica è stato scritto in occasione del Convegno internazionale „*Mit den Augen der Rechtsgeschichte - Rechtsfälle – (selbst)kritisch kommentiert*“, Rechtswissenschaftliche Fakultät, Luzern, 19.-22. Dezember 2003.

¹ Il ricorso del Cavallazzi si fondava dunque su due motivi. Il primo, quello relativo alla violazione dell' art. 2 («Non si potranno portare, né esporre in pubblico, insegne, stendardi o emblemi sediziosi...») del r.d. 22 giugno 1899 n. 227, fu accolto. Fu respinto invece l'altro motivo di ricorso, riguardante la violazione degli articoli 105 e 110 della legge di pubblica sicurezza, per aver contravvenuto all'obbligo, posto da una precedente ammonizione, di non associarsi con individui pregiudicati. In particolare, su questo secondo punto, il ricorrente riteneva dal processo non fosse risultata l'infrazione contestatagli. La Corte non accolse questa parte dell'istanza ritenendo le valutazioni effettuate dal giudice, nel merito della sentenza, insindacabili in Cassazione.

3. In particolare la cassazione accertava l'illegittimità del regio decreto 22 giugno 1899 n. 227: mancava «allo stato delle cose ogni base giuridica per l'applicazione di quei provvedimenti. Non si poteva applicare il regio decreto 22 giugno 1899 perché caducato»². Il decreto veniva in sostanza considerato inesistente.
4. La rilevanza del problema che la Corte affrontava decidendo sul punto della legittimità del decreto 22 giugno 1899 n. 227, andava ben al di là dei destini penali del Cavallazzi. Quella decisione avrebbe prodotto riflessi sugli equilibri politici, su quelli istituzionali, sulle politiche penali e, sul piano più strettamente giuridico, avrebbe fissato qualche punto di riferimento per affrontare una varietà di questioni che andavano dal diritto costituzionale alla teoria generale del diritto.
5. Di tali aspetti di contorno, di tale 'ultrattività' del caso giudiziario vogliamo in questo saggio occuparci.

I. La vicenda legislativa del 'decreto Pelloux'

6. Per comprendere la portata della questione occorre preliminarmente ricostruire la vicenda legislativa, che ha portato alla emanazione del decreto-Pelloux e i successivi passaggi istituzionali che precedono la sentenza del 20 febbraio 1900.
7. Il ministero Pelloux si era insediato alla fine del giugno del 1898 quando si trattava di rientrare dall'emergenza degli stati d'assedio proclamati in varie zone della penisola contro i movimenti politici socialisti ed anarchici³. Occorreva scegliere se ritornare alla situazione legislativa precedente o se introdurre definitivamente nella legislazione ordinaria misure restrittive delle libertà associative e di stampa⁴. Pelloux era stato scelto da Umberto I come Presidente del Consiglio proprio per garantire un governo forte, al contempo allineato sulla legalità statutaria e disponibile a promuovere una generale pacificazione⁵.
8. La prima parte della politica di normalizzazione aveva seguito il programma atteso: revoca progressiva degli stati d'assedio, delle sospensioni di giornali e degli scioglimenti delle associazioni; concessione di un primo indulto per i condannati politici. Al contempo Pelloux aveva ottenuto dal Parlamento il rinvio, di un anno, delle elezioni amministrative e una proroga di un anno dei provvedimenti emanati dal precedente Governo, nel pieno delle agitazioni del '98, che assegnavano all'Esecutivo facoltà speciali (es. proclamazioni di

² Così si scrive nella *Sentenza della Cassazione di Roma I Sezione del 20 febbraio 1900*, Presidente Canonico, Relatore Scalfaro, P.M. Garofano, in *Il Foro italiano*, XXV, 1900, parte II, col. 100, o anche in *La legge*, 1900, to.I, Giur. pen. p. 350, *Giurisprudenza penale*, XX, 1900, p. 91, *Il Circolo giuridico*, XXXI, 1900, parte III, p. 43.

³ Cfr. G. Candeloro, *Storia dell'Italia moderna*, Milano, Feltrinelli, 1974, vol.VII, pp. 61-62.

⁴ *Ibidem*, p. 72.

⁵ Pelloux, già Generale di corpo d'armata, era vicino alla famiglia regnante; aveva però militato nella sinistra ed era stato Ministro della guerra nel primo governo Giolitti. Cfr. *Ibidem*, p. 62.

stato d'assedio, ricorso alla misura del domicilio coatto per i soggetti pericolosi, ecc.)⁶.

9. Le scelte successive sarebbero state però di segno diverso. Il presidente del Consiglio, il 4 febbraio 1899, infatti, presentava alla Camera dei Deputati un disegno di legge che prevedeva una limitazione della libertà di associazione, di riunione e di stampa e reintroduceva il divieto di sciopero per alcune figure professionali.
10. Seppure il provvedimento era riuscito a superare l'approvazione in prima lettura, incontrava serie resistenze e perplessità nel Parlamento⁷. Tale disegno di legge, in effetti rappresentava la ripresa di una linea di politica ben precisa sul 'come' uscire dall'emergenza; era la linea della repressione politica. Non a caso il progetto riprendeva le linee di un simile disegno di legge presentato dal precedente governo Rudinì⁸.
11. Di fronte ad un sistematico ostruzionismo nella Camera, Pelloux intese superare l'*impasse* emanando il decreto-legge 22 giugno n. 227, con cui si riprendevano le disposizioni essenziali e più rilevanti del disegno di legge⁹.

⁶ *Ibidem*, p. 72.

⁷ Notizie più circostanziate sui fatti che portano il Governo alla scelta di emanare il Decreto possono esser trovate nella ricostruzione critica, ma dettagliata, fatta, all'indomani della emanazione del decreto, da L. Lucchini, *Il decreto legge sui provvedimenti politici*, in *Rivista penale*, 50, XXV, 1899, pp. 125-143, pubblicato anche in *Giurisprudenza penale*, XIX, 1899, pp. 381-385 e 389-393 (è quest'ultima la versione da noi utilizzata). L'approvazione in prima lettura era sostanzialmente dovuta ad una strategia parlamentare: le opposizioni moderate, che facevano capo a Giolitti, ritenevano prudente non bloccare subito l'iniziativa legislativa del Governo, per evitare che spostasse l'asse della propria maggioranza verso una destra più reazionaria. Per questo votarono il provvedimento. Era in sostanza un modo per prendere tempo e rinviare lo scontro alla seconda lettura del provvedimento. Cfr. G. Candeloro, *Storia dell'Italia moderna*, cit., pp. 72-75 e U. Levra, *Il colpo di stato della borghesia. La crisi politica di fine secolo in Italia 1896/1900*, Milano, Feltrinelli, 1975, pp. 331-343. Si vedano anche M. Sbriccoli, *Il diritto penale liberale. La Rivista Penale di Luigi Lucchini*, in *Quaderni Fiorentini*, 16, 1987, p. 141, J. Luther, *Idee e storie di giustizia costituzionale nell'Ottocento*, Torino, Giappichelli, 1990, p. 193, M. Bignami, *Costituzione flessibile, costituzione rigida e controllo di costituzionalità in Italia (1848-1956)*, Milano, Giuffrè, 1997, pp. 53-55.

⁸ Secondo quanto riferisce nel 1899 L. Lucchini, *Il decreto legge sui provvedimenti politici*, cit., pp. 381-382, è proprio questa non corrispondenza tra le premesse programmatiche del Governo Pelloux e le iniziative di legge in materia di 'provvedimenti politici' ad aver accentuato l'ostilità della Camera. Ciò ha imposto a Pelloux «per potersi conservare alla testa del Governo, di spostare l'asse parlamentare del Gabinetto manovrando verso il Centro e verso Destra, nei quali paraggi i provvedimenti restrittivi tornavano graditi, quanto sarebbero stati ostici gli economici sociali».

⁹ Il fatto che il provvedimento costituisse una risposta alle resistenze parlamentari viene esplicitamente messo in evidenza nella stessa *Relazione a S.M. il Re in udienza del 22 giugno 1899*, sul decreto n. 227, pubblicata in *La legge*, 1899, to. II, p. 67; in essa si ricorda come una piccola minoranza deliberatamente avesse ostacolato la seconda lettura del disegno di legge: «la situazione creata da queste condizioni» spiegava il Ministro «impone al Governo il dovere di procurare che la volontà e il diritto della maggioranza possano, secondo lo spirito degli ordini costituzionali, ottenere la loro legittima prevalenza [...] Perciò il Consiglio dei Ministri, con deliberazione unanime, non esita a proporre a Vostra Maestà che le disposizioni più essenziali di quel disegno di legge, riunite in un testo che è anche conforme a quello definitivamente deliberato dalla Commissione parlamentare eletta per esaminarlo, siano sancite con un Regio decreto». Nella nota con cui la rivista *La giustizia*, XI, 1899, n. 26, p. 201, pubblica il testo del decreto si sottolinea che «è la prima volta che una riforma legislativa di grande importanza si

12. Al provvedimento si attribuiva forza di legge, anche se non ricorrevano reali esigenze di urgenza. Si prevedeva (art. 10) la presentazione immediata del Decreto in Parlamento per la conversione in legge e un termine differito (il 20 luglio) per la sua entrata in vigore ¹⁰.
13. La possibilità per il Parlamento di pronunciarsi prima sarebbe stata però resa impossibile per effetto di altri due decreti. Sulla base dei poteri previsti dall'art. 9 dello Statuto del Regno, il Governo emanò, nello stesso giorno del decreto n. 227, un diverso decreto (il r.d. 22 giugno 1899 n. 226) che disponeva la 'proroga' dei lavori parlamentari della Camera e del Senato al 28 giugno. Riaperta la sessione il 28 giugno il presidente Pelloux trovò una opposizione al provvedimento che si era da un lato inasprita e dall'altro estesa, proprio per la scelta del Governo di trasformare - pur in assenza di uno stato attuale di necessità - il disegno di legge in un decreto-legge ¹¹. E' per questo che, ricorrendo di nuovo all'art. 9 dello Statuto, il Governo si risolse ad esercitare un potere ulteriormente risolutivo emanando il r.d. 30 giugno 1899 n. 243, con cui si decretava la 'chiusura' delle sessioni legislative del Senato del Regno e della Camera dei Deputati.
14. Con questo secondo provvedimento si rinviava a data da destinarsi la riconvocazione delle Camere e si determinava l'azzeramento delle attività parlamentari. Come da consuetudine costituzionale, dovendosi completare l'iter legislativo all'interno di una medesima sessione, la chiusura delle sessioni provocava la decadenza di tutti i progetti di legge in corso di approvazione nelle due Camere.
15. Il Parlamento riprese a funzionare solo il 14 novembre 1899; il 17 novembre il Governo ripresentò alla Camera il disegno di legge per la conversione del r.d. 22 giugno 1899 n. 227, nella speranza di aver 'persuaso' i deputati ad una maggiore collaborazione sul tema ¹².
16. La storia però avrebbe avuto un epilogo diverso. L'opposizione al provvedimento, sia nel mondo politico che scientifico, non si sarebbe attenuata; il Decreto sarebbe stato delegittimato dalla Cassazione con la sentenza del 20 febbraio 1900. Il Presidente del Consiglio Pelloux il 5 aprile

compie senza il voto del Parlamento» e si deplora «vivamente che simili precedenti vadano costituendosi nel nostro diritto pubblico». Cfr. U. Levra, *Il colpo di stato della borghesia*, cit., p. 334.

¹⁰ La data del 20 luglio era esplicitamente stata indicata a quello scopo come la stessa *Relazione*, cit., p. 67, spiega: «Rimane in tal modo integra ai due rami del Parlamento la potestà di discutere e di deliberare intorno alle disposizioni del decreto, prima che esse siano applicate». Cfr. *La giustizia*, XI, 1899, n. 26, p. 201 e anche U. Levra, *Il colpo di stato della borghesia*, cit., p. 334.

¹¹ L. Lucchini, *Il decreto legge sui provvedimenti politici*, cit., pp. 383-384.

¹² Per notizie più circostanziate rinviamo ancora a G. Candeloro, *Storia dell'Italia moderna*, cit., pp. 76-77. Va detto che qualche segnale di collaborazione il Parlamento lo dette approvando una riforma dei regolamenti parlamentari proprio allo scopo di impedire le pratiche ostruzionistiche capaci di bloccare l'iter della discussione dei disegni di legge. Lo sottolinea L. Lucchini, *Decreti-legge e necessità di Stato*, in *Rivista penale*, LI, 1900, p. 583.

1900 si risolve ad emanare il Regio decreto n. 113, con cui revocava il decreto 20 giugno 1899 n. 227¹³.

17. A completamento di queste notizie va forse precisato che tali scelte di politica legislativa prese nel 1899, soprattutto l'uso strategico del potere di proroga e di chiusura delle sessioni, ripropongono una prassi già conosciuta negli anni precedenti, ad esempio in occasione della stessa emergenza del '98. Il decreto Pelloux, lo ricorda in quegli anni Luigi Lucchini, si inquadra pienamente nel clima degli anni '90; una fine di secolo difficile, turbolenta e sanguinosa che avrà come «epilogo di una situazione anormalmente cronica»¹⁴, il regicidio di Umberto I il 29 luglio 1900¹⁵.

II. Le argomentazioni della Corte di cassazione nella sentenza del 20 febbraio 1900

18. Dietro al 'caso Cavallazzi' c'è dunque una complessa vicenda politica che per trovare una composizione ha bisogno di spostarsi sul livello giuridico, dove nel frattempo si ragiona in materia di potere di decretazione e di controllo di costituzionalità. Il problema dal punto di vista giuridico è proprio questo: stabilire se il potere normativo è esercitabile anche dal Governo e individuare l'istituzione che può verificarne la legittimità.

19. La sentenza della Suprema Corte del 20 febbraio 1900 sotto questo aspetto costituisce il terreno di confronto tra elaborazione di linee teoriche e loro praticabilità nel mondo dei fatti. Torniamo dunque a considerare il ragionamento giuridico della Corte, per poi allargare la nostra analisi al dibattito dottrinale di quegli anni.

20. Come si accennava, l'approccio è strettamente tecnico. Il Cavallazzi argomentava il ricorso sul punto, sottolineando il carattere di incostituzionalità estrinseca del decreto 22 giugno, poiché mancava l'approvazione del Parlamento; inoltre il decreto n. 227, essendo nient'altro che un mero progetto di legge, sarebbe decaduto a seguito della sopraggiunta chiusura della sessioni parlamentari¹⁶.

21. Il ragionamento della Corte prende le mosse da queste argomentazioni, precisando che, prima di potersi esprimere sul punto della costituzionalità estrinseca o intrinseca, occorre verificare l'esistenza giuridica del decreto stesso. Dunque, calendario alla mano, la Corte riesaminava le date dei vari provvedimenti succedutisi a partire dal mese di giugno 1899: il 22, prorogate le sessioni parlamentari (r.d. n. 226) viene emanato il r.d. n. 227; il 28

¹³ Si veda la nota *Ibidem*, pp. 583-584, dove l'A. coglie l'occasione per sottolineare come il fatto della revoca dimostrasse la totale infondatezza delle ragioni di necessità con cui era stata giustificata l'emanazione del decreto. Cfr. G. Candeloro, *Storia dell'Italia moderna*, cit., pp. 78-79.

¹⁴ L. Lucchini, *Inaugurando il 2° Cinquantennio della rivista*, in *Rivista penale*, 101, LI, 1925, p. 12. Sul punto si veda M. Sbriccoli, *Il diritto penale liberale*, cit., p. 183.

¹⁵ L'analisi disincantata è di L. Lucchini, *29 luglio. Diagnosi dolorosa!*, in *Rivista penale*, 51, XXVI, 1900, pp. 305-312. Cfr. M. Sbriccoli, *Il diritto penale liberale*, cit., p. 181.

¹⁶ Così la *Sentenza della Corte di cassazione di Roma* del 20 febbraio 1900, in *Il Foro italiano*, cit., col. 98.

(ripresi i lavori dopo la proroga) il Governo presenta alla Camera il disegno di legge per convertire il decreto sui 'provvedimenti politici'; il 30 giugno con regio decreto vengono chiuse le sessioni parlamentari; il 17 novembre, riaperta la sessione alla Camera, il Governo ripresenta il disegno di legge per la conversione in legge del r.d. n. 227¹⁷.

22. Il decreto n. 227, osservava la Corte, aveva dunque acquisito un chiaro carattere di progetto di legge; del resto, nella stessa relazione al Re si sottolineava che i due rami del Parlamento avrebbero mantenuto integro il potere di discutere il provvedimento prima della sua applicazione¹⁸. Per questo, si concludeva, «giusta le norme costituzionali, ed in base alla costante consuetudine, quel disegno di legge con la chiusura della sessione restò decaduto»¹⁹. Quelle norme si sarebbero potute applicare solo se il Governo, durante la chiusura delle sessioni parlamentari, sulla base di ragioni di urgenza, avesse emanato *ex novo* un regio decreto; «ma chiusa la sessione e caduti tutti i disegni di legge in corso, nessun altro regio decreto fu emanato. Per la qual cosa [...] mancava, allo stato delle cose, ogni base giuridica per l'applicazione di quei provvedimenti»²⁰.

23. Su queste valutazioni meramente formali si regge l'accoglimento del ricorso. Approccio formalistico per una soluzione di sostanza che, come si è visto, avrebbe aperto le porte alla revoca del decreto Pelloux.

24. La Corte di cassazione con questa sentenza modifica sensibilmente l'orientamento che aveva precedentemente manifestato. In due sentenze del 29 dicembre 1899 la Corte si era pronunciata, seppur implicitamente, per la legittimità di quel provvedimento²¹.

¹⁷ *Ibidem*, coll. 98-99.

¹⁸ Cfr. *supra* nota 10.

¹⁹ *Ibidem*, col. 98. Il fatto che il decreto stesso prevedesse all'art. 10 una data (il 20 luglio) per l'entrata in vigore delle sue norme non inficiava, ad avviso della Corte, questa ricostruzione: quella data «era in ogni modo subordinata alla condizione della conversione in legge del decreto»; la chiusura delle sessioni aveva fatto «svanire» insieme al decreto, lo stesso art. 10 che prevedeva la data per la sua attuazione [*Ibidem*, col. 99].

Il Governo sul punto degli effetti del decreto di chiusura aveva adottato una opposta interpretazione: non tutto il decreto ma solo la richiesta di approvazione presentata alla Camera era da considerarsi decaduta per effetto della chiusura. E' questo l'orientamento che per esempio verrà assunto in due sentenze emanate dalla Corte d'Appello di Milano il 20 agosto e il 9 settembre 1899 di cui parleremo *infra* in nota 24.

²⁰ *Ibidem*, col. 100.

²¹ Lo si ricorda in *Il Foro italiano*, XXV, 1900, col. 97, in nota alla sentenza del 20 febbraio così come in *La giustizia*, XII, 1900, p. 18. Simili i rilievi della rivista *Giurisprudenza penale*, XX, 1900, p. 26, in nota alla pubblicazione delle due sentenze del 29 dicembre, dove si osserva: per le due sentenze «era grande l'aspettazione dovendosi in esse decidere la questione della costituzionalità del decreto-legge 22 giugno 1899. La suprema Corte non ha dato il responso ragionato ed illuminato che ci attendevamo».

La Corte di cassazione di Roma nel 1900 si discosta indirettamente, a ben vedere dall'orientamento che aveva espresso in materia anche nella Sentenza del 17 novembre 1888. Qui aveva preferito sottolineare la incompetenza dell'autorità giudiziaria a valutare le ragioni di urgenza sia tecnica, che politica che fungevano da giustificazione per la emanazione di un decreto-legge. Cfr. E. Presutti, *Il decreto-legge 22 giugno 1899 avanti la giurisdizione penale* (nota alla sentenza del 9 settembre 1899 della Corte di appello di Milano), in *Giurisprudenza italiana*, 1899, parte II, col. 367, L. Lucchini, *Il decreto legge sui provvedimenti politici*, cit., p. 391, E.A. Porro, *Sul R. decreto 22 giugno 1899*, in *Monitore dei tribunali*, XL, 1899, p. 784. La nuova impostazione che sarebbe scaturita dalla sentenza del 20 febbraio 1900 non era del tutto

25. Nella prima, non essendo dal ricorrente sollevato il punto della legittimità o della costituzionalità del decreto, la Corte si limitava e considerare «vana e non a proposito un'ampia ed accurata disamina sulla legalità del mentovato decreto-legge»²². Nel caso esaminato con la seconda sentenza invece i ricorrenti contestavano proprio la legittimità e la costituzionalità del decreto Pelloux. Violava, a loro avviso, lo Statuto e l'art. 5 delle disposizioni sulla pubblicazione, interpretazione e applicazione delle leggi in generale. Ebbene la Corte respinse tale ricorso ritenendo il ricorrente carente di interesse ad agire²³; dunque anche in questo caso la sentenza non affrontò il tema della legittimità del decreto.
26. La Corte di cassazione in entrambe le sentenze del 29 dicembre 1899, scelse di mantenere un profilo prudente non esplicito riguardo alla legittimità o alla costituzionalità del decreto. Vi erano invece stati casi in cui alcuni zelanti giudici di merito si erano prodotti in pronunciamenti che davano ampia giustificazione della legittimità del decreto Pelloux.
27. In particolare ci riferiamo a due sentenze della Corte di Appello di Milano: una del 20 agosto 1899²⁴ e una del 9 settembre 1899²⁵ (che sarà appunto oggetto delle verifiche della Corte di cassazione il 29 dicembre). Qui i giudici milanesi si erano espressi esplicitamente circa la validità del decreto Pelloux; si entrava nel merito della valutazione del carattere d'urgenza del provvedimento e lo si riteneva legittimo con piena forza obbligatoria,

incompatibile con tale precedente indirizzo. Tuttavia appare chiaro che con il 1900 la cassazione afferma di non considerarsi del tutto estranea alla questione del controllo sui requisiti di costituzionalità dei decreti-legge.

²² Così argomentava la *Sentenza della Corte di cassazione di Roma, del 29 dicembre 1899*, (Sezione II) Presidente De Cesare, relatore Gui, P.M. Durante, Ricorrente Alberto Gherardi, in *La legge*, 1900, to. I, p. 350.

²³ *Sentenza della Corte di cassazione di Roma, del 29 dicembre 1899*, (Sezione II) Presidente De Cesare, relatore Gui, P.M. Durante, Ricorrenti Battista Migliavada e Alessandro Panzeri, in *Giurisprudenza penale*, XX, 1900, pp. 25-26. L'eccezione posta da Migliavada appariva in effetti pretestuosa. In questo caso la contestata applicazione dell'art. 5 del decreto Pelloux era *in favor rei*; tale norma infatti sostituiva la precedente disciplina della legge sulla stampa che rispetto a quella situazione specifica, sarebbe risultata più severa. «Non si comprende», osservava la Corte, «quale legittimo interesse abbia il Migliavada nel dedurre un'eccezione, che accettata, lo renderebbe responsabile di un fatto per il quale si venne a dichiarare l'irresponsabilità con i conseguenti effetti di legge. Mancando egli pertanto di ogni interesse, tale motivo non può essere preso ad esame dal Supremo Collegio».

²⁴ Nella *Sentenza della Corte d'Appello di Milano del 20 agosto 1899*, Presidente Cardone, estensore Badò, ricorrenti Asti, Ferrari, Volpi, in *Il Foro italiano*, XXIV, 1899, parte II, coll. 460-464, la dimostrazione della costituzionalità del decreto si basava anzitutto su una valutazione di tipo generale: il potere esecutivo «da cui dipendono tutte le forze di terra e di mare, ha per necessaria conseguenza obbligo e diritto, in base a quella legge fondamentale, di provvedere alla conservazione dell'ordine sociale, di procurare l'osservanza delle leggi ed il libero svolgersi delle singole funzioni dello Stato, entro l'orbita delle relative attribuzioni». La Corte di Appello rilevava poi che in occasione del decreto 22 giugno 1899 il Governo aveva operato «nell'urgenza»; in fine interpretava in maniera restrittiva il regime degli effetti riconducibile al provvedimento di chiusura della sessioni. Come detto *supra* nota 19, si considerava decaduta solo la richiesta di approvazione del decreto; una volta riapertesì le sessioni, avrebbe dovuto essere ripresentata ma nel frattempo le norme del decreto 22 giugno 1899 restavano pienamente operative.

²⁵ *Sentenza della Corte d'Appello del 9 settembre 1899*, pres. Ed est. Cardone ricorrenti Migliavada e Panzeri, in *Giurisprudenza italiana*, 1899, parte II, coll. 367-384. Qui troviamo impiegato sostanzialmente lo stesso schema argomentativo della sentenza del 20 agosto.

prevedendosi in esso il termine del 20 luglio per l'entrata in vigore delle norme, «qualora, come infatti avvenne, prima di quel giorno il decreto non avesse potuto essere convertito in legge con l'approvazione del Parlamento»²⁶.

28. L'orientamento meno esplicito assunto dalla Corte di cassazione nel 29 dicembre 1899 è dunque frutto di una deliberata scelta di moderazione. Nel segno della medesima consapevole prudenza, a ben vedere, si mantiene anche il pur diverso atteggiamento che Essa manifesta in occasione della sentenza del 20 febbraio 1900.
29. La tenue, ma sostanziale, svolta giurisprudenziale si spiega in parte con il favore di un mutato scenario politico²⁷, ma in parte anche con la consapevolezza della Corte di poter indicare una via giuridica capace di favorire una soluzione alla crisi politica e di ripristinare un equilibrio costituzionale²⁸. Se la questione oltre che politica era anche giuridica, la via d'uscita dalla crisi istituzionale sarebbe stata anzitutto giuridica.
30. La possibilità di sindacare nel merito (c.d. costituzionalità intrinseca) le norme oggetto di discussione, non viene nemmeno presa in considerazione; anzi proprio il riferimento alla soluzione giuridica che avrebbe consentito l'applicabilità delle norme, è occasione per ribadire l'incompetenza della Corte e del potere giudiziario in generale ad esprimere un simile giudizio di costituzionalità²⁹.
31. Ma la Cassazione romana è ulteriormente prudente: evita altresì di dare alla sua sentenza un esplicito carattere di controllo sulla costituzionalità

²⁶ Così si riassume il punto di diritto espresso dalla Corte di Appello di Milano nel *Repertorio generale* di *La legge, Raccolta delle massime di giurisprudenza, per i nn. XXXVIII-XLII*, 1898-1902, p. 364 n. 6. Le due sentenze milanesi susciteranno le critiche impietose e severe di molti giuristi. Commentando la prima delle due sentenze citate E.A. Porro, *Sul R. decreto 22 giugno 1899*, cit., p. 787, sottolinea che la Corte d'Appello sembra basarsi più su teorie di "filosofia del diritto" piuttosto che sul diritto positivo; C. Lessona, *La legalità della norma e il potere giudiziario* (1900), ripubblicato in *Scritti minori*, S. Maria C.V., Cavotta, 1911, p. 64, nell'illustrare le argomentazioni in diritto fornite dalla Corte d'Appello, chiosa con un «ci pare superfluo ogni commento!». L. Lucchini in *Rivista penale*, L, 1899, pp. 401-404, ritiene la giustificazione data dalla Corte «un seguito di gratuite e monosillabiche asseverazioni» e confessa di essere stato tentato di inserire la sentenza nella rubrica "inverosimile" «della quale fortunatamente non ci occorre di dare che rari saggi».

²⁷ Cfr. M. Sbriccoli, *Il diritto penale liberale*, cit., p. 142, e bibliografia ivi citata. Anche L. Mortara, *Il decreto-legge 22 giugno 1899 davanti alla Corte di cassazione*, (nota alla sentenza della Corte di cassazione di Roma del 20 febbraio 1900) in *Giurisprudenza italiana*, 1900, parte II, col. 53, accenna, anche se non spiega nel dettaglio, al fatto che la sentenza viene emanata in corrispondenza a «speciali circostanze della situazione parlamentare».

²⁸ E' da condividersi la valutazione di M. Sbriccoli, *Il diritto penale liberale*, cit., p. 142, che invita a non disconoscere il valore della decisione della Corte, con la constatazione che il clima politico avrebbe favorito una simile decisione. Non si è trattato semplicemente di seguire la direzione del vento, di considerare politicamente possibile o politicamente opportuno un pronunciamento per la illegittimità del decreto Pelloux. Quella decisione è sostenuta da radicate convinzioni giuridiche, è il punto di approdo di una «battaglia avviata altrove, e in tempi non sospetti». Lucchini ne è l'esempio più chiaro.

²⁹ Nella sentenza si ribadisce che il potere giudiziario «non ha diritto di sindacare l'esercizio del potere esecutivo in ciò che riguarda la necessità dello Stato» e che con un regio decreto *ex novo*, emanato durante la chiusura, quel provvedimento sarebbe stato applicabile [*Il Foro italiano*, cit., col. 99]. Cfr. *supra* nota 20.

estrinseca. Nelle argomentazioni del ricorrente si sosteneva proprio questa tesi: l'atto era incostituzionale sul piano formale, poiché violava il principio statutario che prevedeva l'approvazione delle due Camere per aversi legge dello Stato. La verifica da fare era piuttosto preliminare ad una vera e propria verifica di costituzionalità; si trattava soltanto di capire «se al momento in cui furono applicati i provvedimenti contenuti nel r.d. 22 giugno quel decreto esistesse»³⁰.

32. Mentre sapeva bene di pronunciare il *de profundis* del decreto Pelloux, la Corte intendeva chiarire di non voler con ciò ridefinire i confini (estremamente flessibili nell'ambiente costituzionale in vigore dello Statuto Albertino) dei tre poteri dello Stato e aprire una questione sugli equilibri costituzionali.

33. Il punto del controllo di costituzionalità era in tal modo accantonato³¹, potremmo dire rinviato ad altra sede; una sede in cui la discussione e il confronto delle idee poteva meglio distendersi, senza necessariamente chiamare in causa un confronto tra istituzioni dello Stato. La sede idonea per completare il quadro tornava ad essere quella dottrinale.

III. Il dibattito dottrinale in tema di potere di decretazione e controllo di costituzionalità

34. Diamo allora uno sguardo al contesto dottrinale per verificare più direttamente quale circolazione di idee e quale interazione, al livello della elaborazione delle categorie giuridiche, vi sia stata tra le difficili decisioni della Corte e le sofferte sintesi della scienza giuridica.

35. Va qui ricordato che il tema del controllo dei decreti in sede giurisdizionale costituiva una questione nodale per la concezione giuridica degli assetti costituzionali italiani post-unitari. Sul piano del diritto positivo nulla era previsto che potesse fungere da parametro di riferimento per sviluppare teorie costituzionali. Anzi la lettera dello Statuto albertino lasciava pochi spazi alla possibilità di concepire un potere esecutivo capace di esercitare il potere legislativo³².

36. Accanto a questo 'silenzio' normativo si era però sviluppata fin dagli anni '60 una prassi³³ abbastanza eterogenea che mostrava il Governo ben capace

³⁰ *Ibidem*, col. 98.

³¹ Lo si osserva anche in una breve nota che accompagna la pubblicazione del testo della Sentenza della Corte di cassazione di Roma del 20 febbraio 1900 nella rivista *La legge*, 1900, to.I, p. 349.

³² Lo Statuto (si pensi agli articoli 3 e 6), semmai lasciava concludere il contrario. Lo si sottolinea proprio in riferimento al decreto Pelloux da E.A. Porro, *Sul R. decreto 22 giugno 1899*, cit., pp. 781-783, E. Presutti, *Il decreto-legge 22 giugno 1899 avanti la giurisdizione penale*, cit., coll. 368-373.

³³ Si fa riferimento da parte di alcuni alla presenza di una consuetudine costituzionale. Si veda per esempio la *Sentenza della Corte di Appello di Milano del 20 agosto 1899*, cit., col. 462. Tale tesi però non trova molto spazio in dottrina. Cfr. H. Gmelin, *Über den Umfang des königlichen Verordnungsrechts und das Recht zur Verhängung des Belagerungszustandes in Italien*, Karlsruhe, Braunschen, 1907, pp. 94-95, E.A. Porro, *Sul R. decreto 22 giugno 1899*, cit., p. 787-

di produrre norme attraverso decreti. Le figure giuridiche ricavabili da questa pratica erano quanto mai diverse: dai regolamenti attuativi di leggi, si passava a decreti con cui si esercitava una delega del potere legislativo concessa dal Parlamento o a provvedimenti di proclamazione dello Stato d'Assedio, ecc. . C'erano poi i decreti-legge, di cui il nostro è un esempio, con i quali il Governo emanava norme a cui dava immediata esecuzione, salvo poi rivolgersi al Parlamento per ottenerne l'approvazione; si guardava in questo caso all'istituto inglese del *Bill of indemnity*, in base al quale l'approvazione del Parlamento, aveva l'effetto di legittimare la vigenza di dette norme anche 'retroattivamente'.

37. Questo insieme di istituti, riconducibili al potere di decretazione del Governo, offriva ampi spazi alle riflessioni dottrinali, le quali non erano ancora capaci esprimere una condivisa sistemazione della materia ³⁴.
38. Alcuni punti fermi sono enucleabili; ad esempio la indisponibilità a forzare il diritto positivo vigente per riconoscere in esso lo spazio al potere di decretazione con forza di legge. Altro punto stabile del discorso era quello che chiariva la posizione del potere giudiziario, indicato come incompetente a svolgere indagini nel merito, che accertassero la costituzionalità sostanziale dei provvedimenti del Governo ³⁵.
39. Per il resto le opinioni si dividevano su questioni non meno decisive: ad esempio sul punto dei poteri di verifica da parte dell'autorità giudiziaria della

788, E. Presutti, *Il decreto-legge 22 giugno 1899 avanti la giurisdizione penale*, cit., coll. 370-371, L. Rossi, *Il decreto legge sui provvedimenti politici davanti al diritto e al potere giudiziario*, in *Temi veneta*, 1899, p. 513 e C. Lessona, *La legalità della norma e il potere giudiziario*, cit., pp. 57-58. L'argomento della consuetudine verrà superato con la più risolutiva teoria della 'necessità' come fonte di diritto; si veda in proposito S. Romano, *Sui decreti legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio-Calabria*, in *Rivista di diritto pubblico*, parte I, 1909, ora in *Scritti minori*, Milano, Giuffrè, 1950, vol. I, pp. 296-297. Cfr. M. Bignami, *Costituzione flessibile*, cit., p. 56.

³⁴ S. Romano, *Sui decreti legge e lo stato di assedio*, cit., p. 287, ancora nel 1909, parla di incertezze tali nella dottrina «che riesce tutt'altro che facile anche la pura e semplice esposizione delle opinioni, che in proposito si sono manifestate: da quella che nega semplicisticamente al Governo i poteri di cui è parola, alle altre che, con diversissimo fondamento, nella più variabile misura e con le più disparate conseguenze e condizioni, ne riconoscono la legittimità, o quanto meno ne scusano l'esercizio di fatto». Un tentativo di sistemazione della materia è riconoscibile nello studio di C. Lessona, *La legalità della norma e il potere giudiziario*, cit., pp. 25-72. Riguardo al tema dei decreti-legge però anche questi sottolinea il disaccordo della dottrina su un tema che rappresenta «un punto di eccezionale difficoltà» [p. 51]. Basta confrontare, a parte la comune denuncia della incostituzionalità, le diverse posizioni assunte dai giuristi in occasione della emanazione del decreto Pelloux o delle sentenze che lo hanno applicato. Cfr. L. Lucchini, *Il decreto legge sui provvedimenti politici*, cit., L. Rossi, *Il decreto legge sui provvedimenti politici*, cit., E.A. Porro, *Sul R. decreto 22 giugno 1899*, cit., E. Presutti, *Il decreto-legge 22 giugno 1899 avanti la giurisdizione penale*, cit., L. Mortara, *Il decreto-legge 22 giugno 1899 davanti alla Corte di cassazione*, cit., V. Olivieri, *Osservazioni riguardo al Decreto-legge 22 giugno 1899 e alla sentenza della Corte di cassazione di Roma del 20 febbraio 1900*, in *La Scuola positiva*, X, 1900, pp. 177-178. Il ventaglio degli orientamenti e delle problematiche aperte nella dottrina italiana in generale sul tema è sintetizzato da H. Gmelin, *Über den Umfang*, cit., pp. 89-140.

³⁵ Cfr. M. Bignami, *Costituzione flessibile*, cit., pp. 27-30, M. Meccarelli, *Il grande assente? Controllo di costituzionalità e giurisdizione suprema nell'Italia post-unitaria*, in *Giornale di storia costituzionale*, 4, 2002, pp. 175-182.

legittimità formale dei provvedimenti in questione. Alcuni ammettevano un intervento del giudice, anche ordinario, disapplicativo dei provvedimenti verificati 'incostituzionali' (nei loro profili estrinseci)³⁶; altri invece preferivano non concepire una autonoma figura di sindacato di incostituzionalità riconducendo la questione nell'ambito del generico obbligo del giudice di applicare soltanto norme che avessero il vigore della legge³⁷.

40. In sostanza la dottrina, secondo i tempi lunghi che sono necessari per le costruzioni teoriche stabili e durature, era sul tema ancora disaggregata, mentre il panorama politico surriscaldatissimo poneva l'urgenza di una soluzione.
41. E' in questo scenario che si colloca cronologicamente la sentenza del 20 febbraio 1900. Essa, senza voler scrivere alcuna pagina fondamentale di diritto costituzionale, contribuisce a fornire al dibattito dottrinale un punto di riferimento su cui costruire la sistemazione ordinata della materia.
42. Possiamo vederlo chiaramente se consideriamo la virtuosa circuitazione di argomentazioni giuridiche tra la sentenza e alcuni interventi di dottrina scritti tra il 1899 e il 1900.
43. In particolare vorrei soffermarmi sul contributo offerto da due importanti giuristi dell'epoca: Luigi Lucchini e Lodovico Mortara. Il primo era anche Consigliere della Corte di Cassazione di Roma, il secondo³⁸ ne sarebbe divenuto Primo Presidente di lì a pochi anni.
44. Luigi Lucchini pubblica nella sua rivista una riflessione riguardo al decreto Pelloux già all'indomani della sua emanazione³⁹. L'intervento, come al solito puntuale e severo, esprime dure critiche alle irresponsabili scelte di politica legislativa adottate dal Governo. Le sue opinioni erano certamente molto rilevanti⁴⁰; non tanto (e non solo) per il fatto che Egli, in quel momento,

³⁶ Così ad esempio C. Lessona, *La legalità della norma e il potere giudiziario*, cit., p. 52 e pp. 67-72, E.A. Porro, *Sul R. decreto 22 giugno 1899*, cit., p. 788, E. Presutti, *Il decreto-legge 22 giugno 1899 avanti la giurisdizione penale*, cit., coll. 373-377. Presutti in particolare sosteneva di una tesi originale: Egli considerava i decreti-legge di per sé incostituzionali; per questo l'autorità giudiziaria era pienamente legittimata a non darne applicazione; non altrettanto però i «funzionari della gerarchia amministrativa sì civile che militare», i quali restavano vincolati alla esecuzione delle norme emanate attraverso il potere di decretazione. In tal modo si riconosceva una limitata efficacia al decreto-legge; ciò, ad avviso dell'A., poteva avere una sua utilità: ciò avrebbe dato «modo al potere esecutivo di ottenere dal Parlamento una legge con contenuto uguale o quasi uguale a quello del decreto e con efficacia retroattiva sino dal giorno in cui il decreto-legge fu emanato», prima che cittadini ritenutisi lesi dal decreto avessero agito in sede giudiziale, ottenendo la disapplicazione del provvedimento da parte del giudice. «Certo mantenuti in tali limiti i decreti legge, non sarà possibile con essi modificare le leggi sulla stampa [...] ma in tutti quegli obietti, in cui i decreti-legge possono onestamente usarsi, essi saranno usati con efficacia» [col. 376].

³⁷ Si pensi a L. Mortara, *Commentario al codice di procedura civile*, (terza edizione) Milano, Vallardi, 1905., vol. I, nn. 86-96 e 107-113, pp. 100-130.

³⁸ Cfr. F. Cipriani, *Storie di processualisti e di oligarchi*, Milano, Giuffrè, 1991, pp. 84-87.

³⁹ L. Lucchini, *Il decreto legge sui provvedimenti politici*, cit. .

⁴⁰ L'influenza, relevantissima, avuta da Lucchini sulla penalistica dell'Ottocento è stata dimostrata dagli studi di M. Sbriccoli, *Il diritto penale liberale*, cit., e *La penalistica civile. Teorie*

fosse un giudice proprio di quella Corte di cassazione romana destinata a doversi pronunciare su quei temi ⁴¹; a dare centralità alle sue valutazioni era soprattutto la grande autorevolezza riconosciuta al suo pensiero di scienziato del diritto penale. Al suo impegno scientifico e civile, lo ricordiamo, si dovevano per buona parte le principali acquisizioni in materia penale come il codice del 1889 (il primo dopo l'unificazione).

45. Le questioni di diritto che in quell'articolo vengono toccate sono in buona parte riprese nella sentenza della cassazione romana.

46. Seguiamo il ragionamento di Lucchini. Nello scritto del 1899 - accantonate (anche se ricordate) le gravi questioni di incostituzionalità rilevabili rispetto allo Statuto – l'Autore si concentra sulla dimostrazione dell'inesistenza formale del decreto ⁴², in particolare considerando gli effetti del provvedimento di chiusura della sessione parlamentare sul decreto n. 227 ⁴³.

47. Il suo discorso poi si estende sul punto più generale del controllo di costituzionalità vero e proprio. A questo riguardo Lucchini ritiene corretto l'orientamento dottrinale (che lui indica come prevalente) secondo il quale è da riconoscersi la potestà dell'autorità giudiziaria di sindacare gli atti del Governo. Si tratta di un sindacato di legittimità che egli concepisce proprio rispetto alla «legge generale, fondamentale e costitutiva di tutti i poteri» che è lo Statuto. E' una verifica che può riguardare un atto amministrativo e dunque anche un decreto e per fino «una legge in relazione a quella che è la legge di tutte le leggi» ⁴⁴.

e ideologie del diritto penale nell'Italia unita, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'unità alla repubblica*, a cura di A. Schiavone, Bari, Roma, Laterza, 1990, pp. 147-232.

⁴¹ Il sostenitori della legittimità del decreto Pelloux usarono anche questo argomento per screditare le opinioni di Lucchini, sottolineando l'inopportunità che un giudice della Cassazione esprimesse valutazioni, seppure giuridiche, sulla legittimità di quel provvedimento di legge. Da queste critiche si difese tempestivamente lo stesso Lucchini pubblicando nella sua *Rivista penale*, L, 1899, pp. 399-401, un carteggio con l'editore del *Popolo romano*, nel quale sostanzialmente rivendicava il proprio diritto di esprimere, come scienziato e non come magistrato, opinioni giuridiche su questioni di diritto generali e astratte. Lucchini viene difeso anche dalle colonne della rivista *La giustizia*, XI, 1899, pp. 353-354.

⁴² L. Lucchini, *Il decreto legge sui provvedimenti politici*, cit., pp. 384-385 e 389-390. Egli riteneva che il pronunciamento favorevole, del 28 giugno, della Camera a discutere il decreto nella Commissione, che si era occupata del disegno di legge corrispondente, seppure potesse costituire una 'sanatoria' dell'irrituale avvio della procedura di approvazione del provvedimento, non configurava il c.d. *Bill of indemnity* che avrebbe attribuito al decreto forza di legge. Anzi proprio in ragione di quella 'sanatoria' «il decreto perdeva ogni carattere di legge, per assumere soltanto quello [...] di un mero disegno di legge». Vi sarebbero state al riguardo interpretazioni opposte; ad esempio la 'sanatoria' assume, per i giudici del Tribunale di Chieti in una *Sentenza del 16 febbraio 1900*, (pubblicata in *Giurisprudenza italiana*, 1900, parte II, coll. 58-63), una valenza di «beneplacito della Camera dei deputati per la provvisoria conservazione in vigore del decreto 22 giugno fino alle definitive deliberazioni del Parlamento» [col. 62].

⁴³ L. Lucchini, *Il decreto legge sui provvedimenti politici*, cit., p. 390. E' il secondo argomento con cui l'A. dimostra l'inesistenza del decreto. «Con la chiusura della sessione, il decreto che era già decaduto come presunta legge cadde anche come progetto di legge». E' la stessa tesi esposta commentando la Sentenza della Corte d'appello di Milano del 20 agosto 1899 in *Rivista penale*, cit., p. 403.

⁴⁴ L. Lucchini, *Il decreto legge sui provvedimenti politici*, cit., pp. 390-391.

48. Nell'insieme però il riconoscimento in capo all'autorità giudiziaria di un compito di sindacato di costituzionalità, anche con specifico riferimento al controllo sugli atti normativi del Governo, non appare del tutto chiarito nella sua reale portata.
49. L'A. osserva che nel dibattito giuridico «in rapporto alla legittimità del Governo, due riserve sono venute facendosi», con riguardo al potere di decretazione per delega legislativa e al potere di decretazione per suprema necessità di Stato. A proposito dei decreti-legge si limita a ribadire che, si riconosca o meno al giudice il compito di verificare se il provvedimento sia fondato sulla necessità – particolare in realtà decisivo -, «rimane assodato che nella nostra stessa magistratura si ritiene nel pieno diritto e dovere di ricercare e di accertare la legittimità e la costituzionalità degli atti e provvedimenti ministeriali»⁴⁵.
50. Si tratta dunque di una prospettiva scientifica, che non viene precisata nei suoi aspetti tecnici. Lucchini sembra, del resto, non voler insistere a inquadrare la specifica questione del decreto Pelloux in una teorizzazione più generale dei caratteri e dei limiti del potere di decretazione: «la questione non riguarda tanto la *costituzionalità*, quanto la stessa *esistenza* della legge»⁴⁶.
51. La sentenza della Corte suprema nella sentenza del 20 febbraio 1900, accentua tale impostazione: Essa, rispetto alla possibile scala di intensità del sindacato dell'autorità giudiziaria sul potere di decretazione, impiega quella che produce il minore impatto sugli assetti costituzionali. Non chiudendo il problema teorico del potere di decretazione, fungerà però da traccia per orientare l'articolato dibattito dottrinale verso una possibile convergenza.
52. Tale valenza programmatica può essere colta leggendo la riflessione che Lodovico Mortara svolge commentando proprio la sentenza del 20 febbraio 1900.
53. Mortara si era occupato già della questione del fondamento del potere di decretazione - ma soprattutto del controllo della sua legittimità in sede

⁴⁵ *Ibidem*, pp. 391-393. E' un orientamento che l' A. ribadisce nel commento della Sentenza della Corte di Appello di Milano 10 agosto 1899, in *Rivista penale*, cit., p. 404. In una nota successiva scritta per commentare la revoca (5 aprile 1900) del decreto n. 227, L. Lucchini, *Decreti-legge e necessità di Stato*, cit., p. 583, forse alla luce del comportamento troppo zelante verso il Governo mostrato dai giudici milanesi, sembra essere meno certo di voler riconoscere al giudice siffatti poteri di verifica dei requisiti della necessità Cfr. *infra* nota 50.

Con riferimento invece ai decreti per delega legislativa, seppure resta confermato che è compito del mandante la disapprovazione dell'opera del mandatario, spiega *Ibidem*, p. 391, la Suprema Corte si riserva, «in mancanza di una *ratihabitio* parlamentare, di accertare l'estensione dei poteri delegati». La giurisprudenza della cassazione, come spiega M. Bignami, *Costituzione flessibile*, cit., pp. 44-50, in effetti si evolve in quella direzione. Nei primi orientamenti il controllo sui requisiti esterni di costituzionalità era risolto in termini negativi; verso la fine del secolo la Corte suprema cambierà di atteggiamento, ma solo nel 1901 afferma esplicitamente il dovere del giudice di controllare la conformità del decreto delegato alla legge delega.

⁴⁶ L. Lucchini, *Il decreto legge sui provvedimenti politici*, cit., p. 391.

giudiziaria - nel suo ampio Commentario al Codice di procedura civile e precedentemente, in un saggio del 1895⁴⁷.

54. Nel dichiarare incostituzionale ogni forma di decretazione che si proponesse con la forza di una legge⁴⁸, il nostro giurista però non riteneva possibile individuare nel potere giudiziario il luogo del controllo di costituzionalità, ma preferiva ricondurre il problema alla dialettica Governo-Parlamento⁴⁹.
55. Con la consueta attenzione ai risvolti reali delle proprie elaborazioni teoriche, Mortara percepiva la doppia valenza di un siffatto pronunciamento del giudice riguardo alla questione dei decreti. Poteva accadere che proprio la verifica in sede giudiziaria dei requisiti di costituzionalità del decreto legge fungesse da canale di legittimazione degli stessi, privando il Parlamento di ogni ruolo dialettico⁵⁰.
56. Meglio era lasciare a quest'ultimo il compito di rivendicare i propri poteri, spostando il problema della verifica in sede giurisdizionale sul piano dell'interpretazione del diritto. Con essa il giurista, anche nelle vesti di magistrato, poteva dare un contributo conformante e attenuare quei profili di incostituzionalità, a questo punto anche intrinseci, che alcune norme

⁴⁷ L. Mortara, *Commentario*, cit., vol. I, nn. 86-96 e 107-113, pp. 100-130, e dello stesso / *Decreti-legge nel diritto costituzionale italiano*, in *Riforma sociale*, III, 1895, pp. 907-916.

⁴⁸ Cfr. L. Mortara, *Il decreto-legge 22 giugno 1899 davanti alla Corte di cassazione*, cit., col. 56.

⁴⁹ L. Mortara, *Commentario*, cit., vol. I, p. 102 e pp. 125-130. La questione della efficacia dei decreti è di indole esclusivamente politica osserva Mortara, essa va chiarita in Parlamento, poiché nel nostro sistema «la funzione legislativa assorbe tutti gli attributi della costituente». Ciò consente di avere una certa dinamica all'interno del diritto costituzionale stesso. «Negli Stati parlamentari in cui non esiste un organo costituente speciale con la sua speciale funzione, si ammette oggimai pacificamente (però dopo averne molto disputato), che non possa tuttavia mancare l'esercizio in altra forma della funzione medesima, non potendo il diritto pubblico di un popolo civile vivere e svolgersi, se le fonti sue, contenute nella carta costituzionale, siano da un fatale e perpetuo congelamento, irrigidite e immobilizzate». L'esperienza inglese dimostra che «mediante l'esercizio della funzione legislativa può ottenersi il progressivo svolgimento del diritto pubblico fondamentale dello Stato». Qui si tratta - piuttosto che di un potere di sostituire, abrogare, emendare le disposizioni costituzionali - di sottoporre le norme costituzionali tramite le leggi ad «una continua e progressiva interpretazione», che le adatta «ai movimenti della vita sociale» [*Ibidem*, p. 124]. Ecco perché, nella visione mortariana, una dinamica come quella veicolata dai decreti legge è bene che sia valutata nella sua efficacia in Parlamento, piuttosto che da un giudice. Cfr. H. Gmelin, *Über den Umfang*, cit., pp. 98-99 e più recentemente M. Bignami, *Costituzione flessibile*, cit., pp. 54-55.

⁵⁰ Nel nostro sistema, osserva L. Mortara, *Commentario*, cit., vol. I, p. 130, «la competenza a esaminare se una legge abbia o no i requisiti esteriori della costituzionalità, spetterebbe, caso per caso, ad ogni Conciliatore o Pretore, Tribunale o Corte esistente sul territorio italiano. E' facile ravvisare il pericolo che ne deriverebbe, di contraddizioni, di dispareri, di confusione su tutta la linea [...]. Quando si tratta della indagine sulla esistenza stessa della legge sembra oltremodo salutare sottrarla alla indipendente libertà di apprezzamenti individuali dei magistrati e ritenere per regola che il magistrato debba osservare come legge ogni provvedimento che sotto questo nome riportò la sanzione regia accertante la preventiva approvazione delle due Camere».

C'è del resto l'esempio della Corte di appello di Milano. I giudici milanesi, osserva L. Mortara, *Il decreto-legge 22 giugno 1899 davanti alla Corte di cassazione*, cit. col. 56, «non solo vollero dissertare sulla costituzionalità dei decreti-legge, cercando nello statuto la loro legittimazione, di cui esso non porge traccia, ma derivarono fino a quel punto di esaminarne ed approvarne in concreto le ragioni politiche determinanti». E' un pericolo che, come ricordato *supra* nota 45, avverte lo stesso Lucchini.

potavano presentare: spetta al magistrato «senza dubbio la interpretazione e l'applicazione dei decreti-legge [...] L'opera interpretativa del magistrato gioverà talvolta al più razionale adattamento di una disposizione, la quale, dettata per circostanze straordinarie, non può essere perfettamente in armonia col sistema generale del diritto»⁵¹. Dei poteri di sindacato in senso tecnico in capo all'autorità giudiziaria restava a ben vedere una tipologia più limitata: la verifica dell'esistenza della norma. Questo è individuato da Mortara come un dovere fondamentale del giudice⁵², in linea con gli orientamenti ultimi della Corte di cassazione di Roma⁵³.

IV. Gli sviluppi del dibattito dottrinale dopo il 1900

57. Se osserviamo l'evoluzione dottrinale nei venti anni seguenti, possiamo accorgerci quanto perduranti siano gli indirizzi presenti in quella sentenza, «atto di insperata energia, in un momento in cui il Parlamento era e si mostrava inetto alla difesa delle pubbliche libertà»⁵⁴. Ci limitiamo, anche in questo caso a fornire qualche esempio.

⁵¹ L. Mortara, *Commentario*, cit., vol. I, p. 104. E' ciò che in un recente saggio abbiamo indicato come 'non-luogo' istituzionale del controllo di costituzionalità. Mortara non è certo solo. Vi sono molti altri autorevoli giuristi come Brunialti o Santi Romano che seguono questa prospettiva. Cfr. M. Meccarelli, *Il grande assente?* cit., pp. 182-185.

⁵² L. Mortara, *Commentario*, cit., vol. I, p. 104: il magistrato ha il dovere di verificare « se il decreto-legge sia tuttora nello stadio di imperfezione organica che costituisce il suo peccato originale, ovvero se abbia acquistato definitiva autorità di legge, qualora su questo punto siavi controversia. L'indagine [...] è diretta ad accertare se esista una vera e propria norma giuridica, laonde appartiene alla competenza giudiziaria».

⁵³ «Evitare la discussione sulla costituzionalità» ma non trascurare «l'esame della questione sulla esistenza o inesistenza». E' su questo punto che L. Mortara, *Il decreto-legge 22 giugno 1899 davanti alla Corte di cassazione*, cit., col. 53, coglie la novità dell'orientamento della Corte. Impostata in tal modo la sentenza conferma che «la responsabilità politica assunta dal Governo con un simile atto è soggetta soltanto al sindacato del Parlamento», che l'autorità giudiziaria ha comunque l'obbligo di ottemperare alle prescrizioni del decreto (qualora sia esistente).

Va tuttavia segnalato che Mortara (*Ibidem*, coll. 54-56), pur aderendo all'impostazione fondamentale della questione, non condivide poi nello specifico l'argomentazione della Corte di cassazione di Roma. Riguardo alla interpretazione dell'art. 10. Mortara riteneva che la data del 20 luglio fissata per l'entrata in vigore non fosse subordinata all'approvazione del provvedimento da parte del Parlamento. Inoltre riteneva che gli effetti del provvedimento di chiusura delle sessioni parlamentari «sull'esistenza continuativa del decreto-legge» non fossero accertabili da parte di un magistrato non essendo a questi consentito di «entrare nell'esame delle ragioni politiche che determinano la chiusura di una sessione»; «e le ragioni che possono determinare tale esercizio non solo non sono inconciliabili con quelle ragioni di pubblica necessità per le quali il governo ritenne di doversi arrogare la straordinaria funzione di legislatore temporaneo, ma anzi possono con queste avere una strettissima connessione». A questo proposito L'A. (*Ibidem*, col. 56) conclude la sua nota rinviando alla lettura di una sentenza del Tribunale di Chieti del 16 febbraio 1900 Presidente e estensore Mortara, P.M. Jorio, imputati Sebastiani e Di Sciullo, che «può apparire come lo sviluppo o il complemento del principio esposto dalla corte di cassazione»; salvo il punto della esistenza attuale del decreto, che non viene affrontato da quella sentenza. Il testo è pubblicato proprio di seguito alla sentenza del 20 febbraio in *Giurisprudenza italiana*, 1900, parte II, coll. 58-63. Il Mortara estensore di questa sentenza non è ovviamente Lodovico, che entrò in magistratura nel 1902; cfr. F. Cipriani, *Storie di processualisti e di oligarchi*, cit., p. 86. F. Racioppi, I. Brunelli, *Commento allo Statuto del Regno*, Torino, UTET, 1909, vol.III, p. 478.

⁵⁴ Così Mortara parlerà della Sentenza del 20 febbraio 1900 ancora nella quinta edizione (1923) del suo *Commentario*, vol. I, p. 108.

58. Le sistemazioni proposte vanno certamente oltre le questioni toccate dalla Cassazione con riferimento al decreto Pelloux e si distendono sul tema del sindacato di costituzionalità della legge in generale; tuttavia esse vengono costruite sui due assunti fondamentali appena illustrati: negazione di un potere sindacato materiale da parte dell'autorità giudiziaria, riconoscimento alla stessa di una facoltà di sindacato di costituzionalità formale, concepito come sindacato sulla esistenza giuridica delle leggi, essenzialmente rivolto all'esecutivo, che si estrinseca in una disapplicazione della norma ⁵⁵.
59. Sul versante specifico dei decreti-legge il dibattito porterà ad individuare un livello di compatibilità con le norme statutarie. Intuizioni determinanti sono quelle di Santi Romano, che ingloberà nell'ambito della fonti del diritto la 'necessità'. In tal mondo Egli potrà dare piena legittimazione al decreto-legge e, al contempo, potrà individuare, in sede giudiziaria, una soglia di controllo, con facoltà di disapplicazione; si tratta essenzialmente di una verifica dello stato di urgenza, ma considerato da un punto di vista meramente oggettivo e non di merito ⁵⁶.
60. La premessa per questo salto di qualità sta tutta nell'intuire che il diritto positivo non si esaurisce nella legislazione, non essendo diritto e legge due termini equivalenti ⁵⁷. La 'necessità' a questo punto può apparire come fatto normativo, anche se non prevista dal diritto scritto; essa viene concepita come «una condizione di cose che, almeno di regola e in modo compiuto praticamente efficace, non può essere disciplinata da norme precedentemente stabilite [...]», il che vuol dire che costituisce essa medesima una vera e propria fonte di diritto». Si tratta di una categoria generale del diritto pubblico; i poteri d'urgenza del governo ne rappresentano solo una possibile manifestazione ⁵⁸. Nel caso dei decreti-

⁵⁵ Si pensi a F. Racioppi, *Il sindacato giudiziario sulla costituzionalità delle leggi*, in *La legge*, XLV, 1905, to. I, coll. 705-725.: «il sindacato materiale rivolgendosi a raffrontare il contenuto della legge col contenuto della Costituzione all'unico intento di proteggere quest'ultima dagli eventuali disconoscimenti di quella, non può concepirsi ove non esista la giuridica distinzione dei due organi che, attendono rispettivamente a fare la Costituzione e a fare le leggi» [col. 706]. L'argomentazione per escludere il controllo intrinseco di costituzionalità è quella usata già da Mortara, che del resto trova autorevoli conferme nella dottrina tedesca come nel caso di G. Jellinek, *Gesetz und Verordnungen*, Freiburg, 1887 (rist. Aalen, Scientia, 1964), pp. 401-409. Riguardo al sindacato formale F. Racioppi *Il sindacato*, cit., coll. 706-725, affronta il discorso sul sindacato considerandolo dal punto di vista del controllo sulla promulgazione. Riconosciuto il sindacato formale come competenza propria dell'autorità giudiziaria, l'A. distingue tra sindacato volto ad indagare se, come prescritto dallo Statuto, vi è l'accordo dei tre fattori legislativi (Camera, Senato, Re), e quello volto a verificare «se ciascun fattore abbia dichiarata la propria volontà nelle forme prescritte»; solo il primo tipo di controllo, quello che è rivolto «all'autorità che promulga, all'Esecutivo», spetterebbe al giudice [col. 718-720]. In tal modo si distingue dalla dottrina di origine tedesca (Laband) con cui si riconosceva alla promulgazione da parte del Re il valore di un controllo definitivo sulla formale costituzionalità delle leggi [coll. 713-714]. Cfr. L. Mortara, *Commentario*, cit., vol. I, § 111-112.

⁵⁶ S. Romano, *Sui decreti legge e lo stato di assedio*, cit., pp. 297-310; cfr. M. Bignami, *Costituzione flessibile*, cit., pp. 56-61.

⁵⁷ S. Romano, *Sui decreti legge e lo stato di assedio*, cit., p. 296. «Certamente» osserva *Ibidem*, p. 299, «la legge è ormai divenuta la più culminante e generale manifestazione della norma giuridica, ma si esagera quando il suo dominio si vuole estendere al di là del campo che le è proprio».

⁵⁸ *Ibidem*, p. 297. Il discorso sulla necessità si inquadra in un ripensamento generale dei caratteri dello Stato e dello stesso paradigma pubblicistico, che viene sviluppato dall'A.

legge, in particolare, la necessità si manifesta con una «non applicazione, sia pure temporanea, di una legge, e la sostituzione, in linea provvisoria, ad essa di una norma nuova». Essa produce, - qui la terminologia romaniana è molto esplicativa-, «un diritto illegale, ma nello stesso tempo conforme al diritto positivo non scritto e perciò giuridico e costituzionale»⁵⁹.

61. Attribuito in tal modo il fondamento giuridico alla 'necessità', Romano passa a recuperare spazi di controllo che la rendano compatibile con il restante ordine costituzionale. L'emanazione di un decreto-legge, per quanto giuridicamente legittima, determina infatti una alterazione dell'ordine normale delle competenze, la quale, proprio perché necessitata, è anche temporanea. Per questo la presentazione del decreto davanti al potere legislativo è condizione irrinunciabile⁶⁰.
62. Rispetto all'autorità giudiziaria la questione è sensibilmente diversa. Trattandosi di provvedimenti giuridici, seppure *contra legem*, il giudice deve applicarli e riconoscerli, «perché esso non soltanto le leggi applica, ma tutto quanto il diritto, da qualunque fonte emani». Non può nemmeno valutare se si sia verificato o meno l'estremo della necessità, se non invadendo la competenza del Governo. Tale obbligo d'applicazione trova però un limite quando, - e qui Romano esemplifica facendo espresso riferimento alla vicenda del decreto Pelloux -, «l'atto qualificato come un decreto di necessità contenga nei suoi stessi elementi intrinseci ed obiettivi quanto può bastare al magistrato per accertare che sulla necessità effettivamente non si fonda. In questa ipotesi non si avrebbe alcun apprezzamento esorbitante della funzione giudicatrice»⁶¹.
63. Come si vede si va molto oltre i timidi passi della sentenza delle 20 febbraio 1900; tuttavia il progresso nelle consapevolezze dottrinali consiste in uno sviluppo di quelle impostazioni⁶².

attraverso numerosi saggi. In particolare occorre rinviare a *Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano*, in *Archivio del diritto pubblico*, I, 1902, ora in *Scritti minori*, cit., vol. I., pp. 217-243 in partic. pp. 240-242, e prima ancora a *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione*, in *Archivio giuridico*, LXVIII, 1897, pp. 3-74 e in partic. pp. 56-57.

Tale concettualizzazione rende la 'necessità' uno strumento, come ha osservato P. Grossi, *Scienza giuridica italiana*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 116, per la «conversione del meramente fattuale in fatto normativo, cioè in diritto»; per questo si colloca in una prospettiva sistematica più ampia di quella da noi considerata, che induce a ripensare con un approccio non meramente formalistico le categorie del diritto costituzionale e a scegliere come nuova piattaforma fondante la costituzione materiale. Cfr. *Ibidem*, pp. 114-117. Con la 'necessità' Romano può proiettare la riflessione scientifica verso il superamento dell'ordine costituzionale ottocentesco, senza dover abbracciare un orizzonte giusnaturalista; con la necessità, semmai individuerà un parametro capace di limitare i regimi del superamento del vecchio ordine costituzionale. Cfr. M. Fioravanti, *Stato giuridico e diritto costituzionale negli scritti giovanili di Santi Romano*, in *La scienza del diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2001, to. I, pp. 314-318.

⁵⁹ S. Romano, *Sui decreti legge e lo stato di assedio*, cit., p. 299.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 302.

⁶¹ *Ibidem*, p. 309. L'A. fornisce anche degli esempi; fra gli altri: il caso in cui la motivazione del decreto-legge accenni solo a ragioni di convenienza o di opportunità e non di necessità, il caso in cui la applicazione del decreto viene differita dal momento della sua emanazione, o il caso in cui il decreto viene pubblicato in una data di molto successiva a quella della sua promulgazione.

⁶² Del resto è un tratto caratteristico della riflessione romaniana produrre aggiornamenti nel solco della continuità. Si veda P. Costa, *La giuspubblicistica dell'Italia unita: il paradigma*

64. Sotto questo aspetto è estremamente significativa ancora una volta la posizione di Lodovico Mortara; nel 1922, lo ritroviamo, ora Primo Presidente della Corte di cassazione di Roma, superare le sue stesse tesi, emanando la sentenza nella quale viene riconosciuto al magistrato il potere di «negare l'applicazione di un decreto legge se non consti della sua presentazione al Parlamento per la conversione in legge [... e], specialmente quando l'urgenza di provvedere in forma eccezionale sia esclusa»⁶³. Il rilievo di "incostituzionalità" - si usa espressamente questo termine nella motivazione della sentenza - per l'assenza del requisito della eccezionalità, è effettuato sulla base di riscontri formali e non sostanziali⁶⁴. Lo si preciserà in una seconda sentenza della Suprema Corte del 16 novembre 1922 di cui Mortara questa volta è anche estensore⁶⁵: «Il requisito dell'urgenza si determina e si manifesta in due aspetti: quello sostanziale, che riguarda la materia del provvedimento e il giudizio formato sulla necessità di regolarla legislativamente senza alcuna dilazione; quello formale che sorge da vari elementi estrinseci, quali la temporanea chiusura del Parlamento, la immediatezza della esecuzione richiesta dal provvedimento, anche se le

disciplinare, in A Schiavone (a cura di), *Stato e Cultura giuridica*, cit., p. 109, che rileva questo tratto nella teoria pluriordinamentale di Romano. Come ha osservato M. Fioravanti, *Stato giuridico e diritto costituzionale*, cit., p. 322, il giurista siciliano, infatti, intende compiere, soprattutto a partire del 1909, «un passaggio, che non è contrassegnato da un salto brusco, ma dal tentativo, del tutto consapevole e coerente, d'interpretare la società e le istituzioni del tempo alla luce delle teorie precedentemente elaborate». Del resto proprio questo complesso tratto metodologico dell'opera di Romano ha offerto spunti per valutazioni distinte della sua produzione scientifica. Si veda *Ibidem*, pp. 277-326.

⁶³ Così la massima introduttiva sintetizza quel passaggio della *Sentenza della Corte di cassazione di Roma a Sezioni unite del 24 gennaio 1922*, Mortara Primo Presidente, Faggella estensore, Tunesi P.M. ricorrenti Curreri e Abate, in *Giurisprudenza italiana*, 1922, parte I, col. 66. La questione riguardava il r.d 19 novembre 1921 n. 1689. Esso appariva illegittimo perché, emanato in forma di decreto-legge, intendeva superare la legge 7 aprile 1921 n. 407; con quest'ultima, ripristinando la giurisdizione ordinaria, salvo alcune eccezioni espressamente previste, si dava sistemazione alla fase transitoria delle commissioni arbitrali per i contratti agrari, istituite con decreto luogotenenziale del 6 maggio 1917 n. 871. La Corte [*Ibidem*, col. 67] affermava che invece il decreto del 19 novembre 1921, sebbene possedesse la forma di un decreto legge, non poteva «essere considerato se non un provvedimento di esecuzione della legge anzidetta [l. 7 aprile 1921] emanato dal Governo nell'esercizio normale dei poteri che gli attribuisce l'art. 6 dello Statuto».

Sulla stessa linea si pone la *Sentenza Corte di cassazione di Roma a Sezioni Unite del 16 novembre 1922*, Mortara Primo Presidente ed estensore, Santoro P.M., Nisco, Banco di Napoli, Enrietti ricorrenti, in *Giurisprudenza italiana*, parte I, coll. 929-937. Qui si ribadisce che «verificandosi il difetto degli elementi di urgenza soggetti al sindacato dell'autorità giudiziaria, o la non persistenza del governo nel promuovere la deliberazione del Parlamento, deve essere negata l'applicazione del decreto» [col. 930]. Cfr. M. Bignami, *Costituzione flessibile*, cit., p. 58.

⁶⁴ In sostanza desume l'assenza del requisito dell'urgenza constatando che il decreto è stato «deliberato appena cinque giorni prima della riconvocazione del Parlamento, avvenuta il 24 novembre 1921, mentre poi fu pubblicato nella Gazzetta ufficiale parecchi giorni dopo che il Parlamento aveva ripreso i suoi lavori, cioè il 5 dicembre successivo». Cfr. *Sentenza della Corte di cassazione di Roma a Sezioni unite del 24 gennaio 1922*, cit., col. 68.

⁶⁵ *Sentenza Corte di cassazione di Roma a Sezioni Unite del 16 novembre 1922*, cit., col. 934. Anche la massima [*Ibidem*, coll. 929-930] che se ne ricava è chiarissima: «L'autorità giudiziaria non può sindacare le ragioni d'urgenza che hanno rapporto alla materia del provvedimento, ma può accertare in fatto se l'urgenza risulti dalle manifestazioni esteriori che sono inerenti alla sua natura, come la sospensione dei lavori, l'immediata esecuzione data al provvedimento, la pronta sua pubblicazione ed entrata in vigore».

Camere si trovino attualmente riunite e in attività di funzioni, e via dicendo». L'autorità giudiziaria non può accertare il requisito dell'urgenza rispetto al profilo sostanziale; implica una valutazione politica che non appartiene alla capacità cognitiva del giudice. Viceversa è accertabile dal magistrato l'urgenza rispetto ai suoi elementi formali.

65. Il cambio di prospettiva è innegabile, e lo si ammette nella sentenza del 24 gennaio ⁶⁶: la Corte, si dice, verifica l'assenza di «quell'estremo dell'urgenza che si suole invocare a legittimazione dello straordinario esercizio del potere legislativo da parte del Governo sotto la propria responsabilità politica, e *sul quale finora si è ritenuto che l'autorità giudiziaria non dovesse effettuare alcun sindacato*». Mortara, come direttore della rivista *Giurisprudenza italiana*, dà anche risalto alla decisione della Cassazione in una breve nota redazionale non firmata, dove si sottolinea «l'alta importanza» di quella decisione e come la Corte avesse espresso la volontà di innovare il proprio indirizzo in materia di Sindacato dei decreti legge. «Fino che questi provvedimenti erano davvero emanati in circostanze eccezionali e con rigida parsimonia, il sindacato parlamentare poteva essere sufficiente [...] ma la infinita molteplicità divenuta abituale, rendendo quasi impossibile in fatto, forse illusorio in diritto, quel sindacato, impone nuovi doveri alla magistratura, la quale, senza sostituirsi al Parlamento, non può dimenticare di essere quella fra i poteri sovrani dello Stato cui spetta la custodia dei diritti individuali contro qualsiasi offesa».

66. Tuttavia si ribadisce una linea di continuità con l'indirizzo originario, poiché, seppure con una maggiore larghezza di confini (nel senso di concepire un controllo formale ma che verte anche sui requisiti della urgenza e necessità), seppure impiegando una terminologia più 'impegnativa' (nel senso che si parla espressamente di incostituzionalità), il sindacato giurisdizionale è sempre pensato come verifica dell'esistenza di una legge ⁶⁷.

V. I casi pratici e le consapevolezze dottrinali: una dialettica creativa

67. Le questioni discusse dalla scienza giuridica, queste fin ora esaminate come altre che riempiono i decenni a cavallo dei secoli XIX e XX, non avrebbero avuto molto senso – e probabilmente non avrebbero avuto luogo - se non fossero state legate ad una attualità di problemi e ad una quotidianità di fatti.

⁶⁶ Sentenza della Corte di cassazione di Roma a Sezioni unite del 24 gennaio 1922, cit., col. 68.

⁶⁷ Un riscontro viene dal fatto che Lodovico Mortara nella edizione del 1923 del suo *Commentario* non modifica la impostazione del discorso rispetto alle precedenti edizioni; qui continua a sottolineare l'incompetenza dell'autorità giudiziaria a verificare i requisiti della necessità e dell'urgenza poiché «significa precisamente controllare le ragioni della responsabilità politica che il Governo ha assunto di fronte al Parlamento» [p. 122]. Viceversa precisa: «consentire all'autorità giudiziaria l'esame analitico delle circostanze di fatto [...] per dedurne la risoluzione del quesito se un decreto-legge abbia perduto vigore [...] non è autorizzarla a verun eccesso dall'orbita della funzione giurisdizionale. Tutto quanto concerne la verifica della esistenza giuridica di una norma, nel tempo, nello spazio, nel contenuto materiale, è necessariamente compreso nei poteri dell'organo che deve interpretarla» [pp. 124-125].

Una vicenda come quella analizzata può essere un esempio della dialettica creativa che in quel tempo prende forma tra la realtà concreta e la riflessione teorica.

68. In particolare ciò accadeva a seguito di dinamiche reali che cercavano di assumere la natura dei fenomeni giuridici, ma non negli spazi prestabiliti dal diritto già formalizzato. Le teorie giuridiche in questo caso si facevano carico di una funzione progressiva, che consisteva nell'indicare il confine dell'ordinamento giuridico, nel supportare un percorso di modernizzazione della rappresentazione giuridica della realtà.
69. Certo non si trattava di predeterminarne i risultati, ma di concorrere, insieme ad altri protagonisti, e limitatamente ad alcuni (per quanto decisivi) aspetti, al conseguimento di risultati adeguati a nuove istanze di regolamentazione. Non si trattava neppure di un'azione coordinata e immediatamente corale; semmai la coralità è stata l'esito di percorsi intellettuali spesso vissuti in solitudine. Si trattava però di dare, con la elaborazione di un pensiero giuridico, un apporto specifico, che risultava indispensabile al mondo dei fatti.
70. La dottrina, nei decenni a cavallo tra Otto e Novecento, non sembrava voler discutere sterilmente sulla formula esatta, astrattamente intesa, permanentemente fissata, che potesse spiegare certe dialettiche istituzionali o certi rapporti giuridici. La scienza di quel tempo piuttosto intendeva proporre «dottrine pratiche e praticabili»⁶⁸, in quel determinato momento storico, per quella specifica realtà, per quella contingenza, nella consapevolezza che la soluzione dei problemi reali non sarebbe stata possibile senza un contributo risolutorio della riflessione dottrinale. E' per questo che la dimensione scientifica aveva bisogno di interloquire con il momento politico della vita del diritto.
71. «Le questioni, numerose e gravi» spiegava Mortara nella prefazione al suo Commentario, «se adergono le cime nelle alte regioni della scienza, posano sul terreno non sempre piano e sgombrato d'ostacoli, della pratica giudiziaria»⁶⁹. I 'casi pratici' costituivano una occasione per una tenuta di contatto del giurista scienziato con la concretezza del proprio compito, poiché spesso i casi pratici, oltre a proporre un problema giuridico specifico, assumevano la valenza più generale «di atti decisivi nella vita politica»⁷⁰.
72. Lo scienziato del diritto, è questo del resto un suo tratto specifico, incontrava tali dati della realtà con un interesse e una competenza speciale, che

⁶⁸ B. Brugi, *I romanisti e le riforme del diritto civile*, in *La scienza del diritto privato*, I, 1893 p. 92, lo affermava mentre discuteva con i civilisti riguardo a problemi concernenti l'evoluzione del diritto privato; tale espressione ci sembra però descrittiva di un approccio che in generale può aver riguardato la scienza giuridica italiana del tardo Ottocento e del primo Novecento.

⁶⁹ Cfr. L. Mortara, *Commentario*, cit., vol. I, p. II.

⁷⁰ E' un'osservazione di E. Sacchi *Il sindacato giurisdizionale sulla violazione delle garanzie costituzionali*, in *Giurisprudenza italiana*, parte I, 1922, col. 265, mentre apre il suo commento alle Sentenze del 24 gennaio 1922: «Le due sentenze che annotiamo non hanno soltanto una grande importanza nell'ordine giuridico, ma sono anche atti decisivi nella vita politica perché delineano alcuni caratteri della nostra costituzione».

consisteva al contempo nell'analizzare nel dettaglio la questione e contemporaneamente nel considerarne i rapporti con i contesti sistematici generali.

73. Il problema dei decreti legge, per restare al nostro esempio, osservato con le lenti della scienza giuridica nel complesso dei processi evolutivi reali, poteva essere compreso come aspetto di una questione più ampia, che era quella della crisi del modello ottocentesco di Stato di diritto. La soluzione efficace di quel problema dipendeva, dunque, da un più generale cambiamento di prospettiva e un aggiornamento di paradigma - le teorie romaniane ne sono un chiaro esempio⁷¹ - che solo le intuizioni solide della scienza giuridica avrebbero potuto dare.
74. Si tratta di soluzioni teoriche, ricavate con strumenti ermeneutici, che sembrano distaccare lo svolgimento scientifico del diritto dai fatti. Si tratta tuttavia di approdi dottrinali la cui immaterialità può nascondere ma non cancellare il legame con le dinamiche sociali, economiche, politiche, dalle quali quegli approdi sono scaturiti e per le quali si sono così configurati.
75. Il caso pratico è utile strumento per lo storico del diritto in quanto richiama la sua attenzione sulla portata reale della riflessione scientifica, misura e contemporaneamente esito degli svolgimenti dell'esperienza giuridica.

⁷¹ Cfr. P. Costa, *La giuspubblicistica dell'Italia unita*, cit., p. 109. Si trattava come ha osservato M. Fioravanti, *Stato giuridico e diritto costituzionale*, cit., p. 300, di recuperare un rapporto sulla base dell'intuizione «che tale realtà può costituire una componente del sistema di diritto pubblico, essenzialmente per la soluzione di una serie di antinomie non componibili nei tradizionali confini della dogmatica giuspubblicistica».